

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., 30 luglio 2008, sentenza n. 306 | 714 |
| Pensioni - Indennità di accompagnamento - Esclusione per gli stranieri extracomunitari non in possesso dei requisiti di reddito - Incostituzionalità | |
| - Cons. Stato, 29 gennaio 2008, sentenza n. 1842 | 706 |
| Accesso ai documenti - Con riferimento alle dichiarazioni rese agli ispettori del lavoro - Esclusione - Fattispecie | |
| - Corte Cass., Sez. Lavoro, 7 luglio 2008, sentenza n. 18569 | 728 |
| Pensioni - Cumulo dei periodi assicurativi - Contribuzione utilmente valutabile - Limite massimo di quaranta anni - Sussistenza | |
| - Corte Cass., Sez. Lavoro, 8 febbraio 2008, sentenza n. 3081 | 746 |
| Prestazioni - Assegni familiari - Braccianti agricoli - Diritto agli assegni per il nucleo familiare - Presupposti oggettivi - Applicabilità dell'art. 14 D.P.R. n. 797 del 1955 - Esclusione | |

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



3

LUGLIO-AGOSTO-SETTEMBRE 2008

GRAFICA PONTINA - Pomezia - Via Carlo Poma, 8

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: febbraio 2009

SOMMARIO N. 3/2008

INDICI		pag.	V
DOTTRINA			
NARDECCHIA G.B.:	«L'esdebitazione nella riforma della legge fallimentare»	»	597
SPAGNOLETTI V.:	«Controversie in materia di benefici previdenziali per lavoratori esposti ad amianto: profili sostanziali e processuali alla luce delle recenti modifiche normative»	»	607
GIUBBONI S.:	«Diritto del lavoro e competizione regolativa nell'Unione Europea»		627
VALLAURI M.L.:	«Sulla risarcibilità del danno biologico differenziale e dei c.d. danni complementari»		657
SILVESTRO C.:	«Il principio di legalità in materia di previdenza ed assistenza sociale»		669
<hr/>			
NOTE A SENTENZA			
DELL'OGLIO L.:	«Brevi cenni sulla efficacia probatoria dei verbali ispettivi»	»	685
MADONIA G.:	«Le ultime della Corte di Cassazione sulla trasformazione del titolo Pensionistico»	»	690
FERRAZZOLI F. - CARCAVALLO L.:	«L'accesso alle dichiarazioni dei lavoratori contenute nei verbali ispettivi»	»	706
<hr/>			
GIURISPRUDENZA			
CORTE COSTITUZIONALE - Sentenza		»	714
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili		»	722
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili		»	751
TRIBUNALI - Sezioni Civili		»	767
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)		»	801
SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE		»	830

- 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. 3/2008

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
<hr/>			
CORTE COSTITUZIONALE (Sentenza)	306/08	30.07.2008	714
<hr/>			
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Civili)	23572/08	12.09.2008	722
	22151/08	03.09.2008	726
	18580/08	07.07.2008	690
	18569/08	07.07.2008	728
	18490/08	04.07.2008	733
	15084/08	06.06.2008	690
	12747/08	20.05.2008	736
	11670/08	12.05.2008	691
	11009/08	05.05.2008	739
	10208/08	08.04.2008	743
	3081/08	08.02.2008	746
<hr/>			
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Genova	21/08	11.01/18.02.2008	751
Genova	6856/07	26.10/11.12.2007	753
Genova	1252/07	09.11.07/08.01.2008	754
Genova	830/07	22.06/09.08.2007	757
Torino	1263/07	13.11.2007	760
Venezia	663/07	20.11.07/25.01.2008	685
<hr/>			
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Asti	299/07	03.04.2007	765
Genova	2192/08	8/28.05.2008	766
Genova	1364/08	12.09.2008	767
Genova	1214/08	10/21.07.2008	770
Genova	1096/08	19.06.2008	772
Genova	710/08	24.04.2008	775
Genova	574/08	01/09.04.2008	777
Genova	549/08	28.03/09.04.2008	781
Genova	353/08	28/29.02.2008	783
Genova	250/08	05/13.02.2008	787
Genova	2233/07	11.12.2007	789
Viterbo	724/08	09.07.2008	790

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
CONSIGLIO DI STATO	1842/08	29.01.2008	706

INDICE ANALITICO N. 3/2008**ATTI AMMINISTRATIVI**

- Accesso ai documenti amministrativi - Con riferimento alle dichiarazioni rese agli ispettori del lavoro - Esclusione - Fattispecie. (pag. 706)

CONTRIBUTI

- Artigiani - Reddito imponibile - Reddito derivante da una partecipazione in società - Inclusione. (pag. 765)
- Omesso versamento - Azione del lavoratore per la costituzione di rendita vitalizia *ex art.* 13 della legge n. 1338/1962 - Prova scritta relativa all'esistenza del rapporto di lavoro nel periodo di omissione contributiva - Necessità . (pag. 790)
- Prescrizione - Denuncia lavoratore - Effetti. (pag. 760)
- Riscossione coattiva - Fallimento del debitore - Iscrizione a ruolo - Notifica della cartella - Termine di quaranta giorni per la opposizione da parte del curatore fallimentare - Susseste. (pag. 766)
- Riscossione coattiva - Iscrizione a ruolo - Cartella esattoriale - Ricorso per motivi non di merito - Ente previdenziale - Difetto di legittimazione passiva. (pag. 775)
- Riscossione coattiva - Iscrizione a ruolo - Opposizione - Intimazione di pagamento - Opposizione - Ente previdenziale - Difetto di legittimazione passiva. (pag. 781)

LAVORO (RAPPORTO DI)

- A progetto - Cameriere - Inconfigurabilità. (pag. 787)
- A progetto - Discordanza tra oggetto del progetto ed effettivo svolgimento delle mansioni - Nullità del contratto - Conversione in rapporto di lavoro subordinato. (pag. 777)
- Lavoro subordinato - Indennità - Di fine rapporto di lavoro - In genere - Insolvenza del datore di lavoro - Fondo di garanzia gestito dall'INPS - Cessione del credito - Rilevanza ostativa all'intervento del fondo - Esclusione - Fondamento. (pag. 743)

- Lavoro subordinato - Indennità - Di fine rapporto di lavoro - In genere - Insolvenza del datore di lavoro - Fondo di garanzia gestito dall'INPS - Credito del lavoratore relativo al trattamento di fine rapporto e alla retribuzione dell'ultimo trimestre, ammessi al passivo del fallimento - Interessi dovuti su tali somme - Determinazione - Contratto collettivo applicabile al rapporto - Commisurazione - Necessità. (pag. 739)
- Prestazioni rese con cadenza settimanale - Occasionante - Inconfigurabilità. (pag. 787)

PENSIONI

- Benefici per esposizione a fibre di amianto - Domanda amministrativa nei confronti dell'INPS - Necessità. (pag. 757)
- Benefici per esposizione a fibre di amianto - Periodi di cassa integrazione - Esclusione - Rilevabilità in appello - Ammissibilità. (pag. 751)
- *Bonus* - termine di efficacia al conseguimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia - Legittimità. (pag. 772)
- Cumulo dei periodi assicurativi - Contribuzione utilmente valutabile - Limite massimo di quaranta anni - Sussistenza. (pag. 728)
- Indennità di accompagnamento - Attribuzione agli stranieri extracomunitari non in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno - Esclusione - Incostituzionalità. (pag. 714)
- Pensione di invalidità *ante* l. n. 222/84 - Trasformazione in pensione di vecchiaia - Ammissibilità - Decorrenza - Da domanda. (pag. 691)
- Pensione di invalidità *ante* l. n. 222/84 - Trasformazione in pensione di vecchiaia - Ammissibilità - Trasformazione in pensione di anzianità - Esclusione. (pag. 690)
- Pensione di invalidità *ante* l. n. 222/84 - Trasformazione in pensione di vecchiaia - Sussistenza requisiti anagrafici e contributivi - Necessità - Computabilità periodo godimento pensione di invalidità - Esclusione. (pag. 690)
- Supplemento - Invarianza dell'importo pensionistico - Interesse ad agire - Non sussiste. (pag. 789)

PRESTAZIONI

- Assegni familiari - In genere - Braccianti agricole - Diritto agli assegni per il nucleo familiare - Presupposti oggettivi - Art. 14 d.P.R. n. 797 del 1955 - Applicabilità - Fondamento. (pag. 733)

-
- Assegni familiari - In genere - Braccianti agricoli - Diritto agli assegni per il nucleo familiare - Presupposti oggettivi - Applicabilità dell'art. 14 d.P.R. n. 797 del 1955 - Esclusione - Svolgimento di prestazione lavorativa continua per una settimana precedente l'impedimento al lavoro - Necessità - Esclusione - Fondamento. (pag. 746)

 - Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Tutela contro la disoccupazione ordinaria ed in agricoltura - Presupposto comune - Involontarietà dello stato di disoccupazione - Sussistenza - Liquidazione delle relative indennità - Periodo di disoccupazione involontaria nel territorio italiano - Necessità - Fondamento - Limiti - Fattispecie. (pag. 726)

 - Assicurazione contro la disoccupazione - Indennità di mobilità - Misura - Determinazione su base giornaliera - Corresponsione - Cadenza mensile - Fondamento. (pag. 736)

 - Assicurazione contro la disoccupazione - In genere - Piani di inserimento professionale dei giovani privi di occupazione (PIP) - Cumulo tra indennità oraria di cui all'art. 15 del d.l. n. 299 del 1994 (convertite con modificazioni nella legge n. 451 del 1994) e l'indennità di disoccupazione ordinaria - Esclusione - Applicazione analogica dell'art 8, comma 7, del d. lgs. n. 468 del 1997, relativo ai lavori socialmente utili (LSU) - Configurabilità - Fondamento. (pag. 722)

 - Fondo di garanzia - Soci di cooperativa - Rapporti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 196/1997 - Automaticità delle prestazioni - Esclusione. (pag. 753)

 - Fondo di garanzia - Soci di cooperativa - Rapporti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 196/1997 - Automaticità delle prestazioni - Esclusione. (pag. 754)

 - Indennità di malattia - Assenza a visita di controllo - Necessità di recarsi dal medico - Insufficienza. (pag. 783)

PROCESSO CIVILE

- Controversia per il riconoscimento dei benefici per esposizione a fibre di amianto - sentenza di reiezione per accertamento di periodo infradecennale - Giudicato - Nuova azione per accertamento domanda limitata ad un periodo più ampio - Inammissibilità. (pag. 770)

- Interruzione per dichiarata morte della parte - Inesistenza dell'evento interruttivo - Termine perentorio per la riassunzione - Sussistenza. (pag. 767)

- Prova - Verbali ispettivi - Efficacia probatoria - Limiti. (pag. 685)
- Prova per testimoni - Contrasto con le dichiarazioni rese agli ispettori INPS - Conseguenze. (pag. 685)

GIOVANNI B. NARDECCHIA

Magistrato

L'ESDEBITAZIONE NELLA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE

Sommario: 1. - *Le ragioni della riforma.* 2. - *Ambito temporale di applicazione.* 3. - *Presupposti.* 4. - *Crediti inclusi od esclusi dal beneficio.* 5. - *Il procedimento* 6. - *Gli effetti.*

1. — Le ragioni della riforma

L'esigenza di eliminare i profili spiccatamente "punitivi" del fallimento, alla luce del mutato contesto sociale ed economico, nuovo contesto in cui il fallimento viene visto, evidentemente, come un evento neutro, un accadimento quasi fisiologico nella vita dell'imprenditore era chiaramente espressa nella relazione governativa all'art. 151 del D.Lgs. n. 5/2006 in cui si affermava che le previgenti limitazioni personali di carattere sanzionatorio poste a carico del fallito poggiavano "su di una lunga tradizione storica, ormai priva di fondamento sostanziale, la cui funzione sembra essere quella di attribuire al fallimento un carattere infamante".

L'abolizione delle conseguenze personali del fallimento per il fallito è stata accompagnata dall'introduzione dell'istituto dell'esdebitazione, ossia quella che è nota come *discharge*, prevista nella legislazione americana (1) ed in quella di taluni stati europei.

Con essa viene riconosciuto il diritto del fallito, a seguito della chiusura del fallimento, di vedere estinti i debiti non soddisfatti integralmente attraverso la liquidazione dell'attivo.

Le due novità sono strettamente connesse in quanto volte entrambe ad affermare il principio secondo cui l'intervenuta definitività del decreto di chiusura determina la cessazione delle incapacità sia personali (2) che patrimoniali derivanti dal fallimento.

(1) A tal proposito va segnalato che i più recenti sviluppi del dibattito che si è sviluppato negli Stati Uniti hanno condotto a profonde riforme del sistema: il 21 aprile 2005, infatti, negli Stati Uniti, è stata approvata *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, sul presupposto che la disciplina anteriore consentisse abusi.

(2) Con riferimento ai fallimenti regolati dalla precedente disciplina Corte costituzionale 27 febbraio 2008, n. 39, in *Fall.*, 2008, 401 ha dichiarato la parziale incostituzionalità degli artt. 50 e 142 l.fall. vecchia formulazione nella parte in cui, subordinando la cancellazione dal registro dei falliti ed il conseguente venir meno delle incapacità personali derivanti dal fallimento alla riabilitazione, determinavano il perdurare di tali incapacità personali oltre la chiusura della procedura concorsuale.

Tale dichiarazione di incostituzionalità parziale elimina dal nostro ordinamento la riabilitazione, quale elemento necessario della fattispecie di cessazione delle incapacità personali derivanti dal fallimento anche per i soggetti già falliti alla data del 16 gennaio 2006, data di entrata in vigore delle norme del D.Lgs. n. 5/2006 che disciplinano le conseguenze personali del fallimento.

L'esdebitazione, che riguarda il fallito persona fisica e si sostanzia nella liberazione dai debiti nei confronti dei creditori non soddisfatti rappresenta quindi il naturale corollario all'abolizione delle conseguenze personali del fallimento per il fallito.

Il fallimento perde il suo originario carattere "infamante" e l'imprenditore può celermente intraprendere una nuova attività una volta chiuso il fallimento (la possibilità del c.d. "fresh start").

L'esdebitazione ha preso il posto della riabilitazione, anche se non sussiste alcun rapporto di continuità se non formale tra i due istituti che sono assai differenti tra loro sia nei presupposti che negli effetti: l'uno agisce sull'inesigibilità nei confronti del fallito dei debiti concorsuali non soddisfatti integralmente, l'altro fa cessare le incapacità personali del fallito residue, sopravvivenenti dopo la cessazione della procedura fallimentare.

L'unico punto in comune è rappresentato dall'essere entrambi istituti a valenza premiale (3).

2. — *Ambito temporale di applicazione*

L'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto dell'esdebitazione ha posto problemi di diritto intertemporale di difficile risoluzione.

L'esdebitazione era sicuramente applicabile a tutti i fallimenti dichiarati dopo il 16 luglio 2006, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/06, mentre più incerta era la questione con riferimento ai procedimenti aperti prima di tale data, fossero essi ancora pendenti o meno.

Le due disposizioni del D.Lgs. 5/06 che regolano la successione delle leggi nel tempo non avevano consentito di fare chiarezza sul punto.

L'art.153 stabilisce (fatta eccezione per alcune norme sugli effetti del fallimento per il fallito in vigore, come detto, dal 16 gennaio) la *vacatio legis* e l'entrata in vigore in data 16 luglio 2006.

L'art. 150 contiene alcune norme transitorie secondo cui: "i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore".

L'interpretazione di tali disposizioni non aveva infatti condotto a risultati univoci.

Alcuni, seguendo una lettura formale dell'art. 150 D.Lgs., sostenevano che l'istituto dell'esdebitazione si applicasse anche alle procedure fallimentari disciplinate dalla vecchia disciplina in quanto l'operatività della legge anteriore si fermava alla chiusura del fallimento; altri ritenevano, al contrario, che l'esdebitazione, basata come è (al pari della riabilitazione) su valutazioni attinenti al corso ed all'esito della procedura, fosse inscindibilmente connessa alla disciplina applicabile all'intera procedura.

Interpretazione quest'ultima, accolta dalla maggior parte della dottrina e della

(3) Sull'argomento vedi FERRO, Art. 142, in *La legge fallimentare* (a cura) di M. FERRO, Padova, 2007, p. 1094.

giurisprudenza (4), che appariva di gran lunga preferibile anche perché i requisiti per godere di tale beneficio richiamavano integralmente la nuova normativa ed apparivano (ed appaiono ancora) parzialmente incompatibili con la precedente legge fallimentare (si pensi ad alcuni comportamenti collaborativi richiesti al fallito quale, ad esempio, la consegna della corrispondenza inerente ai rapporti compresi nel fallimento, corrispondenza che, precedentemente, era direttamente consegnata dalle poste al curatore, ovvero alla condizione che non si sia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta).

Nella vigenza del D.Lgs. n. 5/2006 l'esdebitazione non poteva quindi applicarsi ai fallimenti disciplinati ancora dal R.D. 267 del 1942.

Il legislatore, a fronte di tale incertezza interpretativa è intervenuto di nuovo sulla questione nel D.lgs n. 169 del 2007.

L'art. 19 del suddetto D.Lgs. ha statuito che le disposizioni sulla esdebitazione "si applicano anche alle procedure di fallimento pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5" (ossia quelle dichiarate prima del 16 luglio 2006) e che, "qualora le procedure fallimentari di cui al comma 1 risultino chiuse alla data di entrata in vigore del presente decreto, la domanda di esdebitazione può essere presentata nel termine di un anno dalla medesima data".

Con la conseguenza che l'esdebitazione si applica ora sia ai fallimenti dichiarati dopo il 16.7.2006 (in forza del D.lgs n. 5/2006), sia ai fallimenti dichiarati antecedentemente nel vigore della legge del 1942, purché ancora aperti alla data del 16.7.2006 (in forza del decreto correttivo).

Le uniche procedure escluse dall'applicazione dell'istituto dell'esdebitazione sono quindi quelle non pendenti alla data di entrata in vigore del D.lgs. n. 5/2006, ovvero sia i fallimenti chiusi prima del 16 luglio 2006.

Per i fallimenti dichiarati prima dell'entrata in vigore del D.lgs n. 5/2006 e chiusi dopo il 16 luglio 2006 la data dell'1.1.2008 costituisce il *dies a quo* per il decorso dell'anno entro cui il debitore, ai sensi dell'art 143 l.fall., può presentare il ricorso diretto ad ottenere l'esdebitazione.

3. — *Presupposti*

Come detto il beneficio dell'esdebitazione è riservato in via esclusiva alle persone fisiche e quindi all'imprenditore persona fisica fallito personalmente ed anche ai soci di società con responsabilità illimitata (5).

(4) Trib. Vicenza 16 novembre 2006, in *Fall.*, 2007, pp. 352-353 secondo cui i soggetti dichiarati falliti prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 5/2006 non possono giovare del beneficio dell'esdebitazione sia nell'ipotesi che il loro fallimento sia ancora pendente alla data del 16 luglio 2006 sia, a maggior ragione, qualora esso fosse già stato chiuso prima di quella data"; negli stessi termini Trib. Torino 27 marzo 2007, inedita; Trib. Sulmona 25 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, pp. 592-593; Trib. Padova 5 ottobre 2006, inedita; Trib. La Spezia 5 ottobre 2006, inedita. *Contra* Trib. Enna 7 novembre 2006, inedita secondo cui l'esdebitazione sarebbe applicabile a tutti gli *ex* falliti che alla data di presentazione del ricorso siano in possesso dei requisiti di legge.

(5) In questi termini PANZANI, artt. 142-144 in *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura) di JORIO-FABIANI, Bologna, 2007, 2109 con riferimento espresso ai soci delle società di persone e della s.a.p.a.

L'art. 142 l.fall. fissa le condizioni oggettive di ammissibilità all'istituto, alcune relative ad accadimenti precedenti all'apertura del fallimento, altre a comportamenti assunti nel corso della procedura.

La norma prevede in particolare:

- che il fallito abbia cooperato con gli organi della procedura (comitato dei creditori, giudice delegato, curatore) fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento della procedura;

- che non abbia violato le disposizioni di cui all'art. 48 l. fall.;

- che non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;

- che non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;

- che non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione (se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale).

Il legislatore ha poi posto, nell'art. 142 comma 2 l.fall., un'ultima fondamentale condizione di ammissibilità: quella della necessaria soddisfazione dei creditori concorrenti.

Soddisfazione che potrebbe prescindere dal pagamento in termini monetari, ciò che potrebbe risultare anche nell'ipotesi in cui, in assenza di riparto, alcuni creditori siano stati assegnatari di crediti.

Secondo parte della dottrina la chiusura del fallimento per insufficienza dell'attivo sarebbe inconciliabile con l'istituto dell'esdebitazione (6), apparendo, invece, presupposto indispensabile, per poter beneficiare della stessa, la ripartizione finale dell'attivo.

In realtà, secondo l'interpretazione maggioritaria in dottrina, che ha trovato riscontro nelle poche decisioni sinora edite (7), ai sensi del secondo comma dell'art. 142 l.fall. il beneficio dell'esdebitazione è subordinato esclusivamente al soddisfacimento, almeno parziale, di tutti i creditori concorrenti, siano essi prededucibili, privilegiati o chirografari.

(6) In questi termini RONCO, *L'esdebitazione del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato* (a cura) di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007, 550.

(7) Trib. Udine 21 dicembre 2007, in *Fall.*, 2008, 817, con commento di SCARSELLI, *L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*. Secondo i giudici friulani tale interpretazione trae origine da una interpretazione sistematica del complesso delle disposizioni dettate in tema di esdebitazione, "... atteso che l'art. 143, 1° c. l. fall. aggiunge significativamente che il Tribunale, in presenza dei requisiti di cui all'art. 142, provvede a dichiarare inesigibili i debiti non soddisfatti "integralmente", avendo in caso contrario il legislatore dovuto prevedere semplicemente una dichiarazione di inesigibilità dei debiti non soddisfatti, senza alcuna ulteriore aggiunta dell'avverbio integralmente; considerato che un'altra decisiva conferma di tale interpretazione sistematica si ricava dall'art. 144 l. fall., secondo cui l'esdebitazione opera anche nei confronti dei creditori concorsuali non insinuati per la sola eccedenza rispetto a quanto i creditori avrebbero avuto diritto di percepire nel concorso, implicando pertanto che gli stessi avrebbero dovuto essere teoricamente tutti pagati almeno in parte, ancora una volta senza alcuna distinzione fra creditori privilegiati e chirografari".

In forza del principio sull'ordine di distribuzione delle somme sancito dall'art. 111 l.fall. il soddisfacimento, almeno parziale dei crediti chirografari, necessariamente presupporre la integrale soddisfazione dei crediti prededucibili, di quelli privilegiati generali, dei privilegiati speciali, ipotecari pignorati nei limiti del ricavato dai beni gravati.

Con la conseguenza che l'esdebitazione è subordinata, nella maggior parte dei casi, all'integrale soddisfazione dei creditori privilegiati, secondo le caratteristiche dei privilegi, oltre che di quelli in prededuzione ed a quello ameno parziale dei creditori chirografari.

La norma, a differenza di quanto previsto in alcuni precedenti progetti di riforma (8), non fissa una percentuale minima di soddisfazione.

Secondo uno dei primi arresti giurisprudenziali editi i creditori (chirografari) possono essere soddisfatti "anche in misura minima o perfino irrisoria" (9).

Parte della dottrina, pur concordando sul fatto che la congruità della misura debba essere rimessa alla discrezionalità del giudice ritiene che sia comunque "...da evitare che un pagamento meramente simbolico, e di nessuna rilevanza economica, possa egualmente esser considerato soddisfacente della condizione posta dall'art. 142, secondo comma, l.fall." (10).

Nell'ipotesi di esdebitazione richiesta da un socio illimitatamente responsabile fallito a seguito della dichiarazione di fallimento della società, il beneficio dell'esdebitazione è subordinato al soddisfacimento almeno parziale di tutti i creditori concorrenti sia della società che del socio personalmente, non potendosi operare alcuna distinzione fra debiti propri e debiti della società dei quali il socio deve rispondere.

Secondo alcuni la norma di cui all'art. 142 l. fall. (così anche come modificata dall'art. 10 del D.Lgs. n. 169/07) è da considerarsi viziata per eccesso di delega posto che la legge di delega demandava all'Esecutivo di introdurre la disciplina dell'esdebitazione, "prevedendo che essa consista nella liberazione del debitore persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti" (art. 1, comma 6, lett. a, n. 13), quindi di tutti i debiti residui nei confronti di tutti i creditori non soddisfatti, sia parzialmente che totalmente.

4. — Crediti inclusi od esclusi dal beneficio

L'art. 144 comma 1, l.fall. infine, prevede altresì la esdebitazione per i crediti concorsuali non concorrenti: il provvedimento di accoglimento estingue anche i crediti anteriori alla apertura della procedura di liquidazione, per i quali non sia stata presentata domanda di ammissione al passivo, ma gli effetti sono limitati alla sola "eccedenza alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado".

(8) Il progetto di riforma presentato dalla Commissione Trevisanato prevedeva, quale requisito necessario per la liberazione del fallito, il pagamento dei creditori chirografari nella percentuale minima del 25%.

(9) Trib. Udine 21 dicembre 2007, cit. 817.

(10) In questi termini SCARSELLI, *L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, cit., 820. Dello stesso Autore *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 30.

Il generico riferimento ai “creditori di pari grado” non fornisce elementi sufficienti per un’interpretazione univoca della norma.

Invero non appare del tutto chiaro quale sia il criterio omologante tra i creditori insinuati e quelli non insinuati, se esso cioè preveda una classificazione generica per “categorie” di crediti (prededucibili, privilegiati, chirografari), ovvero, più persuasivamente, esso faccia riferimento ad una sottocategoria tra creditori di diversa collocazione prelatizia, secondo l’ordine delle cause di prelazione, omologando invece, in maniera indifferenziata, la posizione dei chirografi (11).

Una lettura formale della norma dovrebbe poi escludere che nel calcolo della percentuale si debba far riferimento all’effetto che su tale percentuale avrebbe avuto la partecipazione al riparto del creditore non insinuato.

In altre parole non dovrebbe considerarsi che la partecipazione al riparto del creditore estraneo avrebbe potuto determinare una diminuzione della percentuale attribuita ai creditori di pari grado, dovendo l’attivo essere distribuito tra più creditori (12).

Ai sensi dell’art. 142, comma 3, l.fall., sono esclusi dall’esdebitazione:

a) gli obblighi di mantenimento e alimentari: quelli di mantenimento riguardano gli obblighi verso il coniuge anche nel caso di separazione o divorzio e verso i figli legittimi, legittimati, naturali riconosciuti, quelli alimentari gli obblighi verso i figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili e chi si trova in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, nell’ambito della gradazione prevista dall’art. 433 c.c. (13);

b) le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all’esercizio dell’impresa: il legislatore “allo scopo di individuare più appropriatamente taluni debiti” (14) non ha in realtà tradotto tale intento in una norma chiara ed univoca, in quanto ha sostituito un riferimento ancorato, quanto meno, ad una precisa disposizione di legge, l’art. 46, l.fall., con una nozione ancor più indeterminata (15).

L’accezione ora ricomprende genericamente ogni debito personale del fallito in senso lato, ovverosia ogni debito che non sia sorto in occasione o in funzione dell’esercizio dell’impresa fallita (16).

Norma che assicurerebbe quindi protezione soprattutto ai terzi che abbiano intrapreso rapporti giuridici con l’imprenditore o il socio illimitatamente responsabile

(11) In questi termini assai correttamente FABIANI, *Esdebitazione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, (a cura di A. JORIO-M. FABIANI, *Aggiornamento*, Bologna 2007, 51 secondo cui “se il creditore estraneo è un creditore privilegiato, l’esdebitazione non interviene se nel concorso tutti i creditori privilegiati di pari rango erano stati soddisfatti; così pure, se il creditore estraneo è un chirografario, l’entità della esdebitazione è pari alla percentuale non distribuita ai creditori concorrenti”.

(12) A differenza di quanto previsto dall’art. 135 l.fall. dove la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado è da intendersi come comprensiva sia dei creditori insinuati che di quelli non insinuati, cfr. Cass. sez. un. 26 luglio 1990, n. 7562, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1305.

(13) Sull’argomento vedi FERRO, Art. 142, cit., 1096; PANZANI, Artt. 142-144, cit., 2104.

(14) Cfr. relazione illustrativa al D.Lgs. n. 169/2007.

(15) In questi termini assai correttamente FERRO, Art. 142, in *La legge fallimentare II* (a cura di M. FERRO, Padova, 2008, 273.

(16) Secondo FABIANI, *Esdebitazione*, cit., 51 l’eccezione comprenderebbe, ad esempio, l’obbligazione di garanzia verso un soggetto imprenditoriale insolvente diverso da quello del cui fallimento si tratta.

facendo riferimento esclusivamente alla persona senza alcun affidamento sul rischio d'impresa (17).

c) i debiti per risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale: il cui ambito deriva dalle interpretazioni della giurisprudenza circa la riconducibilità o meno nell'alveo della responsabilità aquiliana di talune obbligazioni di incerta classificazione;

d) le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti: la *ratio* di tale esclusione è stata individuata nella natura personale della responsabilità penale ed amministrativa che non potrebbe venir meno con l'esdebitazione (18).

Rimangono esclusi dall'effetto esdebitatorio i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

Vanno al contrario pienamente ricompresi nell'ambito di applicazione della norma i crediti tributari e quelli previdenziali, senza alcuna esclusione, non applicandosi di certo alla fattispecie i limiti previsti dall'art. 182 *ter* in tema di transazione fiscale.

L'unico presupposto per godere del beneficio è rappresentato dal fatto che il credito tributario o previdenziale sia stato almeno parzialmente soddisfatto.

5. — Il procedimento

L'iniziativa spetta in via esclusiva al debitore.

Il procedimento si svolge con rito camerale e secondo un accertamento sommario che prescinde da qualsivoglia proposta o piano del debitore fallito.

La richiesta può essere avanzata dal fallito contestualmente all'istanza di chiusura o con apposito ricorso.

Se questo viene presentato prima della chiusura del fallimento, l'esdebitazione potrà essere ricompresa nel decreto di chiusura stesso *ex art.* 143.

Altrimenti, il debitore è tenuto a presentare l'istanza entro un anno dalla chiusura del fallimento.

Il tribunale, verificate le condizioni di cui all'art. 142, tenuto conto dei comportamenti collaborativi del fallito, sentito il comitato dei creditori ed il curatore, dichiara inesigibili, nei confronti del fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente.

Con una recente decisione la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, con riferimento all'art. 24 della Costituzione, dell'art. 143 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa), nel testo introdotto a seguito della entrata in vigore del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80), limitatamente alla parte in cui esso, in caso di procedimento di esdebitazione attivato, ad istanza del debitore già dichiarato fallito, nell'anno successivo al

(17) In questi termini FERRO, *Art. 142*, 275.

(18) In questi termini PANZANI, *Artt. 142-144*, cit., 2107.

decreto di chiusura del fallimento, non prevede la notificazione, a cura del ricorrente e nelle forme previste dagli artt. 137 e seguenti del codice di procedura civile, ai creditori concorrenti non integralmente soddisfatti, del ricorso col quale il debitore chiede di essere ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei medesimi creditori, nonché del decreto col quale il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio (19).

La decisione dei giudici delle leggi riveste una notevole importanza pratica ove si consideri che la decisione è andata ad incidere profondamente sulle modalità di svolgimento dell'unico procedimento concretamente esperibile dai debitori il cui fallimento sia chiuso alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 169/2007.

L'art. 143 l.fall., come sottolineato nella pronuncia in esame, appariva in evidente ed insanabile contrasto con l'art. 24 della carta costituzionale nella parte in cui non prevedeva alcun adempimento volto a garantire la conoscenza, ovvero la conoscibilità della pendenza della procedura da parte dei creditori concorrenti non integralmente soddisfatti.

Decisione ineccepibile dal punto di vista giuridico, dato che è di tutta evidenza come non fossero minimamente assicurate le garanzie minime del contraddittorio e quindi la possibilità dei creditori concorrenti di partecipare al procedimento.

Né tali garanzie potevano dirsi soddisfatte dalla presenta di un rimedio giurisdizionale di tipo impugnatorio dato che nel caso di specie difettava proprio il presupposto capace di rendere effettivo tale rimedio: il fatto che i creditori concorrenti fossero a conoscenza della esistenza di un provvedimento soggetto a reclamo.

La necessità di informare i creditori della pendenza della procedura, con la notificazione ad essi del ricorso introduttivo e del pedissequo decreto col quale l'organo giudiziario fissa l'udienza in camera di consiglio per la discussione del ricorso stesso, renderà però assai più difficoltoso l'accesso a tale istituto premiale, soprattutto nei fallimenti che presentano un numero significativo di creditori insinuati.

Così come nei fallimenti ancora pendenti alla data del 1 gennaio 2008 il fallito si avvarrà certamente della facoltà di richiedere che la dichiarazione di inesigibilità dei crediti concorsuali non soddisfatti integralmente sia contestuale al decreto di chiusura del fallimento, evitando così il più oneroso procedimento proponibile a procedura chiusa.

E ciò sul presupposto che il procedimento individuato dalla Corte non si applichi ai ricorsi presentati prima della chiusura.

La pendenza della procedura fallimentare determina infatti una sorta di contraddittorio immanente con i creditori che comporta, tra l'altro, una presunzione di conoscenza e/o conoscibilità dei provvedimenti assunti o assumibili nel corso della procedura medesima, senza la necessità che essi siano ogni volta portati a conoscenza di tutti i creditori concorsuali anche nel caso in cui i creditori medesimi siano interessati alla decisione quali soggetti potenzialmente incisi da tale decisione.

La pendenza del fallimento (al contrario di quanto accade una volta che la procedura sia chiusa) giustifica e rende legittima la previsione di rimedi giurisdizionali di

(19) Cost. 30 maggio 2008, n. 181, in *Fall.*, 2008, 887.

tipo impugnatorio (20).

Contro il decreto che provvede sul ricorso può essere proposto reclamo a norma dell'art. 26 l.fall. dal debitore, dai creditori non integralmente soddisfatti, dal pubblico ministero e da qualunque interessato.

I creditori "*non integralmente soddisfatti*" sono, ovviamente, quelli che sono stati ammessi al passivo.

Nella nozione di "*qualunque interessato*" vanno ricompresi sia i creditori che hanno chiesto di essere ammessi, ma che sono stati esclusi (21), sia quelli che non hanno proposto alcuna domanda di ammissione, dovendosi quindi riconoscere ad entrambi la legittimazione a proporre reclamo.

Identica legittimazione deve essere riconosciuta ai coobbligati, ai fideiussori del debitore ed agli obbligati in via di regresso, dato che essi sono tenuti a rispondere nei confronti del creditore principale, ma non possono rivalersi nei confronti del garantito o del coobbligato.

La esdebitazione, infatti, non estingue i crediti nei loro confronti, ma fa venir meno i loro eventuali crediti nei confronti del fallito tornato in bonis ed ammesso al beneficio.

Il provvedimento reso dalla Corte di appello in sede di reclamo è ricorribile per Cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7°, Cost., in quanto provvedimento avente natura definitiva e decisoria, natura decisoria insita nell'estinzione dei crediti anteriori al fallimento.

Il decreto è sindacabile soltanto per violazione di legge, mentre resta escluso ogni sindacato sulla congruità della motivazione o sulle valutazioni di opportunità dei giudici del merito.

6. — *Gli effetti*

Il decreto di esdebitazione, una volta divenuto definitivo acquista, ai sensi dell'art. 2908 c.c., una specifica efficacia costitutiva propria delle sentenze: quella di estinguere tutti i diritti di credito anteriori al fallimento anche se giudizialmente accertati con provvedimento non più impugnabile nelle forme ordinarie.

Il fallito tornato in bonis ed ammesso alla esdebitazione, potrà quindi opporre al

(20) In applicazione di tale principio l'art. 26 l.fall. stabilisce, ad esempio, che il reclamo avverso i decreti del giudice delegato e del tribunale da parte di tutti gli eventuali controinteressati può essere proposto entro il termine perentorio di novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria.

(21) Soluzione che deriva dalla natura esclusivamente endofallimentare di tutte le decisioni assunte con decreto in sede di accertamento del passivo. Con tali decreti non si accerta l'esistenza, l'ammontare del credito, l'esistenza di cause di prelazione o la collocazione di queste ultime, ma soltanto il diritto al concorso. L'esistenza, l'ammontare del credito, l'esistenza di cause di prelazione e la collocazione di queste ultime restano impregiudicati dai provvedimenti resi in sede di verifica dello stato passivo. Con la conseguenza che sembra naturale riconoscere a tali creditori, esclusi dal concorso, ma che mantengono intatta la possibilità di far valere il loro diritto in altra sede, la legittimazione a proporre reclamo avverso un provvedimento, quello di *esdebitazione*, che realizza l'effetto di estinguere ogni credito anteriore al fallimento.

creditore il provvedimento di esdebitazione, ovverosia un fatto sopravvenuto estintivo del credito anteriore.

Sia nell'ambito di un giudizio di cognizione, deducendo la relativa eccezione, sia nell'ambito di un processo esecutivo, nelle forme dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.

Il giudice dinanzi al quale sia sollevata l'eccezione o proposta l'opposizione basata sul provvedimento di esdebitazione dovrà limitarsi e verificare l'esistenza e l'efficacia del decreto.

Il decreto di esdebitazione continua a produrre i suoi effetti sino al momento in cui non viene riformato nelle forme previste dagli artt. 142 ss. l.fall, non potendosi ipotizzare una sua "disapplicazione" o che la sua invalidità possa essere accertata *incidentaliter tantum*, con effetti limitati al giudizio nel quale è stato dedotto il credito.

Qualora in pendenza di un giudizio di cognizione, in cui si controverta dell'esistenza, entità o rango di un credito anteriore al fallimento nei confronti del fallito tornato *in bonis*, venga proposto reclamo contro il provvedimento di esdebitazione, il processo di cognizione dovrà essere sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

VALERIA SPAGNOLETTI

Magistrato

CONTROVERSIE IN MATERIA DI BENEFICI PREVIDENZIALI PER LAVORATORI ESPOSTI AD AMIANTO: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI ALLA LUCE DELLE RECENTI MODIFICHE NORMATIVE

Le principali controversie in materia previdenziale concernenti le lavorazioni comportanti esposizione ad amianto attengono per la più gran parte all'applicazione della legislazione esistente in tema di benefici pensionistici.

In questa materia, specialmente negli ultimi anni, si sono succedute svariate modifiche normative, che hanno comportato e comportano tuttora notevolissime criticità applicative ed interpretative.

1. — QUADRO NORMATIVO

Il quadro normativo di riferimento, costituito in origine dall'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, così come modificato dal D.L. 5 giugno 1993, n. 169, convertito con modificazioni nella legge 4 agosto 1993, n. 271, risulta fortemente innovato per effetto delle modifiche normative introdotte a più riprese, a partire dall'art. 47 del D.L. 30.09.2003, n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24.11.2003, n. 326, passando per l'art. 3, comma 132, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, il D.M. attuativo del 27.10.2004, nonché, da ultimo, l'art. 1, commi 20-22 della legge n. 247/2007 (1).

In particolare, le nuove disposizioni hanno significativamente inciso sulla discipli-

(1) Il testo vigente dell'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, così come modificato dal D.L. 5 giugno 1993, n. 169, convertito con modificazioni nella legge 4 agosto 1993, n. 271, recita: *“Per i lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, l'intero periodo lavorativo soggetto ad assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione ad amianto gestita dall'INAIL è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,5”*.

In tale contesto, il quadro normativo formatosi più di recente ha preso le mosse dall'art. 47 del D.L. 30.09.2003, n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24.11.2003, n. 326, che così recita: *“1. A decorrere dal 1 ottobre 2003, il coefficiente stabilito dall'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, è ridotto da 1,5 a 1,25. Con la stessa decorrenza, il predetto coefficiente moltiplicatore si applica ai soli fini della determinazione dell'importo delle prestazioni pensionistiche e non della maturazione del diritto di accesso alle medesime.*

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche ai lavoratori a cui sono state rilasciate dall'INAIL le certificazioni relative all'esposizione all'amianto sulla base degli atti d'indirizzo emanati sulla materia dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali antecedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto.

3. Con la stessa decorrenza prevista al comma 1, i benefici di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, sono concessi ai lavoratori che, per un periodo non inferiore a dieci

na ex art. 13, comma 8, L. 257/92 in relazione: **1) all'oggetto della prestazione previdenziale:** il coefficiente di rivalutazione dei contributi diminuisce da 1,5 a 1,25 e la rivalutazione incide sulla misura della pensione, ma non più sui requisiti per conseguirla; **2) ai requisiti per ottenere il beneficio:** periodo non inferiore a 10 anni, e non più ultradecennale, di esposizione all'amianto in concentrazione media annuale non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno; **3) al procedimento amministrativo,** essendo prevista una domanda da presentare entro un termine di decadenza all'INAIL, Istituto al quale è conferita la funzione di accertare e certificare la sussistenza e la durata dell'esposizione (come già disposto dall'art. 18, comma 8, L. 31.7.2002, n. 179).

anni, sono stati esposti all'amianto in concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno. I predetti limiti non si applicano ai lavoratori per i quali sia stata accertata una malattia professionale a causa dell'esposizione all'amianto, ai sensi del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, approvato con D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124.

4. La sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto di cui al comma 3 sono accertate e certificate dall'INAIL.

5. I lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento dei benefici di cui al comma 3, compresi quelli a cui è stata rilasciata certificazione dall'INAIL prima del 1 ottobre 2003, devono presentare domanda alla Sede INAIL di residenza entro 180 giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto interministeriale di cui al comma 6, a pena di decadenza del diritto agli stessi benefici.

6. Le modalità di attuazione del presente articolo sono stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

Con la legge di conversione sono stati aggiunti all'art. 47 i commi da 6 bis a 6 quinquies, che dispongono quanto segue:

"6-bis. Sono comunque fatte 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'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, nonché coloro che alla data di entrata in vigore del presente decreto, fruiscono dei trattamenti di mobilità, ovvero che abbiano definito la risoluzione del rapporto di lavoro in relazione alla domanda di pensionamento.

6-ter. I soggetti cui sono stati estesi, sulla base del presente articolo, i benefici previdenziali di cui alla legge 27 marzo 1992, n. 257, come rideterminati sulla base del presente articolo, qualora siano destinatari di benefici previdenziali che comportino, rispetto ai regimi pensionistici di appartenenza, l'anticipazione dell'accesso al pensionamento, ovvero l'aumento dell'anzianità contributiva, hanno facoltà di optare tra i predetti benefici e quelli previsti dal presente articolo. Ai medesimi soggetti non si applicano i benefici di cui al presente articolo, qualora abbiano già usufruito dei predetti aumenti o anticipazioni alla data di entrata in vigore del presente decreto.

6-quater. All'onere relativo all'applicazione dei commi 6-bis e 6-ter, valutato in 75 milioni di euro annui, si provvede mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 1, comma 8, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236.

6-quinquies. In caso di indebito pensionistico derivante da sentenze con le quali sia stato riconosciuto agli interessati il beneficio pensionistico previsto dalla legge 27 marzo 1992, n. 257, riformate nei successivi gradi di giudizio in favore dell'ente previdenziale, non si dà luogo al recupero degli importi ancora dovuti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

All'art. 6 bis sopra citato ha fatto seguito l'art. 3, comma 132, della L. 350/2003 (legge finanziaria per l'anno 2004), il quale ha ulteriormente stabilito che "in favore dei lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 2.10.2003, 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 ottengano sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data. Restano valide le certificazioni già rila-

Una prima osservazione in merito alla nuova normativa, in considerazione dei profili sin qui sinteticamente delineati, è nel senso dell'introduzione di una disciplina indubbiamente meno vantaggiosa per la posizione dei lavoratori, avuto riguardo in particolare alla riduzione da 1,50 a 1,25 del coefficiente di rivalutazione ed al ridimensionamento della rilevanza della stessa, ai soli fini dell'importo della pensione e non anche dell'accesso al pensionamento (art. 47, comma 1).

Quanto all'esplicita indicazione del livello di esposizione richiesto ai fini del riconoscimento dei benefici pensionistici, ossia il superamento di 0,1 fibre/cm cubo (art. 47, comma 3), con esclusione delle sole ipotesi di accertata malattia professionale a causa

sciate dall'INAIL".

In attuazione del disposto di cui al sesto comma dell'art. 47, D.L. 269/2003, è stato poi emanato il D.M. 27.10.2004, che, tra l'altro, prevede, all'art. 1: "*1. I lavoratori che, alla data del 2 ottobre 2003, sono stati esposti all'amianto per periodi lavorativi non soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali gestita dall'INAIL hanno diritto ai benefici previdenziali derivanti da esposizione ad amianto, alle condizioni e con le modalità stabilite dal presente decreto.*

2. Ai lavoratori che sono stati esposti all'amianto per periodi lavorativi soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, gestita dall'INAIL, 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, si applica la disciplina previgente alla medesima data, fermo restando, qualora non abbiano già provveduto, l'obbligo di presentazione della domanda di cui all'art. 3 entro il termine di 180 giorni, a pena di decadenza, dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

Precisa il successivo art. 2, comma 1, che "*per i lavoratori di cui all'art. 1, comma 1, che sono stati occupati, per un periodo non inferiore a dieci anni, in attività lavorative comportanti esposizione all'amianto, in concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno, e comunque sulla durata oraria giornaliera prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro, l'intero periodo di esposizione all'amianto è moltiplicato, unicamente ai fini della determinazione dell'importo della prestazione pensionistica, per il coefficiente di 1,25".*

Infine, l'art. 3 del D.M. citato ha disciplinato la procedura di accesso ai benefici contributivi nei termini seguenti: "*La sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto sono accertate e certificate dall'INAIL.*

2. La domanda di certificazione dell'esposizione all'amianto, predisposta secondo lo schema di cui all'allegato 1, deve essere presentata alla sede INAIL entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, a pena di decadenza dal diritto ai benefici pensionistici di cui all'art. 2, comma 1. Per data di presentazione della domanda si intende la data di arrivo alla sede INAIL o la data del timbro postale di invio nel caso di raccomandata. I lavoratori di cui all'art. 1, comma 1, che hanno già presentato domanda di certificazione dell'esposizione all'amianto alla data del 2 ottobre 2003 devono ripresentare la domanda".

3. L'avvio del procedimento di accertamento dell'INAIL è subordinato alla presentazione, da parte del lavoratore interessato, del curriculum lavorativo, predisposto secondo lo schema di cui all'allegato 2, rilasciato dal datore di lavoro, dal quale risulti l'adibizione, in modo diretto ed abituale, ad una delle attività lavorative di cui al medesimo art. 2, comma 2, comportanti l'esposizione all'amianto.

[..].

9. Per i lavoratori di cui all'art. 1, comma 2, continuano a trovare applicazione le procedure di riconoscimento dell'esposizione all'amianto seguite in attuazione della previgente disciplina, fermo restando, per coloro i quali non abbiano già provveduto, l'obbligo di presentazione della domanda di cui al comma 2 entro il termine di 180 giorni, a pena di decadenza, dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

10. Il lavoratore in possesso della certificazione rilasciata dall'INAIL presenta domanda di pensione all'ente previdenziale di appartenenza che provvede a liquidare il trattamento pensionistico con i benefici di cui al presente decreto".

Da ultimo, l'art. 1, L. 247/2007 (c.d. "Pacchetto Welfare"), prevede, ai commi 20-22, quanto segue:
"*20. Ai fini del conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, co. 8, L. 257/92 e succ.*

dell'esposizione ad amianto, deve darsi atto dell'esistenza sul punto di un orientamento consolidato della Corte di legittimità, che affermava, anche nel vigore della previgente disciplina, la necessità di interpretare, in ragione dei criteri ermeneutici letterale, sistematico e teleologico, il disposto dell'art. 13, comma 8, L. 257/92 nel senso della spettanza del beneficio unicamente agli addetti a lavorazioni comportanti valori di rischio per esposizione a polveri d'amianto superiori a quelli consentiti dagli artt. 24 e 31, D. Lgs 15 agosto 1991, n. 277 (appunto, superiori a 0,1 fibre/cm cubo) (2).

modd. sono valide le certificazioni rilasciate dall'INAIL ai lavoratori che abbiano presentato domanda al predetto Istituto entro il 15 giugno 2005 per periodi di attività lavorativa svolta con esposizione all'amianto fino all'avvio dell'azione di bonifica e, comunque, non oltre il 2 ottobre 2003, nelle aziende interessate dagli atti di indirizzo già emanati in materia dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale.

21. *Il diritto ai benefici previdenziali previsti dall'art. 13, co. 8, L. 257/92 per i periodi di esposizione riconosciuti per effetto del comma 20, spetta ai lavoratori non titolari di trattamento pensionistico avente decorrenza anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge.*

22. *Le modalità di attuazione dei commi 21 e 22 sono stabilite con decreto del Ministero del Lavoro di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze da emanarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".*

(2) L'orientamento della giurisprudenza di legittimità sul punto trae origine dalla pronuncia della Corte Costituzionale del 12.1.2000, n. 5, nella quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 8, L. 257/92, ha affermato la necessità di agganciare l'esposizione all'amianto a precisi *standards* parametrici idonei a circoscrivere i beneficiari, osservando come il concetto di esposizione ultradecennale, in correlazione con il sistema generale dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'amianto, sia strettamente legato a quello di rischio morbigeno e sostenendo che, ai fini del riconoscimento del beneficio previdenziale, costituisca adeguato parametro di definizione del rischio di esposizione rilevante il valore massimo di concentrazione dell'amianto in ambiente lavorativo fissato come soglia limite dal legislatore a fini di prevenzione nel D.Lgs. 277/91 e succ. modd.

Sul punto, a fronte di un panorama non uniforme di decisioni di merito, la Corte di legittimità ha costantemente affermato (cfr. Cass., nn. 4913/2001, 16118/2005; 21224/2005; 400/2007) che un rischio morbigeno rilevante ai fini del riconoscimento dei benefici previdenziali è configurabile solo in caso di accertata presenza di una dispersione di fibre d'amianto nell'ambiente di lavoro in una concentrazione che, essendo superiore ai valori limite indicati nella legislazione previdenziale di cui al D.Lgs. 277/91 e succ. modd., rende concreta e non solo presunta la possibilità di manifestazione delle patologie riconducibili all'amianto.

Peraltro, a seguito della codificazione nella nuova normativa del valore soglia come parametro di rischio rilevante ai fini dei benefici previdenziali, la Corte di Cassazione è tornata diffusamente sull'argomento nella pronuncia n. 400/2007, precisando che *"appare più persuasiva l'opinione che la nuova disciplina confermi che anche precedentemente era richiesta un'esposizione superiore ad una determinata soglia di legge perché il legislatore del 2003 ha ritenuto congrua la previsione di una soglia di esposizione quantitativamente precisata. Né appare adeguatamente significativo il fatto che il legislatore del 2003 abbia indubbiamente, sotto altri aspetti, mirato a ridurre la portata dei benefici in questione, anche perché vi è il dato obiettivo che manca una norma di interpretazione autentica della disciplina previgente, pur in presenza già di un netto orientamento della giurisprudenza di Cassazione"*.

In relazione alla portata interpretativa della nuova norma con riferimento al testo della L. 257/92, la Cassazione ha ulteriormente ribadito che l'art. 47, D.L. 269/03 va letto come una conferma del fatto che anche la legge precedente *"imponesse per la concessione del beneficio il superamento di una soglia determinata di esposizione all'amianto. Sarebbe infatti del tutto irragionevole e contrario al principio costituzionale di uguaglianza ipotizzare che, mentre con le nuove regole il beneficio spetta solo nei casi di superamento della soglia, viceversa, secondo quelle anteriori, questa fosse determinata secondo criteri soggettivi e variabili. Si tratta pur sempre, in entrambi i casi, di esposizioni che risalgono a periodi lontani nel tempo, di talché non vi è motivi di trattare diversamente fattispecie uguali. Diversamente opinando, si dovrebbe ritenere che si sia inteso applicare discipline diverse a casi del tutto uguali di esposizione per un lungo periodo alla sostanza nociva, ponendo come discrimine tra l'uno e l'altro un elemento del tutto estrinseco e causale, come l'epoca di richiesta del beneficio"*.

Si può, pertanto, affermare che, limitatamente a tale specifico profilo, la normativa non ha apportato in concreto alcuna modificazione significativa, limitandosi a codificare un requisito inespresso, ma già introdotto per via interpretativa nella disciplina precedente.

Deve altresì evidenziarsi che, per effetto delle modifiche operate sul comma 3 dell'art. 47, D.L. 269/03 dalla relativa legge di conversione, è stata eliminata la preclusione prevista, almeno stando alla formulazione letterale della normativa previgente, nei confronti dei lavoratori non coperti da assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL (3); in virtù di quest'ultima modifica vengono fatti, pertanto, rientrare espressamente nell'ambito di applicazione delle nuove disposizioni sia i lavoratori che hanno svolto attività lavorativa non soggetta all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali ai sensi del T.U. 1124/65 (quali, ad esempio, il personale di volo della navigazione aerea e gli appartenenti al corpo nazionale dei vigili del fuoco, artt. 1, comma 3, nn. 11 e 22, T.U. 1124/65), sia quelli che hanno svolto attività lavorativa soggetta alla predetta assicurazione obbligatoria, ma presso un ente assicuratore diverso dall'INAIL, quali i marittimi assicurati presso l'IPSEMA e i dipendenti civili e militari dello Stato, alla cui tutela provvede direttamente il datore di lavoro attraverso il sistema della "gestione per conto".

2. — LEGGE APPLICABILE

Una prima considerevole problematica che si pone all'attenzione dell'operatore del diritto, a fronte di un panorama normativo di tal fatta, è costituita dall'individuazione della disciplina applicabile, essendo necessario valutare a quali lavoratori si applichi la nuova disciplina, evidentemente meno favorevole, e per quali, invece, sia fatta salva l'applicazione della disciplina previgente.

Sul punto la normativa di riferimento è costituita dall'art. 47, comma 6-*bis*, D.L. 269/2003, dall'art. 3, comma 132, L. 350/2003, nonché dal D.M. 27.10.2004.

Sul piano strettamente letterale, la disposizione dell'art. 47, comma 6-*bis*, D.L. 269/2003 non appare foriera di dubbi interpretativi: al fine di ritenere correttamente applicabile la disciplina previgente è infatti necessario e sufficiente verificare che i lavoratori rientrino in una delle categorie espressamente previste (*"lavoratori che abbiano già maturato, alla data di entrata in vigore del presente decreto, il diritto al trattamento*

(3) Su tale problematica, sollevata con riferimento al testo dell'art. 13, comma 8, L. 257/92, la Corte Costituzionale, con sentenza 22.4.2002, n. 127, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della normativa nella parte in cui, riservando il beneficio previdenziale ai lavoratori dipendenti da aziende private, non ne consentiva l'applicazione ai dipendenti delle FF.SS. s.p.a. per il periodo antecedente al passaggio della gestione assicurativa contro le malattie dalle FF.SS. all'INAIL, ha suggerito un'interpretazione costituzionalmente adeguata tale da estendere il beneficio ai dipendenti delle Ferrovie dello Stato.

Successivamente, essendo stata riproposta la medesima questione con riferimento ai lavoratori del settore marittimo assicurati presso l'IPSEMA, la Corte Costituzionale, con ordinanza del 1.7.2005, n. 258 ha disposto la restituzione degli atti al Giudice remittente per un nuovo esame della rilevanza della questione alla luce della normativa sopravvenuta, ossia l'art. 47, D.L. 269/03.

pensionistico anche in base ai benefici previdenziali di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, nonché coloro che alla data di entrata in vigore del presente decreto, fruiscono dei trattamenti di mobilità, ovvero che abbiano definito la risoluzione del rapporto di lavoro in relazione alla domanda di pensionamento").

A tal fine, dal punto di vista della concreta gestione delle controversie, se gli elementi di cui sopra non siano stati espressamente indicati nell'atto introduttivo di lite, appare opportuno sollecitare sul punto il contraddittorio tra le parti, richiedendo eventualmente, anche ai sensi dell'art. 421 c.p.c., la produzione di documentazione comprovante la sussistenza delle condizioni sopra elencate da parte dei ricorrenti (esemplificativamente: estratto contributivo per il diritto a pensione).

La ricognizione dei soggetti rispettivamente destinatari della vecchia o della nuova normativa si è, tuttavia, notevolmente complicata con la legge n. 350/2003 e con il D.M. del 27.10.2004, come testimoniano le prime riflessioni dottrinali ed alcune pronunce giurisprudenziali, anche della Suprema Corte (4).

L'art. 3, comma 132, della legge finanziaria 2004 ha apparentemente ampliato l'estensione della clausola di salvezza, da un lato, ai lavoratori che, al 2.10.2003, abbiano maturato il diritto *"al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13 comma 8 della Legge 27 marzo 1992 n. 257, e successive modificazioni"* e, dall'altro, a coloro che abbiano *"avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengano sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data"*, precisando che *"restano valide le certificazioni già rilasciate dall'INAIL"*.

Un primo orientamento interpretativo ha inteso tale disposizione nel senso di ritenere che la maturazione del diritto al beneficio avvenga con la sola effettiva esposizione ultradecennale all'amianto, a prescindere dal momento, anche, eventualmente, successivo al 2.10.2003, in cui venga presentata la domanda per il riconoscimento dell'esposizione o promosso il giudizio a seguito di eventuale diniego dell'INAIL.

Sul punto la Suprema Corte ha chiarito che la disposizione in questione va interpretata *"nel senso che: a) per maturazione del diritto deve intendersi la maturazione del diritto a pensione; b) tra coloro che non hanno ancora maturato il diritto a pensione, la salvezza concerne esclusivamente gli assicurati che, alla data indicata, abbiano avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva"* (5).

Ad avviso della Cassazione, *"le ragioni dell'opzione interpretativa poggiano fondamentalmente sulle considerazioni che la rivalutazione contributiva non rappresenta una prestazione previdenziale autonoma, ma determina i contenuti del diritto alla pensione; che, nel regime precedente, non era prevista una domanda amministrativa per far accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali per effetto di esposizione all'amianto; che il legislatore ha espresso l'intento, ricostruito secondo una interpretazione orientata dal principio costituzionale di ragionevolezza, di escludere l'applicazione della nuova disciplina "anche" per coloro che comunque avessero già avviato una procedura amministrativa per l'accertamento dell'esposizione all'amianto (non solo*

(4) Cfr. Cass., sez. lav., 10.11.2004, n. 21384 e 15.7.2005, n. 15008.

(5) Così Cass., sez. lav., 18.11.2004, n. 21862. Cfr. altresì Cass., sez. lav., 15.7.2005, n. 15008, e 11.7.2006, n. 15679.

mediante domande rivolte all'INAIL, ma anche e soprattutto all'INPS quale parte del rapporto previdenziale), ovvero un procedimento giudiziale, restando però esclusi, tra questi ultimi, quelli per i quali il giudizio sia stato definito con il rigetto della domanda, potendo costoro eventualmente giovare della nuova disciplina nella parte in cui "estende" il beneficio (vedi comma 6 bis dell'art. 47 cit.), come, del resto, tale facoltà è riconosciuta anche ai soggetti per i quali opera la salvezza della precedente normativa, atteso che tale salvezza è stata disposta esclusivamente in loro "favore".

Parte della dottrina ha criticato questa soluzione interpretativa, sollevando perplessità, in particolare, in ordine all'affermazione per cui, nel regime precedente, non sarebbe stato previsto l'onere di proposizione della domanda amministrativa per l'accertamento del diritto alla rivalutazione.

Si è osservato in proposito che un siffatto onere è immanente al procedimento previdenziale e che l'assunto della Suprema Corte sarebbe in contrasto col disposto dell'art. 3, comma 132, L. 350/2003, nella parte in cui fa salva l'applicazione della L. 257/92 per coloro che, al 2.10.2003, abbiano già avviato un procedimento con l'INAIL per il riconoscimento in via amministrativa dell'esposizione all'amianto.

Tuttavia, la più gran parte della giurisprudenza ha mostrato di non condividere tali rilievi, sulla scorta delle seguenti considerazioni.

Esaminando le ipotesi previste dall'art. 3, comma 132, tre sono le categorie di soggetti ancora assoggettate alla disciplina previgente al D.L. 269/2003:

1) coloro che, al 2.10.2003, abbiano già maturato il "diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13 comma 8 della Legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni;"

2) coloro che, al 2.10.2003, abbiano avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL;

3) coloro che, al 2.10.2003, abbiano ottenuto sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data.

La previsione della seconda, tra queste categorie, si spiega col fatto che l'INAIL è l'ente deputato all'accertamento dell'esposizione del lavoratore all'amianto ed è dunque l'immediato destinatario dell'eventuale domanda con cui il lavoratore chieda, in via amministrativa, il riconoscimento di tale esposizione; la nuova disciplina, del resto, ha espressamente qualificato tale atto come "domanda di certificazione", locuzione che ne evidenzia la funzione specifica *in subiecta materia*.

Per converso, a fronte di tale previsione, quella di una terza schiera di beneficiari, identificati in base alla data di pronuncia della sentenza favorevole, sarebbe priva di sostanziale utilità in un regime di obbligatorietà della domanda amministrativa, restando assorbita dall'ipotesi precedente. L'inserimento di questa ulteriore categoria è invece determinata dalla necessità di individuare un diverso riferimento temporale, collegato evidentemente alla possibilità di accesso al giudizio senza la preventiva proposizione della domanda amministrativa.

Per queste ragioni, può condividersi l'assunto che disconosce autonomia di prestazione previdenziale alla rivalutazione contributiva per esposizione ultradecennale all'amianto, da cui la Suprema Corte ha desunto la soluzione ermeneutica attribuita alla locuzione contenuta nell'art. 3, comma 132, della legge finanziaria 2004; in linea con tale soluzione deve essere interpretata la previsione contenuta nell'art. 47, comma 6-bis, D.L.

269/2003, che ha riguardo al “*diritto di trattamento pensionistico anche in base ai benefici previdenziali di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257*”.

Appare, pertanto, maggiormente condivisibile l'opzione interpretativa secondo la quale il legislatore abbia inteso far salva l'applicazione della normativa previgente da un lato a favore di **coloro i quali alla data del 2.10.2003, abbiano già maturato il diritto al (più favorevole) beneficio previdenziale ex art. 13, comma 8, L. 257/92, dovendosi intendere per maturazione del diritto il riconoscimento, in via amministrativa ovvero giudiziale, del diritto alla rivalutazione previdenziale in base alla disciplina precedente, e non solo quindi la maturazione del diritto a pensione; sia a favore di coloro i quali, pur non avendo ancora maturato il diritto al 2.10.2003, abbiano comunque, entro quella data, avviato un procedimento giudiziario o amministrativo, con il deposito della domanda di certificazione all'INAIL, per l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva.**

Lo spartiacque è dunque quello del 2.10.2003, sicchè soltanto coloro che abbiano depositato il ricorso o presentato la domanda all'INAIL entro detta data possono invocare l'applicazione dell'art. 13, comma 8, L. 257/92, essendo altrimenti applicabile la nuova disciplina (6).

In ultima analisi, la norma in questione ha ribadito l'intangibilità dei diritti acquisiti, ivi compresi quelli maturati da tutti i lavoratori che prima del 2.10.2003 abbiano ottenuto o semplicemente richiesto all'INAIL la certificazione dell'esposizione all'amianto, ancorché gli stessi lavoratori non abbiano maturato alla stessa data e nel contempo i requisiti contributivi ed anagrafici per il diritto al trattamento pensionistico o non abbiano effettuato alcuna domanda all'INPS.

Al contrario, un'interpretazione della suddetta previsione normativa nel senso di estendere l'applicabilità della previgente disciplina a tutti i lavoratori solo in ragione dell'effettiva esposizione ultradecennale all'amianto entro il 2.10.2003 attribuirebbe alla stessa vera e propria efficacia abrogativa dell'art. 47 in questione, rendendo, peraltro, superflue le due ipotesi di estensione della vecchia disciplina che lo stesso art. 3, comma 132, L. 350/2003 ha previsto di seguito, perché anche ad esse si applicherebbe comunque il vecchio regime per effetto della generale previsione dettata nella prima parte dello stesso articolo (7).

Né a diversa conclusione può giungersi, anche ad avviso della più gran parte della giurisprudenza di merito, sulla scorta di quanto previsto dal D.M. 27.10.2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali di concerto con il Ministro dell'Economia.

Giova premettere che il suddetto decreto è stato emanato, in attuazione dell'art. 47, comma 6, D.L. 269/03, soltanto per delineare un “*efficace raccordo*” tra le diverse norme, di rango superiore ad esso, in materia di benefici previdenziali connessi all'esposizione all'amianto, ai soli fini della “*razionale operatività delle modalità di riconoscimento dei benefici pensionistici da parte degli enti previdenziali che erogano le prestazioni e dell'istituto assicuratore cui spetta la competenza in materia di rilascio della certificazione attestante l'esposizione qualificata all'amianto*”.

(6) Cfr. Trib. Trieste, 23.11.2006.

(7) Cfr. Trib. Cagliari, 10.2.2005.

Orbene, trattandosi di fonte normativa di rango inferiore, il suddetto decreto non ha introdotto, né poteva legittimamente introdurre, alcuna disposizione in deroga o in contrasto con le norme di legge, delle quali costituisce mera attuazione.

In particolare, l'art. 2, comma 1, del citato decreto ha statuito che *“ai lavoratori che sono stati esposti all'amianto per periodi lavorativi soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, gestita dall'INAIL, 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, si applica la disciplina previgente alla medesima data, fermo restando, qualora non abbiano già provveduto, l'obbligo di presentazione della domanda di cui all'art. 3 entro il termine di 180 giorni, a pena di decadenza, dalla data di entrata in vigore del presente decreto”*.

Tuttavia, per le ragioni sin qui evidenziate, tale disposizione non può considerarsi idonea a prorogare l'applicabilità della previgente disciplina a favore di tutti coloro che abbiano depositato la domanda di certificazione all'INAIL entro i 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto stesso.

Tale disposizione, dunque, va interpretata, con le precisazioni ed i limiti che si illustreranno più oltre, esclusivamente nel senso di prescrivere a coloro che abbiano già maturato entro il 2.10.2003 il diritto ai benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, L. 257/92, nell'accezione sopra esplicitata, di presentare, a pena di decadenza, domanda all'INAIL con le precipe modalità stabilite dall'art. 3 del decreto stesso.

Detta previsione costituisce, infatti, l'attuazione dell'art. 47, comma 5, D.L. 269/03, come modificato dalla legge di conversione, norma in base alla quale la domanda all'INAIL di certificazione dell'esposizione all'amianto va presentata, nel termine e con le modalità specificate dal decreto ministeriale, a pena di decadenza dal diritto ai benefici previdenziali; tuttavia, tale termine di decadenza non può interferire con il diverso termine del 2.10.2003, che costituisce, invece, il *discrimen ratione temporis* per l'applicabilità delle due diverse discipline (8).

(8) Sul punto è stato evidenziato in dottrina come in giurisprudenza che la perduranza del più favorevole regime previgente, alla luce della ricostruzione normativa di cui sopra, appare condizionata o alla maturazione, prima del 2 ottobre 2003, del diritto a pensione (ed in questo caso l'elemento cui è ancorato il diverso trattamento sembra del tutto ragionevole) o alla presentazione, prima della medesima data, di una qualsiasi domanda amministrativa per il riconoscimento del beneficio in questione.

Tuttavia, poiché nel regime precedente, ad avviso della giurisprudenza prevalente anche di legittimità, non è prevista la necessità di alcuna domanda amministrativa per far accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali per effetto dell'esposizione all'amianto, sono stati avanzati dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della irragionevolezza ed ingiustificatezza della disparità di trattamento stabilita dalla legge in ragione di un atto – la presentazione della domanda – che non soltanto non rientra in alcun modo tra gli elementi costitutivi del beneficio disciplinato, ma neppure ne condiziona il riconoscimento.

È stato, infatti, osservato che non essendo richiesta in precedenza alcuna domanda amministrativa, collegare l'applicazione della nuova meno favorevole disciplina all'omessa presentazione di una domanda, che l'interessato non aveva alcun onere di presentare (e tanto meno di presentare con molto anticipo sulla data di maturazione del trattamento pensionistico) significa di fatto introdurre un termine di decadenza con effetto retroattivo.

L'irragionevole ed ingiustificata disparità di trattamento è stata riscontrata sulla base della consi-

3. — PROCEDIBILITÀ E DECADENZA

Stante il disposto dell'art. 47, comma 5, D.L. 269/2003, v'è da chiedersi se alle controversie relative al riconoscimento del diritto ai benefici previdenziali in questione sia applicabile l'art. 443 c.p.c. in tema di procedibilità del ricorso.

Sul punto va rammentato che l'art. 47, comma 5, D.L. 269/2003 dispone che i lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento dei benefici di cui al comma 1, compresi quelli a cui è stata rilasciata certificazione dall'INAIL prima del 1° ottobre 2003, devono presentare domanda alla sede INAIL di residenza entro 180 giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto interministeriale di cui al comma 6, a pena di decadenza del diritto agli stessi benefici.

Si precisa poi al comma 6 *bis* del medesimo art. 47 che sono comunque fatte salve le previgenti disposizioni per i lavoratori che abbiano già maturato, alla data di entrata in vigore del presente decreto, il diritto al trattamento pensionistico anche in base ai benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, L. 257/92.

Orbene, parte della giurisprudenza di merito ha interpretato le disposizioni ivi richiamate nel senso che la presentazione di nuova domanda all'INAIL sia necessaria unicamente per fruire dei benefici di cui al comma 1 dell'art. 47, il quale prevede che a decorrere dal 1° ottobre 2003, il coefficiente stabilito dall'art. 13 comma 8 legge 257/92, è ridotto da 1,5 a 1,25 e si applica ai soli fini della determinazione dell'importo delle prestazioni pensionistiche e non della maturazione del diritto di accesso alle medesime.

Sulla scorta di tanto, si è ritenuto che coloro che hanno presentato domanda giurisdiziale per il riconoscimento dei benefici di cui all'art. 13, comma 8 e che hanno maturato alla data di entrata in vigore del D.L. 269/03 il diritto a tali benefici per esposizione ultradecennale e significativa all'amianto non sono onerati della presentazione di nuova domanda all'INAIL, neppure ai fini della procedibilità della domanda.

Quanto alla decadenza, l'art. 47, comma 5, D.L. 269/03, convertito nella L.

derazione che, secondo l'interpretazione della legge, così come necessitata dall'interpretazione letterale e sistematica e comunque da considerarsi diritto vivente alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione, può darsi il caso di due lavoratori dipendenti dalla medesima azienda, con pari esposizione ad amianto e pari anzianità contributiva (ovvero in identica situazione per quanto riguarda gli elementi rilevanti ai fini della maturazione del beneficio e della tutela previdenziale da accordarsi), ma che in ipotesi abbiano presentato domanda all'INAIL l'uno prima del 2 ottobre 2003 e l'altro dopo detta data, con la conseguenza che il secondo si troverebbe a maturare il diritto a pensione più tardi e in un importo inferiore per il solo fatto di non aver presentato una domanda che non era tenuto a presentare.

Un'altra opzione interpretativa si è, invece, attestata nel senso di escludere profili di illegittimità costituzionale del complesso normativo in questione (cfr. Trib. Genova, 2.5.2005) sulla scorta del principio, ormai radicato nella giurisprudenza costituzionale, per cui "*l'art. 38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante*" (cfr. Corte Cost. nn. 822/88, 243/93, 240/94, 361/96, 227/02) e della constatazione che, in tale quadro, il decreto legge 269/2003 è stato emanato proprio nell'esplicito intento di correggere l'andamento dei conti pubblici, intento che ne ha costituito anche la principale ragione d'urgenza, comprendendo il regime dei benefici conseguenti all'esposizione ad amianto nella manovra di contenimento della spesa pubblica.

326/03, prevede che il termine di decadenza semestrale, entro il quale i lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento dei benefici previdenziali devono presentare domanda all'INAIL, decorre dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale di cui al successivo comma 6.

In concreto, poiché il decreto ministeriale è stato emanato il 27 ottobre 2004 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 17 dicembre 2004, **il termine semestrale di decadenza è decorso il 15 giugno 2005.**

Sul punto, parte della giurisprudenza (9), analogamente a quanto opinato in tema di procedibilità del ricorso, ha ritenuto che **l'art. 47, D.L. 269/03 abbia stabilito il termine di decadenza (soltanto) con riferimento ai lavoratori cui si applichi la disciplina di cui al comma 1 della medesima norma, ossia la nuova disciplina, sicché il termine di decadenza sarebbe previsto (soltanto) per coloro cui si applica la nuova legge.**

Non va sottaciuto che il testo letterale dell'art. 47, comma 5, D.L. 269/03 non si presta ad un'interpretazione piana ed univoca, prevedendo l'obbligo di presentazione della domanda all'INAIL per *“i lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento dei benefici di cui al comma 1”*, laddove il comma 1 pare al contempo apportare una serie di modifiche all'art. 13, comma 8, L. 257/92 ed operare un rinvio alla disciplina previgente.

Tuttavia, l'opzione interpretativa prescelta da questa parte della giurisprudenza pare armonizzarsi adeguatamente con le previsioni normative volte a delimitare il *discrimen* di applicabilità *ratione temporis* della nuova disciplina alla luce del principio di salvaguardia dei diritti acquisiti; ed invero, se il legislatore ha fatto salva l'applicabilità della previgente e più favorevole disciplina per coloro che alla data di entrata in vigore del D.L. 269/03 hanno già *“maturato il diritto”* al beneficio previdenziale ex art. 13, comma 8, L. 257/92, in tali ipotesi sembra corretto applicare *in toto* la normativa previgente, non potendo la nuova legge porre nel nulla il diritto, già venuto ad esistenza – *“maturato”* – in forza della previgente normativa, e riconosciuto come tale dalla normativa sopravvenuta, di agire in giudizio con il solo limite temporale della prescrizione.

In particolare, si può affermare che l'obbligo di presentare la domanda di certificazione a pena di decadenza del diritto al beneficio non incombe su chi aveva già fatto domanda all'INAIL prima del 2.10.2003; in tal senso depone inequivocabilmente l'esplicita previsione di cui all'art. 3, comma 132, L. 350/03, che ha escluso dall'ambito di applicazione della nuova legge tutti coloro che alla data del 2.10.2003 avessero già presentato la domanda all'INAIL.

Ed invero, la finanziaria 2004, facendo espressamente salve *“le certificazioni già rilasciate dall'INAIL”* ha implicitamente abrogato l'inciso *“compresi quelli cui è stata rilasciata certificazione dall'INAIL prima del 1° ottobre 2003”* di cui all'art. 47, comma 5, D.L. 269/03.

Del resto, la previsione di una domanda all'INAIL trova la sua ragione d'essere solo nei confronti dei lavoratori che non l'avessero proposta in precedenza, non potendosi riconoscere alcuna concreta utilità all'ipotesi di presentazione da parte dei lavora-

(9) Cfr. Trib. Genova, 16.10.2007.

tori di una seconda domanda, del tutto analoga alla precedente, ed all'espletamento da parte dell'INAIL di un ulteriore procedimento amministrativo.

Dunque, tutti coloro che alla data del 2.10.2003 avevano già presentato domanda all'INAIL devono considerarsi sottratti all'onere di ripresentare la stessa entro il 15 giugno 2005.

Anche in tal caso si è, dunque, argomentato nel senso della necessità di disapplicare il D.M. 27.10.2004 nella parte in cui ribadisce l'obbligo di presentazione della domanda, a pena di decadenza, anche per i lavoratori che abbiano maturato alla data del 2.10.2003 il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, L. 257/92, in quanto fonte secondaria in contrasto sul punto con la disciplina di legge di rango superiore.

Con riferimento alla concreta gestione delle controversie, in considerazione della rilevanza della domanda di certificazione all'INAIL non solo per la valutazione del rispetto dei termini decadenziali (questione evidentemente rilevabile d'ufficio, in quanto attinente alla sussistenza di una delle condizioni dell'azione), ma altresì per la concreta individuazione della legge applicabile al rapporto dedotto in giudizio, appare opportuno che la domanda di certificazione, qualora non prodotta con il ricorso introduttivo, sia acquisita agli atti del giudizio, eventualmente nell'esercizio dei poteri istruttori officiosi di cui all'art. 421 c.p.c.; evidentemente, tali elementi devono essere acquisiti prima di procedere all'ulteriore istruzione della causa, attesa la possibile decisiva influenza di tale circostanza sul prosieguo del giudizio.

Nell'ipotesi in cui, all'esito della verifica di tutte le circostanze sopra esaminate, risulti applicabile la nuova disciplina e non consti dagli atti una domanda di certificazione presentata all'INAIL entro il 15.6.2005, il giudizio deve essere definito con una pronuncia di mero rito che dichiari la decadenza dal beneficio ex art. 47, comma 5, D.L. 269/03.

4. — INTERESSE AD AGIRE

Con riferimento alle controversie cui sia applicabile la nuova normativa (D.L. 269/2003 e succ. modd.) parte della giurisprudenza di merito (10) ha escluso la sussistenza dell'interesse ad agire per ottenere il riconoscimento del beneficio previdenziale in oggetto in capo ai non titolari dei requisiti di maturazione della pensione.

Si è infatti osservato che solo in ipotesi di applicabilità della previgente disciplina di cui all'art. 13, comma 8, L. 257/92, la quale prevede la rivalutazione del periodo di esposizione "*ai fini della prestazione pensionistica*", può ritenersi configurabile un interesse ad agire giudizialmente anche per i soggetti non pensionati, in quanto già titolari del diritto, cui fa riscontro uno specifico obbligo dell'ente previdenziale, alla corretta informazione circa la consistenza del credito contributivo "*da intendere come estesa, oltre che alla quantità, anche alla qualità della contribuzione, vale a dire all'utilità della stessa ai fini pensionistici*" (11).

(10) Cfr. *ex plurimis* Trib. Trieste, 23.11.2006.

(11) Così Cass., 21.6.2002, n. 9125.

A sostegno della suesposta opzione interpretativa, si è operato un richiamo ad una pronuncia della Suprema Corte, la quale, nel riconoscere in relazione all'art. 13, comma 8, L. 257/92 l'interesse ad agire anche ai non pensionati, ha fondato la propria tesi sulla formulazione letterale della norma, la quale attribuisce il beneficio "*ai fini delle prestazioni pensionistiche*", evidenziando che la ragion d'essere della stessa non consiste soltanto nel far acquisire il diritto alla pensione, ma nel consentirne una più rapida acquisizione, con la conseguenza che il suddetto beneficio produce effetto immediato sulla posizione assicurativa del lavoratore, incidendo sulla complessiva consistenza dei contributi che costui può far valere attraverso l'ipervalutazione di quelli effettivamente versati nel periodo di esposizione all'amianto.

In altre parole, la Cassazione, ha affermato il diritto dell'assicurato ad avere certezza dell'esatto ammontare della contribuzione complessiva esistente a suo carico con riferimento specifico ad una norma che attribuisce un incremento della contribuzione utile a fini pensionistici, ricollegando l'interesse ad agire proprio e solo alla possibilità di conseguire anticipatamente, in ragione della richiesta rivalutazione previdenziale, il diritto alla pensione di anzianità; in tal senso, il riconoscimento del beneficio previdenziale in questione è suscettibile di incidere attualmente sulla posizione pensionistica, come incremento della contribuzione utile ai fini di un futuro trattamento pensionistico.

Si è quindi evidenziato come il principio affermato dalla Suprema Corte non possa attagliarsi alla nuova disciplina ex art. 47, D.L. 269/03, in base alla quale il minore coefficiente di 1,25 incide soltanto sulla misura della pensione e non più sui requisiti per conseguirla.

Invero, se il coefficiente moltiplicatore si applica ai soli fini della determinazione delle prestazioni pensionistiche e non della maturazione del diritto di accesso alle medesime, "*rispetto al non pensionato il diritto alla rivalutazione è solo futuro ed ipotetico*" (12) e l'accertamento dell'esposizione prolungata all'amianto, non costituendo il presupposto di un diritto attuale, si risolve in un accertamento di mero fatto, con conseguente difetto di interesse ad agire.

Secondo tale opzione interpretativa, dunque, il beneficio previsto dalla nuova disposizione è azionabile dall'assicurato solo all'atto della domanda di pensione, in quanto solo in tale momento l'ente previdenziale è in grado, anche alla luce della normativa vigente al momento del pensionamento, di indicare l'entità del beneficio sulla pensione conseguita.

Da altra parte della giurisprudenza di merito si è invece riconosciuta la sussistenza anche in tale ipotesi delle condizioni di cui all'art. 100 c.p.c., sulla scorta di quell'orientamento di legittimità per cui in materia previdenziale ed assistenziale sussiste l'interesse ad agire in tutti i casi in cui vi sia una pregiudizievole situazione di incertezza in ordine al rapporto assicurativo, situazione che può sussistere anche in mancanza della maturazione del diritto ad ottenere l'erogazione di determinate prestazioni (13).

(12) Così Trib. Trieste, 23.11.2006

(13) Cfr. Cass. civ., sez. lav., 4 dicembre 2002, n. 17223, secondo la quale per determinare l'interesse ad agire nelle azioni di accertamento è necessaria e sufficiente l'incertezza oggettiva in ordine ad un diritto e non anche l'attuale lesione di esso. Cfr. altresì in tema di interesse ad agire in relazione all'accertamento della computabilità di alcuni emolumenti ai fini del calcolo del TFR in costanza del rapporto di lavoro, Cass. civ., sez. lav., 11 maggio 2000, n. 6046.

Del resto, proprio con riferimento alla nuova normativa pare accentuarsi in concreto la scissione logica e temporale tra l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva e la concreta esigibilità, nei confronti dell'Istituto previdenziale erogatore del trattamento pensionistico, della prestazione nella misura riveniente dalla rivalutazione medesima, atteso che, con l'introduzione dell'art. 47, comma 5, D.L. 269/03, tutti i lavoratori, pur non avendo maturato il diritto a pensione, hanno l'obbligo di richiedere all'INAIL la relativa certificazione, a pena di decadenza dal beneficio.

Da un lato, dunque, è ben possibile che il requisito costitutivo dell'esposizione qualificata ad amianto non venga riconosciuto dall'INAIL, risultando, dunque, "contestato", in epoca di gran lunga antecedente alla maturazione del diritto a pensione, dall'altro è evidente che in assenza di un accertamento dell'esposizione qualificata il lavoratore non potrà comunque ottenere dall'INPS la rivalutazione contributiva nel momento in cui la prestazione previdenziale diventerà esigibile per il raggiungimento dei requisiti minimi di legge.

Sulla scorta di queste premesse, una parte della giurisprudenza di merito ha, dunque, riconosciuto la sussistenza dell'interesse ad agire, ancorché il riconoscimento del beneficio richiesto non consenta attualmente al lavoratore istante di accedere al pensionamento.

Tale opzione interpretativa è stata avvalorata da un riferimento a norme di diritto positivo, ed in particolare l'art. 54 della legge 9 marzo 1989, n. 88, per cui "*è fatto obbligo agli enti previdenziali di comunicare, a richiesta esclusiva dell'interessato o di chi ne sia da questi legalmente delegato o ne abbia diritto ai sensi di legge, i dati richiesti relativi alla propria situazione previdenziale e pensionistica. La comunicazione da parte degli enti ha valore certificativo della situazione in essa descritta*"; da quest'ultima disposizione sembra potersi inferire il riconoscimento legale all'interno dell'ordinamento positivo di un interesse attuale del lavoratore alla conoscenza degli accreditamenti annuali sulla sua posizione previdenziale e della contribuzione complessivamente riconosciutagli dall'Istituto.

Il riconoscimento di un diritto all'informazione implicherebbe, dunque, il diritto dell'assicurato all'esatta determinazione degli accrediti via via computati ed alla corretta annotazione da parte dell'INPS della sua posizione previdenziale, potendo questa venire in rilievo, con un interesse attuale e specifico, in un momento della vita lavorativa ben anteriore a quello del pensionamento o del prepensionamento (si consideri, esemplificativamente, l'interesse di un lavoratore che abbia maturato i requisiti anagrafici e contributivi minimi per accedere alla pensione di anzianità di sapere con certezza se continuando a lavorare maturerà contributi utili alla misura del trattamento pensionistico ovvero se, in ipotesi, con il riconoscimento dei benefici dell'amianto egli abbia già raggiunto la massima anzianità contributiva).

Detto interesse specifico ed attuale è stato ritenuto sussistente anche prima ed indipendentemente dalla maturazione del diritto a pensione e ciò sia perché il lavoratore deve essere comunque posto in condizione di valutare l'opportunità, ad esempio, di cessare di lavorare, provvedendo al versamento di contributi volontari oppure attenendo l'età pensionabile, sia perché, ove l'interesse ad agire venga ancorato esclusivamente alla maturazione del diritto a pensione, nel tempo ordinariamente necessario per la definizione del procedimento con sentenza passata in giudicato, il lavoratore raggiun-

gerebbe comunque verosimilmente la massima anzianità contributiva, vedendo così vanificato l'eventuale esito favorevole del giudizio (14).

5. — LEGITTIMAZIONE PASSIVA

Anche a seguito dell'introduzione dell'art. 47, comma 4, del D.L. 30.09.2003, n. 269, secondo il quale "*La sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto di cui al comma 3 sono accertate e certificate dall'INAIL*", deve ritenersi che nulla risulti modificato in ordine alla legittimazione passiva in relazione alla domanda di accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva, permanendo detta legittimazione esclusivamente in capo all'INPS.

Infatti, come già in precedenza affermato dalla giurisprudenza consolidata, 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, L. 257/92, l'unico soggetto legittimato a stare in giudizio è l'ente previdenziale tenuto ad operare la rivalutazione.

Con riferimento alla normativa previgente, la giurisprudenza ha affermato che la disciplina in questione finalizza il beneficio dell'accredito figurativo ad una più rapida acquisizione dei requisiti contributivi utili per ottenere le prestazioni pensionistiche dell'assicurazione generale obbligatoria e non già all'attribuzione delle diverse prestazioni oggetto del regime assicurativo a carico dell'INAIL.

Si è altresì affermato che la stessa disposizione - diversamente da quella contenuta nel settimo comma 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*" (15).

Tale argomentazione non appare superabile, neppure alla luce del mutato panorama normativo, atteso che, pur essendo l'INAIL destinatario per legge delle domande di certificazione dei lavoratori in qualità di soggetto deputato ad accertare e certificare l'esposizione all'amianto, l'effettivo fondamento del *petitum* nelle controversie in questione è la sola prestazione pensionistica, e non l'accertamento in via principale dell'esposizione al rischio; né la richiamata disciplina ha innovato alcunché rispetto al principio generale secondo cui la legittimazione *ad causam* è connessa alla titolarità del rapporto sostanziale, che resta radicato in capo all'INPS, in qualità di unico soggetto tenuto ad operare la rivalutazione oggetto della domanda giudiziale.

(14) Così Trib. Genova, 24.7.2007.

(15) Cfr. *ex plurimis* Cass., 19.6.2002, n. 8937; Cass., 25.2.2002, n. 2677; Cass., 11.7.2002, n. 10114; Cass., 9.12.2002, n. 17528; Cass., 23.1.2003, n. 997; Cass., 29.10.2003, n. 16256.

6. — PROVA DEL PERIODO DI ESPOSIZIONE QUALIFICATA

Ad avviso della più recente giurisprudenza, anche di legittimità, nelle controversie in cui venga in rilievo l'applicazione dell'art. 13, comma 8, L. 257/92, per ritenere fondata la domanda volta al riconoscimento del beneficio, il giudice di merito deve accertare se colui che ha avanzato domanda abbia dimostrato la concreta esposizione al rischio delle polveri di amianto con valori limite superiori a quelli indicati nel succitato decreto n. 277 del 1991.

Ed invero, la Suprema Corte (16) ha chiarito che l'accertamento della sussistenza dell'esposizione a rischio per il periodo prescritto dalla legge deve essere compiuto dal giudice di merito avendo riguardo alla singola collocazione lavorativa, verificando cioè - nel rispetto del criterio di ripartizione dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. (o, se del caso, avvalendosi dei poteri d'ufficio ad esso riconosciuti nel rito del lavoro) - se colui che ha fatto richiesta del beneficio di cui all'art. 13, comma 8, dopo aver indicato e provato sia la specifica lavorazione praticata, sia l'ambiente dove ha svolto per più di dieci anni detta lavorazione, abbia anche dimostrato che nell'ambiente nel quale si svolgeva la lavorazione vi era una concentrazione di polveri di amianto superiore ai valori limite indicati nel ricordato D.Lgs. 277/91 (come modificato dall'art. 3, L. 257/92).

Il lavoratore, quindi, sempre nell'ottica della necessaria personalizzazione del rischio, ha l'onere di dimostrare la sussistenza dell'ulteriore requisito prescritto dalla legge, vale a dire di essere stato esposto a quel rischio "qualificato" per un periodo superiore a dieci anni; con l'avvertenza che, nel periodo in questione, dovranno essere computate le pause "fisiologiche" di attività (riposi, ferie, festività) che rientrano nella normale evoluzione del rapporto di lavoro.

Quanto all'ampiezza dell'onere probatorio posto a carico del ricorrente, la Suprema Corte ha recentemente chiarito come non sia necessario che il lavoratore fornisca la prova atta a qualificare con esattezza la frequenza e la durata dell'esposizione, potendo ritenersi sufficiente, qualora ciò non sia possibile, avuto riguardo al tempo trascorso ed al mutamento delle condizioni di lavoro, che *"mediante la ricostruzione dell'ambiente di lavoro e la individuazione delle fonti di esposizione all'amianto, si possa pervenire a formulare un giudizio di pericolosità dell'ambiente di lavoro, con un margine di approssimazione di ampiezza tale da indicare la presenza di un rilevante grado di probabilità di superamento della soglia prevista"* (17),

(16) Cfr. *ex plurimis* Cass., 3.4.2001, n. 4913, 15.5.2002, n. 7048, 26.2.2003 n. 2932, 1.8.2005, n. 16118.

(17) Cfr. Cass., 11.1.2007, n. 400. In tema di prova, la Cassazione ha ritenuto sufficiente ai fini del beneficio in questione il rilascio della certificazione INAIL concernente, per ciascun lavoratore, il grado di esposizione e la sua durata, sulla base degli atti di indirizzo del Ministero del Lavoro. Così Cass., 9.1.2007, n. 151, la quale ha sul punto statuito che *"appare sufficiente l'esistenza della certificazione INAIL per fondare il diritto alla maggiorazione contributiva, avendo il legislatore delegato all'ente di previdenza professionalmente attrezzato i necessari accertamenti tecnici sul superamento della soglia di esposizione e sulla relativa durata (...) liberando così la fase giudiziale da verifiche lunghe e complicate"*; la Corte ha tuttavia precisato che *"la certificazione INAIL non costituisce prova esclusiva dell'esposizione qualificata, persistendo ovviamente la possibilità che questa venga dimostrata in giudizio attraverso gli ordinari mezzi di prova"*. È stata, invece, esclusa valenza probatoria alla circostanza del pagamento del premio asbestosi da parte del datore di lavoro (Cass., n. 151/2007), alle certificazioni INAIL prive del valore di esposizione, agli atti di indirizzo ministeriali cui non sia seguita la certificazione INAIL (Cass., nn. 152/2007; 22/2007; 27583/2006; *contra* Cass., n. 3095/07).

Nel quadro delineato dalla nuova normativa, deve osservarsi come l'art. 2, comma 2, del D.M. 27.10.2004 contenga una vera e propria elencazione di attività lavorative comportanti esposizione ad amianto (18), che sembra doversi intendere quale disposizione definitoria di carattere generale, pur se il precedente comma 1 fa riferimento, tramite il rinvio all'art. 1, comma 1, ai soli lavoratori esposti all'amianto per periodi lavorativi non soggetti all'assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL.

La ricognizione delle suddette attività lavorative è stata evidentemente effettuata in considerazione del fatto che nelle stesse l'esposizione rilevante ai fini del conseguimento del beneficio è riscontrabile con ampi margini di probabilità secondo un giudizio fondato su criteri di ragionevole verosimiglianza.

Questa scelta è stata letta da una parte degli operatori del diritto nel senso di stabilire la presunzione di un'esposizione qualificata in tali lavorazioni, con correlativa semplificazione probatoria per i beneficiari della normativa: questi ultimi, in tali casi, resterebbero onerati della sola prova delle mansioni espletate in attività rientranti in tale elencazione, previa specifica e fedele ricostruzione del ciclo produttivo dell'azienda, dovendosi invece considerare presunto il livello qualificato di esposizione.

È parimenti evidente che tale elenco non può considerarsi tassativo, non potendosi escludere che ulteriori attività lavorative, non ricomprese espressamente nell'elenco, abbiano in concreto determinato un'esposizione significativa ad amianto, nè potendosi restringere l'applicabilità del beneficio di legge alle sole attività tipizzate dalla norma.

Tuttavia, i lavoratori impegnati in attività non ricomprese nell'elencazione di cui all'art. 2, non potendo beneficiare della suddetta "presunzione" e, correlativamente, della semplificazione probatoria dell'esposizione qualificata, resterebbero tenuti ad assolvere interamente il proprio onere probatorio nei termini già ricostruiti poc'anzi.

In tema di prova della sussistenza di un periodo di esposizione rilevante, va poi evidenziato il disposto di cui all'art. 2, comma 3, del decreto ministeriale, il quale ponendosi in contrasto con la prevalente giurisprudenza formatasi sotto il vigore della

(18) L'art. 2 del D.M. 27.10.2004 così prevede: "*Per i lavoratori di cui all'art. 1, comma 1, che sono stati occupati, per un periodo non inferiore a dieci anni, in attività lavorative comportanti esposizione all'amianto, in concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno, e comunque sulla durata oraria giornaliera prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro, l'intero periodo di esposizione all'amianto è moltiplicato, unicamente ai fini della determinazione dell'importo della prestazione pensionistica, per il coefficiente di 1,25.*

Per attività lavorative comportanti esposizione all'amianto si intendono le seguenti:

- a) *coltivazione, estrazione o trattamento di minerali amiantiferi;*
- b) *produzione di manufatti contenenti amianto;*
- c) *fornitura a misura, preparazione, posa in opera o installazione di isolamenti o di manufatti contenenti amianto;*
- d) *coibentazione con amianto, decoibentazione o bonifica da amianto, di strutture, impianti, edifici o macchinari;*
- e) *demolizione, manutenzione, riparazione, revisione, collaudo di strutture, impianti, edifici o macchinari contenenti amianto;*
- f) *movimentazione, manipolazione ed utilizzo di amianto o di manufatti contenenti amianto; distruzione, sagomatura e taglio di manufatti contenenti amianto;*
- g) *raccolta, trasporto, stoccaggio e messa a discarica di rifiuti contenenti amianto.*

Per periodo di esposizione si intende il periodo di attività effettivamente svolta".

L. 257/92, prevede espressamente che per periodo di esposizione debba intendersi il periodo di “attività effettivamente svolta”.

Sul punto, è stata proposta un’interpretazione di tale articolo comunque compatibile con il diritto vivente, nel senso di intendere per attività effettivamente svolta **anche quella coincidente con le pause “fisiologiche” proprie di tutti i lavoratori** (quali, esemplificativamente, riposi, ferie e festività), **con esclusione, invece, delle sospensioni dell’attività lavorativa costituenti un momento patologico del rapporto di lavoro** (ad es., periodi di integrazione salariale).

7. — ULTIME NOVITÀ NORMATIVE: IL C.D. “PACCHETTO WELFARE”

Da ultimo, deve farsi cenno alle ulteriori previsioni in tema di benefici contributivi per lavoratori esposti ad amianto contenute nell’art. 1 della L. 247/2007 (c.d. “Pacchetto Welfare”).

Trattandosi di una normativa di recentissima emanazione, e non essendo stato ancora pubblicato il relativo decreto attuativo, in questa sede non possono che riportarsi le osservazioni scaturite da una prima lettura del testo di legge.

Il comma 20 dell’art. 1, L. 247/2007 sembra perseguire l’intento di dilatare il periodo dell’esposizione rilevante, ai fini del conseguimento dei benefici previdenziali previsti “*all’articolo 13, comma 8 della legge 27 marzo 1992, n. 257 e successive modificazioni*”, nelle aziende interessate dagli atti d’indirizzo ministeriale, riconoscendo la validità dei relativi atti di accertamento (certificazioni) che l’INAIL rilascia ai lavoratori interessati che ne abbiano fatto richiesta entro il 15.06.2005, termine di decadenza già fissato in applicazione dell’art. 47, L. 326/2003 di conversione del D.L. 269/2003.

Lo stesso comma 20 fissa poi come termine ultimo dell’esposizione, da intendersi presumibilmente come situazione sostanziale rilevante ai fini dei benefici, la data del 2.10.2003 (coincidente con l’entrata in vigore del D.L. 269/2003).

La suddetta norma pare riferirsi ad un ambito di applicazione circoscritto, essendo diretta a garantire una più ampia applicazione degli atti d’indirizzo già emanati in materia dal Ministro del lavoro: in relazione a tali atti, generalmente fermi al 31.12.1992, se non a periodi anteriori, la nuova norma renderebbe, dunque, possibile un ampliamento del periodo di esposizione tale per cui anche l’intero periodo di esposizione rilevante ai fini del conseguimento della maggiorazione contributiva di cui all’art. 13, comma 8, potrebbe consumarsi dopo l’entrata in vigore della L. 257/1992.

Tuttavia, la norma non pare interpretabile nel senso che in tutte le aziende interessate da atti di indirizzo ministeriale il termine finale del periodo di esposizione da rivalutare debba automaticamente farsi coincidere con il 2.10.2003 fissato dalla legge; sembra, invece, doversi ritenere che la legge abbia inteso fissare un termine finale massimo per gli atti di accertamento con i quali l’INAIL, sulla scorta delle verifiche demandate all’Istituto per legge, dovrà individuare di volta in volta ed in concreto l’effettivo periodo di esposizione subito dai lavoratori, dovendosi in particolare accertare per ogni singola azienda interessata dagli atti d’indirizzo ministeriale quando è stata

avviata l'azione di bonifica e considerare cessata la esposizione dei lavoratori a bonifica avviata (19) (*"fino all'avvio dell'azione di bonifica"*).

È stato osservato in dottrina come apparentemente la norma, sul piano strettamente letterale, sia volta ad ampliare il periodo di esposizione ai soli effetti del beneficio di cui all'art. 13, comma 8 della legge 257/1992 e successive modificazioni, con esclusione dei minori benefici di cui all'art. 47, L. 326/2003.

È stato, tuttavia, giustamente osservato che una siffatta distinzione non troverebbe alcuna giustificazione, attesa l'assoluta similitudine dei benefici in questione in termini di ratio e di presupposti, laddove l'attribuzione dell'uno o dell'altro beneficio discenderebbe soltanto da un discrimine di natura temporale, dato dall'aver maturato o meno *"il diritto al trattamento pensionistico"* alla data di entrata in vigore della più restrittiva normativa di cui all'art.47 del decreto legge oppure dall'aver presentato o meno una domanda all'Inail di accertamento dei benefici entro la stessa data (20).

In ogni caso, tale discrasia sembra potersi risolvere sul piano ermeneutico, laddove si interpreti la suddetta locuzione normativa come volta ad estendere il meccanismo a tutti i "benefici previdenziali" per esposizione all'amianto, anche a quelli previsti dall'art. 47, L. 326/2003, considerati come ricompresi nella locuzione *"e successive modificazioni"*.

Quanto ai destinatari della disposizione, si evince dal successivo comma 21 il diritto all'ampliamento del periodo di esposizione garantito dal comma 20 anche per coloro che abbiano già ottenuto la certificazione per periodi di esposizione minori e diversi (sempre in applicazione degli stessi atti d'indirizzo; ad es. fino al 31.12.1992) da quelli garantiti dall'applicazione della nuova legge.

In tale ottica, la norma appare volta a garantire in concreto un effetto equitativo tra le posizioni dei lavoratori alle dipendenze della medesima azienda, creando le condizioni per cui la data di cessazione dell'esposizione possa rilevare in misura uguale per tutti, salvo che si tratti di lavoratori già in pensione; da un lato, dunque, si è favorita la maturazione del diritto per coloro che ne siano stati in precedenza esclusi, dall'altro si è evitato di ampliare indiscriminatamente il periodo di esposizione per tutti i lavoratori, escludendo tutti coloro che, per effetto della propria anzianità contributiva, maggiorata o meno da benefici amianto, siano già in pensione alla data di entrata in vigore della legge (*"ai lavoratori non titolari di trattamento pensionistico alla data di entrata in vigore della presente legge"*).

(19) L'articolo citato sembra dunque stabilire una sorta di presunzione per cui solo con l'avvio dell'azione di bonifica l'azienda si sia fatta effettivamente carico della tutela della salute dei lavoratori e possa perciò dirsi cessata in concreto l'esposizione rischiosa, atteso che la stessa opera di bonifica doveva essere effettuata sotto la sorveglianza delle autorità sanitarie, in applicazione del complesso apparato normativo di natura prevenzionale che avrebbe dovuto proteggere i lavoratori (dettato a partire dal D.Lgs. 277/1991).

(20) È stata evidenziata sul punto in dottrina la necessità di salvaguardare la posizione di quei lavoratori che con l'ampliamento del periodo di esposizione garantito dalla L. 247/2007 possano ottenere soltanto il minore beneficio di cui all'art.47, perché ad esempio non avevano fatto domanda all'INAIL prima del 2.10.2003 o non avevano diritto di andare in pensione prima della medesima data.

Resterebbero esclusi dall'ambito di operatività della nuova normativa i lavoratori dipendenti da aziende non interessate dall'applicazione di atti d'indirizzo ministeriali; tuttavia, la disciplina in questione può essere interpretata nel senso di suggerire un utile e ragionevole criterio-guida, di validità generale ai fini dell'accertamento del periodo di esposizione, per cui quest'ultimo potrebbe considerarsi cessato soltanto con l'avvio in concreto delle operazioni di bonifica (21).

(21) Dal punto di vista della concreta prassi giudiziaria, già allo stato attuale non appare infrequente l'utilizzo di un approccio di tipo concreto, volto a verificare, attraverso la valutazione tecnica rimessa al CTU, l'epoca dell'effettiva cessazione dell'esposizione ad amianto, talora sulla base di elementi di carattere presuntivo, in virtù del tempo trascorso e del mutamento delle condizioni di lavoro; tuttavia, la cessazione dell'esposizioni non viene di norma fatta automaticamente coincidere con l'entrata in vigore della normativa prevenzionale.

STEFANO GIUBBONI

Professore associato di Diritto del lavoro presso la Facoltà
di Scienze Politiche dell'Università di Perugia

**DIRITTO DEL LAVORO E COMPETIZIONE REGOLATIVA
NELL'UNIONE EUROPEA***

Sommario: 1. - Premessa. 2. - La territorialità del diritto del lavoro nella elaborazione tradizionale della giurisprudenza italiana. 2.1 - Norme imperative e legge applicabile al rapporto di lavoro nella Convenzione di Roma. 3. - La libera circolazione dei lavoratori nella Comunità europea ed il principio della tutela paritaria del migrante comunitario alla stregua della lex loci executionis. 3.1 - Dalla mobilità "verso l'impiego" alla mobilità "all'interno dell'impiego". 4. - Il distacco di lavoratori nell'ambito d'una prestazione transnazionale di servizi nella direttiva 96/71/CE. 4.1 - Distacco e norme imperative applicabili al rapporto di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. 5. - Conclusioni.

1. — Premessa

Il discorso sulla competizione regolativa, sulla concorrenza tra ordinamenti giuridici nel "mercato delle regole", vanta ormai una lunga tradizione teorica, anche all'interno del dibattito europeo e comunitario (1). Con specifico riferimento alla costruzione dell'ordine giuridico del mercato comune europeo, si discute di competizione regolativa almeno da quando la Corte di giustizia ha fatto del mutuo riconoscimento il principale criterio operativo della libera circolazione delle merci con le storiche sentenze *Dassonville* (2) e *Cassis de Dijon* (3). Da allora, e soprattutto sulla scorta del *Libro bianco* del 1985 e del grande progetto di completamento del mercato interno entro la

* Lo scritto rielabora e sviluppa la relazione svolta al quarto seminario nazionale *TRESS - Training and Reporting on European Social Security*, tenutosi a Roma, presso l'Auditorium della Cassa Nazionale di Previdenza Forense, il 13 giugno 2008. Nella sua originaria versione, la relazione è apparsa in *Diritti Lavori Mercati*, fasc. n. 3/2008. Sono grato a Gianluca Contaldi per i commenti ricevuti ad una prima versione dello scritto, dei cui errori resto - naturalmente - il solo responsabile.

(1) V. solo ESTY, GERADIN (eds.), *Regulatory Competition and Economic Integration. Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2001, e più di recente il volume a cura di ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, 2004.

(2) C. Giust. 11 luglio 1974, causa 8/74, in *Racc.*, 1974, p. 837.

(3) C. Giust. 20 febbraio 1979, causa 120/78, in *Racc.*, 1979, p. 649.

data simbolo del 31 dicembre 1992 (4), è stabilmente entrata nell'*acquis* teorico e istituzionale dell'Unione la consapevolezza che la circolazione dei modelli giuridici nello spazio comunitario transita non più solo attraverso la tecnica (opportunamente rivisitata) dell'armonizzazione, ma anche (e forse soprattutto) attraverso la competizione tra i regolatori, nei termini inevitabilmente implicati dal criterio della equivalenza *sub specie* di mutuo riconoscimento (5). Anche i riferimenti teorici del dibattito sulla competizione regolativa si sono stabilizzati nel tempo, in una sorta di sincretismo culturale nel quale trovano posto - in un *continuum* che ne sfuma le significative differenze - ordoliberalismo, concezione hayekiana della concorrenza come processo di scoperta e scuola della *public choice* (per citare soltanto le principali correnti di pensiero economico e filosofico usualmente richiamate) (6).

Il diritto del lavoro è rimasto a lungo sostanzialmente immune da questo discorso e, prima ancora, per un lungo tratto del processo integrativo comunitario esso è apparso effettivamente estraneo al gioco della *regulatory competition* nel mercato interno. Per le ragioni che saranno ricordate tra breve, si è infatti a lungo ritenuto che la sostanziale riserva di "sovranità sociale" assicurata agli Stati membri dal Trattato di Roma, per lo meno nella sua impostazione originaria (7), creasse, per il diritto nazionale del lavoro, una sorta di sfera di immunità dalle pressioni concorrenziali scaricate sul mercato comune delle merci e (più tardi) dei servizi dalla assunzione del mutuo riconoscimento a criterio regolativo virtualmente alternativo e prevalente rispetto a quello della armonizzazione positiva.

Quest'aura di immunità ha tradizionalmente trovato nel postulato della territorialità del diritto del lavoro - quale sistema di norme imperative connotanti la struttura portante degli Stati sociali nazionali - il proprio pilastro normativo. La rigida applicazione territoriale del diritto del lavoro nazionale (nella sua duplice valenza positiva e negativa (8)) poggiava, del resto, su una saldissima base concettuale e normativa, la

(4) Esiste in argomento, notoriamente, una letteratura sterminata: mi limito a richiamare l'eccellente sintesi di EGAN, *Constructing a European Market*, Oxford University Press, 2001. Per un'interessante rivisitazione delle ideologie e delle tecniche giuridiche di costruzione del mercato comune nella prospettiva della comparazione tra l'opera integrativa della Corte di giustizia delle Comunità europee e quella della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, v. inoltre ELIASOPH, *A "switch in time" for the European Community? The recalibration of economic and social rights in Europe*, in corso di pubblicazione in *CJEL*.

(5) V. *ex multis* ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Università degli Studi di Trento, 1996; TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Il Mulino, 2006.

(6) Per i riferimenti essenziali sia permesso il rinvio a GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, 2003, p. 285 ss.

(7) D'obbligo al riguardo il rinvio a FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford University Press, 2005, spec. p. 111 ss.

(8) Il principio di territorialità del diritto del lavoro - come ben chiarito da MAGNO, *Il lavoro all'estero*, CEDAM, 1990, p. 230 - può in effetti essere inteso "sia in senso positivo, cioè come necessità applicativa rispetto al lavoro svolto in Italia, sia come carattere negativo, cioè come limite all'applicazione fuori dei confini nazionali". Per un'analoga osservazione con riguardo al principio della *lex loci laboris* quale corrispondente criterio di applicazione rigidamente territoriale del diritto della sicurezza sociale, cfr. DE MATTEIS, GIUBBONI, *Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità e sicurezza sociale*, in *QDLRI*, 1998, n. 20, p. 97 ss., spec. p. 99.

quale costituiva il precipitato di istanze di segno diverso ma per l'appunto convergenti nella garanzia di immunità dell'ordinamento nazionale dalla concorrenza - anche parziale - di regole prodotte in sistemi europei improntati a minori *standard* di tutela del lavoratore nel rapporto o nel mercato.

Oggi quella immunità, almeno nella sua forma originaria, è venuta sostanzialmente meno, ed anche il diritto del lavoro subisce - nello spazio comunitario - la pressione crescente della competizione regolativa (9). Con essa è entrato in crisi anche il postulato della rigida territorialità del diritto del lavoro nazionale, almeno nella sua versione più forte e assorbente, ovvero nella versione capace di tener fuori dai confini del sistema nazionale qualunque regola non in linea con gli *standard* di protezione autonomamente decisi dai "regolatori domestici" (Stato e parti sociali), frapponendo così un argine apparentemente impenetrabile ai rischi di *dumping* sociale.

Il principale veicolo d'ingresso della *regime competition* sin dentro l'area un tempo immune e gelosamente protetta della regolazione del rapporto di lavoro, è senz'altro costituito dalla fattispecie del distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi. Ma può osservarsi come sia, più in generale, l'esercizio delle libertà comunitarie ad amplificare le possibilità di scelta del diritto applicabile e di conseguente *law shopping* nel sistema europeo (10), a vantaggio soprattutto (ma non solo (11)) delle imprese e degli operatori economici transnazionali.

Questo contributo si propone di ripercorrere i passaggi essenziali di tale vicenda, sino ai più recenti e con ogni probabilità decisivi sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. La vasta eco suscitata dalle sentenze *Viking* e *Laval* (12) - seconda forse solo a quella che ha seguito il travagliato *iter* della direttiva "Bolkestein" sino alla sua riformulazione sotto la pressione del movimento sindacale europeo - vale infatti da sola a dimostrare la centralità di questa vicenda nel dibattito sul presente e sul futuro del diritto del lavoro in Europa (13).

2. — *La territorialità del diritto del lavoro nella elaborazione tradizionale della giurisprudenza italiana*

Si è appena accennato al fatto che il tradizionale principio della applicazione territoriale del diritto del lavoro abbia potuto contare su saldi ancoraggi normativi, in parte riferibili al nostro sistema di norme di conflitto e per una parte (la più significati-

(9) Cfr. sin d'ora BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-47/2006; CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-49/2006; PALLINI, *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione europea*, in DPCE, 2007, I, p. 379.

(10) V. l'ampia indagine di GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Giuffrè, 2004.

(11) V. BORELLI, *Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso*, in RDSS, 2006, p. 671 ss.

(12) *Infra*, § 4.1.

(13) Cfr. sin d'ora LORD WEDDERBURN OF CHARLTON, *Diritto del lavoro 2008, 40 anni dopo*, in LD, 2008, p. 155 ss.

va, forse, ai nostri fini) riconducibili alla interpretazione delle disposizioni del Trattato di Roma e del diritto comunitario derivato in materia di libera circolazione dei lavoratori nella Comunità europea (14).

Storicamente, un primo elemento di garanzia dell'ordinamento nazionale dalla possibilità di "importare" dentro i propri confini norme appartenenti a sistemi di diritto del lavoro meno protettivi, va individuato nell'approccio assai restrittivo a lungo mantenuto dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza in sede di interpretazione delle disposizioni del nostro diritto internazionale privato. È innegabile che - specialmente in una prima fase - l'orientamento marcatamente protezionistico della nostra dottrina e della stessa giurisprudenza abbia fortemente risentito dei retaggi dell'ordinamento corporativo, nel quale la territorialità del diritto del lavoro era evidentemente legata alla complessiva impronta pubblicistica del sistema (15). Invero, pur dopo la piena riconduzione della materia alla sfera applicativa delle disposizioni del diritto internazionale privato, la dottrina prevalente ha a lungo mantenuto una posizione di chiusura verso la legge straniera, negandone l'applicazione ai rapporti di lavoro svolti in Italia per ragioni tecnicamente diverse, ma tutte in definitiva ascrivibili alla "portata territoriale [della] legislazione nazionale in materia di lavoro" (16), con una logica applicativa non lontana, dunque, da quella d'impronta corporativa.

Ma il retaggio corporativo ha pesato a lungo soprattutto sulla nostra giurisprudenza, ed in particolar modo sull'elaborazione di un concetto totalizzante ed onnicomprensivo di ordine pubblico alla stregua del vecchio art. 31 delle preleggi, capace in pratica d'accogliere al suo interno l'intero corpo del diritto del lavoro italiano. Avremo anzi modo di accennare anche più avanti al fatto che questa concezione "di chiara marca corporativa" (17), dominante fino a pochi anni fa nella nostra giurisprudenza, ha finito per esercitare, ancor di recente, un significativo influsso sulle stesse scelte del legislatore nazionale, inducendolo ad un recepimento della direttiva comunitaria sul distacco indubbiamente influenzato da tale tradizione interpretativa (18).

Qui merita solo ricordare come, fino a pochi anni addietro, la giurisprudenza considerasse senz'altro di ordine pubblico il principio generale del *favor laboris*, precludendo in tal modo l'accesso a qualunque norma di legge straniera esprimente un contenuto di tutela inferiore a quello garantito dalla legislazione nazionale del lavoro (19).

(14) Per un'impostazione simile cfr. VERSCHUEREN, *Cross-border workers in the European internal market: Trojan horses for Member States' labour and social security law?*, in *IJCL*, 2008, vol. 24/2, p. 167 ss.

(15) V. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., p. 229.

(16) DE MOZZI, *Il lavoro con profili di internazionalità*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da CARINCI F., vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, UTET, 2007, p. 2093, ove una sintetica rassegna delle opinioni dottrinali elaborate a cavallo tra gli anni Cinquanta e Sessanta dello scorso secolo in tema di collocazione del diritto del lavoro nel sistema delle norme di conflitto.

(17) MAGNANI, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *MGL*, 2004, p. 391 ss., qui p. 394.

(18) V. quanto si rammenterà *infra*, al § 4, a proposito del d. lgs. n. 72/2000, col quale il legislatore nazionale ha come noto recepito la direttiva 96/71/CE.

(19) V. fra le tante Cass. 6 settembre 1980 n. 5155, in *MGL*, 1981, p. 18, con nota di FERRI; Cass. 9 settembre 1993 n. 9435, in *GC*, 1994, I, p. 1315; Cass. 9 marzo 1998 n. 2622, in *FI*, 1999, I, c. 983. Per ulteriori richiami v. DE MOZZI, *Il lavoro*, cit., p. 2094.

Affermando che il principio di favore informa tutta la legislazione del lavoro e integra pertanto un limite di ordine pubblico internazionale alla introduzione nell'ordinamento italiano delle norme meno favorevoli della legge straniera richiamata dalle norme di conflitto, la Corte di cassazione giungeva a riaffermare un principio di rigida ed assorbente territorialità del diritto del lavoro nazionale (20).

Oggi questa pervasiva concezione del *favor* come principio generale di ordine pubblico può dirsi definitivamente superata dalla giurisprudenza. Da alcuni anni si è fatta strada una concezione più equilibrata del valore della territorialità (21), aperta ad una valutazione più attenta e selettiva, e se si vuole meno paternalistica, del limite dell'ordine pubblico. Una significativa conferma di questa più matura concezione del valore della territorialità giunge dalla recente sentenza con cui la Suprema Corte - riaffermando un orientamento già affacciatosi in una importante pronuncia del 2002 sulla stessa fattispecie concreta (22) - ha negato che la disciplina della tutela reale di cui all'art. 18 St. lav. posseda il connotato dell'ordine pubblico internazionale (23). Una valutazione attenta a soppesare i valori espressi dalla Costituzione italiana (24) nel rapporto con quelli che si vanno affermando nello spazio costituzionale comune europeo (25), non può in effetti non portare alla conclusione che faccia parte della dimensione dell'ordine pubblico internazionale *non* il concreto meccanismo attraverso il quale si sanziona il recesso ingiustificato del datore di lavoro, bensì soltanto il principio per cui questi non possa, a proprio arbitrio, intimare il licenziamento al lavoratore.

Il nuovo corso della giurisprudenza riflette l'evoluzione del sistema del diritto internazionale privato dopo l'organica riforma del 1995 ed appare principalmente influenzato dall'idea, "affermatasi con la Convenzione di Roma, che la minima protezione che deve essere assicurata al lavoratore non è necessariamente quella che reca il più alto livello di tutela, ma quella che presenta il collegamento più soddisfacente con

(20) V. segnatamente Cass. 15 febbraio 1988 n. 1622. Va peraltro notato come il principio del *favor* finisce in realtà per avere una valenza per così dire extraterritoriale, imponendo l'applicazione della legge italiana, in quanto più favorevole, anche a rapporti di lavoro svolti al di fuori del territorio nazionale (v. ad es. Cass. 27 marzo 1996 n. 2756). A ben vedere, è questa l'impostazione accolta dallo stesso legislatore con la l. n. 398/1987, recante norme in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti in paesi extracomunitari. V. da ultimo FOSSATI (a cura di), *Lavoro all'estero. Aspetti giuridici, previdenziali e fiscali*, IPSOA, 2005.

(21) Sul quale v. LYON-CAEN A., SCIARRA, *La convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *QDLRI*, 1998, n. 20, p. 9 ss., spec. p. 12.

(22) Si fa riferimento a Cass. 11 novembre 2002 n. 15822, in *MGL*, 2003, p. 357, con nota di OGRISEG, *Recesso libero e limite dell'ordine pubblico*; si tratta della sentenza con cui la Cassazione ha dato il decisivo abbrivio al nuovo corso giurisprudenziale di cui si dice nel testo.

(23) V. Cass. 9 maggio 2007 n. 10549, in *RIDL*, 2008, II, p. 335, con nota di TIMELLINI, *È principio di ordine pubblico il divieto di licenziamento ingiustificato, non il regime di stabilità reale*.

(24) Cfr. C. cost. 7 febbraio 2000 n. 46, in *FI*, 2000, I, c. 699; C. cost. 6 febbraio 2003 n. 41, *ivi*, 2003, I, c. 997; ed in dottrina, più di recente, ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 129 ss.

(25) L'allusione è principalmente all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per una recente messa a fuoco del significato di questa disposizione in connessione con i principi desumibili dalla Costituzione italiana, v. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-58/2008.

il contratto” (26). La Convezione di Roma - pur attenta ad una difesa del valore della territorialità quale *medium* della protezione del lavoratore subordinato e, con essa, delle tradizioni garantistiche poste a fondamento degli ordinamenti nazionali (27) - apre invero la disciplina del rapporto di lavoro con elementi di internazionalità ad una ben maggiore dose di integrazione del diritto straniero nell’ordinamento domestico.

2.1 — Norme imperative e legge applicabile al rapporto di lavoro nella Convenzione di Roma

Nell’architettura della Convezione di Roma vale anche per il contratto di lavoro la regola generale, espressa dall’art. 3, per cui l’individuazione della legge regolatrice del rapporto, nelle situazioni che implicano conflitto di leggi (28), è in primo luogo affidata alla libertà di scelta delle parti. E tuttavia, a difesa della peculiare condizione di debolezza del lavoratore subordinato (29), l’art. 6.1 della Convezione - nel dettare un’organica disciplina speciale del contratto individuale di lavoro - pone un limite qualificato a tale libertà di scelta, specificando e rafforzando la regola stabilita su di un piano generale dallo stesso par. 2 dell’art. 3. Si prevede, infatti, che, in deroga all’art. 3, nei contratti di lavoro la scelta operata dalle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto in mancanza di scelta ai sensi del par. 2 dello stesso art. 6.

In tal modo, i criteri di collegamento stabiliti dall’art. 6.2 fissano un limite sostanziale all’autonomia contrattuale delle parti nella scelta della legge regolatrice del rapporto, imponendo l’applicazione delle norme imperative che sarebbero applicabili

(26) Così DE MOZZI, *op. loc. ult. cit.*, che si rifà a sua volta al già citato commento di OGRI-SEG, *Recesso libero e limite dell’ordine pubblico*, qui p. 363.

(27) Cfr. da ultimo CORRAO, *Profili internazionale-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *LD*, 2005, p. 497 ss., sul punto p. 513.

(28) Occorre ritenere, con l’opinione prevalente, che la scelta operata dalle parti in favore di un ordinamento diverso da quello col quale il rapporto risulta esclusivamente collegato sia idonea a determinare la situazione di conflitto richiesta dalla Convezione di Roma; v. in tal senso, fra gli altri, FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale privato*, in *DDPComm*, VIII, 1992, p. 331 ss., spec. p. 338. *Contra*, nel senso che la scelta della legge debba essere “causalmente giustificata”, ovvero che debba esservi “un qualche collegamento tra la legge scelta ed il rapporto”, MAGNO, *Il lavoro all’estero*, cit., p. 240.

(29) In dottrina vi è ampio consenso sul fatto che la nozione di lavoratore subordinato rilevante ai fini della Convezione di Roma debba esser desunta da quella elaborata dalla Corte comunitaria in applicazione dell’art. 39 Tratt. CE onde garantire la necessaria uniformità interpretativa; v. fra gli altri DE MOZZI, *Il lavoro*, cit., p. 2096; FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *LD*, 2008, 97 ss., spec. p. 103. Per l’opinione secondo cui l’art. 6 della Convezione di Roma avrebbe inteso riferirsi anche ai rapporti di lavoro autonomo, quantomeno nei casi contrassegnati da forme che oggi chiameremmo di dipendenza economica del prestatore dal committente, v. FORLATI PICCHIO, *Lavoro*, cit., pp. 345-346. Anche volendo aderire all’opinione che sembra più conforme alla lettera ed alla *ratio* della Convezione di Roma, non si può peraltro fare a meno di notare come la stessa nozione di lavoratore subordinato elaborata dalla Corte di giustizia nell’ambito dell’art. 39 Tratt. CE sia idonea, per la sua ampiezza, a includere rapporti che nella prospettiva dell’ordinamento interno andrebbero con ogni probabilità ricondotti alla parasubordinazione. Sia permesso un rinvio a GIUBBONI, *Libera circolazione e subordinazione. La nozione di lavoratore subordinato nella giurisprudenza comunitaria sugli articoli 39 e 42 del Trattato di Roma*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell’Olio*, Giappichelli, 2008, vol. I, p. 665 ss.

in mancanza di essa. Le norme imperative richiamate dall'art. 6.1 sono tutte quelle non derogabili dalle parti del rapporto (30), secondo un meccanismo di inderogabilità *in pejus* che corrisponde al principio tipicamente operante negli ordinamenti nazionali del lavoro a tutela della posizione del lavoratore subordinato quale contraente debole.

Il primo dei criteri di collegamento individuati dall'art. 6.2 è quello che meglio traduce il principio garantistico legato all'applicazione territoriale del diritto del lavoro (31). La legge applicabile al rapporto di lavoro in mancanza di scelta è, infatti, quella del luogo di esecuzione abituale della prestazione lavorativa, ed è dunque da questa che andranno prelevate anche le norme inderogabili che risultino più favorevoli al lavoratore nel confronto con la diversa legge eventualmente designata dalle parti *ex art.* 3.1.

Deve essere peraltro osservato che la *lex loci laboris*, nelle fattispecie di distacco temporaneo, coincide di massima con quella del paese di origine del lavoratore, ovvero con la legge dello Stato nel quale è stabilito il datore di lavoro distaccante e nel cui territorio è pertanto radicato l'abituale svolgimento della attività lavorativa. La lett. a) dell'art. 6.2 della Convenzione di Roma è esplicita nel prevedere che, in mancanza di scelta, trovi per l'appunto applicazione la legge del paese dove il lavoratore compie abitualmente il suo lavoro, *anche se è inviato temporaneamente in un altro paese* (32). Dalla fissazione dei confini della "abitualità" della esecuzione della prestazione lavorativa e, per converso, della "temporaneità" dell'invio, dipende dunque, nella logica della Convenzione di Roma, la individuazione della legge applicabile nell'alternativa tra paese di origine (di norma competente a regolare il rapporto) e paese di destinazione del lavoratore distaccato (33). È questo un profilo di dirimente rilievo nella struttura-

(30) Cfr. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *QDLRI*, 1998, n. 20, p. 29 ss., in part. pp. 52-53.

(31) Il criterio della sede che ha proceduto all'assunzione del lavoratore - indicato in successione dall'art. 6.2 alla lett. b) e destinato ad operare nel caso in cui il prestatore non compia abitualmente il suo lavoro in uno stesso paese - non è invece ispirato allo stesso spirito garantistico, prestandosi a consentire "all'imprenditore la possibilità di determinare indirettamente la legge applicabile ai contratti di lavoro", con ampi margini per il *law shopping* (FORLATI PICCHIO, *Lavoro*, cit., p. 350). Va peraltro ricordato che il concorso successivo dei criteri del luogo abituale di svolgimento della prestazione e della sede di ingaggio è destinato a cedere ove ricorrano i presupposti della clausola di eccezione contemplata dallo stesso art. 6.2, lett. b), ovvero nel caso in cui emerga dalle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese.

(32) Come rileva FRANZINA, *Questioni relative al distacco*, cit., p. 108, la soluzione in tal senso accolta dall'art. 6.2 potrebbe diventare ancor più esplicita nel c.d. reg. Roma I, nel quale il testo della Convenzione è destinato ad esser comunitarizzato: "la nuova norma sui contratti di lavoro dovrebbe infatti stabilire che tali rapporti, in difetto di *electio iuris*, sono disciplinati dalla legge del paese nel quale il lavoratore compie abitualmente il proprio lavoro e che, nell'ipotesi in cui non possa individuarsi un unico paese nel quale il lavoratore svolga abitualmente la propria attività, si avrà riguardo al paese "a partire dal quale" l'attività stessa viene svolta, con la precisazione, ancora una volta, che il luogo di abituale svolgimento del lavoro "non è ritenuto cambiato quando il lavoratore compie il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo".

(33) Si tratta di nozioni che in assenza di precisi criteri definitivi rimangono connotate da un notevole grado di elasticità, se non di indeterminazione. In dottrina, anche sulla scorta delle indicazioni che emergono dalla giurisprudenza comunitaria sulle corrispondenti nozioni impiegate dall'art. 19 reg. n. 44/2001 ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale, si tende a privilegiare un accertamento comprensivo della effettiva localizzazione del rapporto, nel quale la abitualità vale a designare il "centro di gravità" dello svolgimento dello stesso; si veda ancora FRANZINA, *op. cit.*, p. 112, anche per la valorizzazione della sentenza della Corte di giustizia in causa C-437/00, *Pugliese*.

zione del criterio di applicazione territoriale del diritto del lavoro nelle fattispecie di mobilità della manodopera nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, sul quale si tornerà diffusamente a commento dell'evoluzione della giurisprudenza e della disciplina comunitaria in materia.

Nel sistema della Convenzione di Roma, le finalità materiali di tutela della posizione del lavoratore subordinato in situazioni che implicano conflitto di leggi transitano, peraltro, soprattutto attraverso il doppio ordine di limiti derivanti, rispettivamente, dagli artt. 7 e 16. L'art. 7 individua un limite preventivo allo stesso operare delle norme di conflitto, dando rilievo a quelle norme - cosiddette auto-limitate o di applicazione necessaria - che "esigono di essere applicate dal giudice già prima che questi possa determinare quale diritto straniero sarebbe richiamato dalla norma di conflitto" (34). Si tratta, infatti, di quelle "norme dello stesso Stato del foro che, per volontà espressa del legislatore oppure perché eccezionalmente la loro osservanza appare necessaria a salvaguardare l'organizzazione politica, sociale ed economica dello Stato del foro medesimo, sottraggono determinate fattispecie - o certi loro profili - al gioco delle norme di conflitto" (35).

L'art. 7 della Convenzione - come si avrà modo di ricordare anche più avanti nel precisare il raccordo con le disposizioni della dir. 96/71/CE (36) - distingue peraltro due ipotesi: da un lato, quella dell'applicazione d'ufficio delle norme in vigore nel paese del giudice (*lex fori*) che disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto (par. 2); dall'altro, quella che consente al giudice l'applicazione delle leggi di polizia di uno Stato diverso con il quale la situazione presenti uno stretto legame (par. 1). In entrambe le ipotesi, a venire in rilievo è comunque un nucleo di norme più ristretto di quelle che pure vengono definite "imperative" dall'art. 6.1 (e dall'art. 3.3), sebbene nel senso più ampio, e già visto, di disposizioni non suscettibili di essere derogate dalle parti per contratto. Quelle richiamate dall'art. 7 sono allora - come è stato efficacemente detto - norme "super-imperative" (37), ovvero norme che sul piano sostanziale si ispirano a quegli stessi valori e principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale che danno vita al limite dell'ordine pubblico contemplato dall'art. 16 della Convenzione (38). Anche questo - nella accezione propria della Convenzione di Roma - è perciò destinato ad operare come limite ultimo ed eccezionale a difesa dei valori essenziali nei quali si esprime l'eticità dell'ordinamento giuridico del foro (39), impedendo al giudice di dare applicazione alla legge straniera richiamata dalle norme di conflitto allorché i suoi concreti effetti si rivelino incompatibili con tali valori fondamentali.

Al di là del diverso modo di operare dei due limiti - preventivo (e potenzialmente più ampio), quello delle norme di applicazione necessaria; successivo, quello dell'ordine pubblico internazionale in relazione ai concreti effetti della legge straniera richiamata -, vale per entrambi la doverosa avvertenza che nel sistema della Convenzione di Roma essi non possono ricevere quella applicazione estesa cui era adusa la nostra giu-

(34) MOSCONI, *Giurisdizione*, cit., p. 56, in nota.

(35) Ivi, p. 53.

(36) *Infra*, § 4.

(37) MAGNANI, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 392.

(38) V. ancora MOSCONI, *op. loc. ult. cit.*

(39) Cfr. anche FORLATI PICCHIO, *Lavoro*, cit., p. 354.

risprudenza sino a qualche anno fa. Quanto al primo limite, si è giustamente sottolineato come l'indagine volta ad accertare "la natura internazionalmente imperativa di determinate disposizioni [vada] condotta con particolare prudenza", pena una indebita compressione dell'"effetto utile della disciplina conflittuale e [dei] valori che *di per sé* tale disciplina serve a realizzare [...]" (40). E lo stesso vale a maggior ragione per il limite - eccezionale ed estremo - dell'ordine pubblico, attivabile solo quando l'applicazione della legge straniera "non assicuri nel caso di specie neppure quel minimo di tutela cui l'ordinamento del foro non è disposto a rinunciare" (41).

3. — *La libera circolazione dei lavoratori nella Comunità europea ed il principio della tutela paritaria del migrante comunitario alla stregua della lex loci executionis*

L'altro pilastro sul quale è a lungo rimasta assisa la rigida territorialità del diritto del lavoro nazionale, anche in presenza di fattispecie di mobilità temporanea della forza lavoro comunitaria, va rinvenuto nella originaria, unitaria riconduzione al governo dell'art. 39 Tratt. CE, e della relativa disciplina di attuazione, di tutte le forme di libera circolazione dei lavoratori nella Comunità europea. È questo un aspetto essenziale del tema oggetto della nostra indagine, che richiede di essere attentamente ricostruito in una prospettiva storica, visto che dal rovesciamento dell'evocata impostazione originaria del Trattato di Roma, operato dalla Corte di giustizia a partire dalla metà degli anni Ottanta dello scorso secolo, dipende larga parte dei motivi di quella crisi del principio di territorialità del diritto del lavoro nazionale di cui si è detto in apertura (42).

È noto che l'art. 39 Tratt. CE riconosce il diritto alla libertà di circolazione all'interno dell'Unione a tutti i lavoratori subordinati, aventi la cittadinanza di uno Stato membro, precisando che esso implica "l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro". L'affermazione di un assoluto principio di parità di trattamento nelle condizioni di lavoro (e più in generale sociali) assicurate dallo Stato ospitante, costituisce l'assunto normativo sul quale il Trattato di Roma fonda, all'art. 39, lo *status* giuridico del lavoratore comunitario.

Il punto essenziale da sottolineare ai fini della nostra ricostruzione, è che, almeno in origine, il Trattato di Roma *non* distingue, con riguardo alla circolazione dei lavoratori subordinati, tra forme di accesso al mercato del lavoro del paese ospitante che aspirino a una qualche stabilità, se non alla permanenza, e fattispecie che siano, invece, puramente temporanee (43). Muovendo dalla prospettiva della tutela del lavoratore

(40) FRANZINA, *Questioni relative al distacco*, cit., p. 114 (corsivi nell'originale).

(41) Ivi, p. 120.

(42) Sullo stesso ordine d'idee v. VERSCHUEREN, *Cross-border workers*, cit., p. 168 ss.

(43) Si riprende qui quanto si è già avuto modo di argomentare più diffusamente in GIUBBONI, ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Il Mulino, 2007, p. 205 ss. Nello stesso senso v. anche LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *LD*, 2008, p. 62 ss., spec. p. 68 ss.

migrante, il reg. n. 1612/1968 è esplicito nel riferire il principio della parità di trattamento nello Stato ospitante anche ai lavoratori che si spostino temporaneamente nell'ambito di un distacco dal paese di origine. Tra i "considerando" del regolamento si legge infatti che "questo diritto deve essere riconosciuto indistintamente ai lavoratori permanenti, stagionali e frontalieri o a quelli che esercitano la loro attività in occasione di una prestazione di servizi". E la stessa precisazione faceva all'art. 6.3 la coeva dir. 68/360/CEE (oggi abrogata dalla dir. 2004/38/CE) alla stregua di un'impostazione che voleva, appunto, *tutte* le forme di circolazione della manodopera assorbite nella previsione dell'art. 39 Tratt. CE (44).

Come è stato autorevolmente chiarito con riferimento a tale iniziale impostazione, "le norme degli artt. 48-51 [gli odierni artt. 39-42; n.d.r.] sono strettamente connesse con la libertà di stabilimento e con la libera circolazione dei servizi, in quanto - secondo l'interpretazione giustamente accolta dal Consiglio - comprendono non solo i movimenti di lavoratori per rispondere a offerte provenienti da datori appartenenti a un altro Stato membro, ma anche i movimenti di lavoratori conseguenti allo spostamento della sede dell'impresa da cui dipendono da un Paese all'altro o all'istituzione di sedi secondarie o di società affiliate nel territorio di un altro Stato membro oppure, infine, alla temporanea prestazione di servizi da parte di un imprenditore insediato nel territorio di un altro Stato membro" (45). Ne costituisce riprova il fatto che, nella sistematica del Trattato di Roma, la disciplina in materia di libera circolazione dei lavoratori subordinati è unitariamente dettata dall'art. 39, mentre nel campo del lavoro autonomo (nell'ampia accezione comunitaria) esiste sin dall'inizio una distinzione almeno in astratto netta tra stabilimento e libera prestazione dei servizi, ed in particolare una distinzione centrata "sul tipo di collegamento che il cittadino proveniente da uno Stato membro instaura con il territorio del diverso Stato membro in cui esercita la propria attività o verso il quale dirige i risultati della propria attività" (46).

In origine quello del trattamento nazionale è, quindi, il principio prevalente ed applicabile in via tendenzialmente generale a *tutte* le forme di libera circolazione delle persone. Il Trattato lo prevede espressamente per lo stabilimento, oltre che all'art. 39, e solo le norme in materia di libera prestazione dei servizi evidenziano sin dall'inizio, nella loro formulazione letterale, un più ampio effetto di liberalizzazione, vietando con

(44) Ciò risultava del resto coerente con i più generali rapporti ordinamentali tra le libertà rispettivamente regolate dagli artt. 39 e 49 Tratt. CE, essendo quella di prestazione di servizi - come noto - fattispecie residuale rispetto alla libertà di circolazione dei lavoratori (come anche a quella di stabilimento). V. peraltro quanto si osserverà tra breve, alla nota 46.

(45) MENGONI, *La libera circolazione dei lavoratori nella CEE*, in *Libertà di movimento delle persone nell'ambito delle Comunità europee*, L. U. Japadre Editore, 1972, p. 121 ss., qui p. 126.

(46) CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, 2006, p. 133. La diversità del collegamento dipende dal carattere permanente o temporaneo della prestazione del servizio; ma anche sotto questo profilo, la progressiva dilatazione dei confini della temporaneità, operata come meglio vedremo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha giocato a favore di una corrispondente espansione del raggio di applicazione dell'art. 49 a scapito dell'art. 43 Tratt. CE. Si è così verificato - per motivi tecnicamente diversi ma sostanzialmente convergenti - un doppio arretramento della sfera applicativa della due fattispecie "primarie" di cui agli artt. 39 e 43 Tratt. CE a favore della corrispondente espansione della libertà, già "residuale", protetta dall'art. 49 (v. pure *infra*, § 5).

portata generale ogni "restrizione". Al lavoratore subordinato migrante la legge del paese ospitante si applica dunque nella sua interezza, sulla base di un principio di non discriminazione in ragione della nazionalità che la Corte di giustizia non ha certo tardato ad applicare con estremo rigore, sanzionando anche le disparità dissimulate o indirette. La particolare estensione dell'obbligo di parità di trattamento nell'*host state* è assicurata soprattutto dalla previsione dell'art. 7.2 reg. n. 1612/1968, che garantisce al lavoratore comunitario il pieno accesso ai "vantaggi sociali" (oltre che fiscali) previsti dall'ordinamento del paese di accoglienza. La norma è stata infatti interpretata, sin dalla fine degli anni Settanta dello scorso secolo, nel senso di garantire al lavoratore migrante tutti i vantaggi che, connessi o no ad un contratto di lavoro, "sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, in ragione principalmente del loro status obiettivo di lavoratori o del semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale, e la cui estensione ai lavoratori cittadini di altri Stati membri risulta quindi atta a facilitare la loro mobilità nell'ambito della Comunità" (47).

Insieme alla mobilità all'interno della Comunità, l'accesso paritario ai medesimi vantaggi sociali goduti dai cittadini dello Stato membro ospitante facilita e promuove in realtà l'integrazione del lavoratore migrante e dei suoi familiari nel tessuto sociale del paese di accoglienza. Nell'interpretazione estensiva dell'art. 7.2 reg. n. 1612/1968 si riassume così in buona sostanza il "modello assimilazionista" sotteso all'art. 39 Tratt. CE: un modello che, nel giustificare l'assimilazione del lavoratore migrante e della sua famiglia nel sistema dei servizi e dei benefici pubblici erogati nel paese ospitante in ragione del contributo dallo stesso fornito alla vita economica di quest'ultimo, già si apre - come avrebbe dimostrato la successiva evoluzione dell'ordinamento comunitario - ad una nozione più ampia ed inclusiva di cittadinanza europea (48).

Senonché, il principio del trattamento nazionale in base al diritto del lavoro dello Stato di accoglienza non risponde solo, e come ovvio, ad esigenze di protezione del lavoratore migrante e di piena integrazione dello stesso nel tessuto socioeconomico del paese ospitante. Pensato soprattutto con riguardo al lavoratore migrante tradizionale, ovvero al prestatore di lavoro *standard* con contratto a tempo pieno e indeterminato che si trasferisce in pianta stabile nel nuovo Stato membro, esso tende a trovare un'applicazione più ampia, ed appunto estesa anche alle forme di mobilità temporanea, in quanto realizza, insieme ad una essenziale esigenza di tutela paritaria del prestatore di lavoro, anche una funzione di protezione del mercato nazionale da pratiche di *dumping* sociale. L'affermazione di un principio di piena parità di trattamento - esteso ben al di là dei confini del rapporto di lavoro - risponde, così, anche ad una precisa *ratio* economica, che è quella "di proteggere sia la forza-lavoro nazionale che il lavoratore migrante" (49).

Il principio per cui al migrante comunitario deve essere garantito lo stesso trattamento del lavoratore nazionale, sia per quanto attiene alle condizioni applicabili al rapporto di

(47) Così C. Giust. 31 maggio 1979, causa 207/78, *Even*, in *Racc.*, 1979, p. 2019, al punto 22, e la giurisprudenza da allora costante.

(48) Cfr. COUSINS, *Diritti di soggiorno, sicurezza sociale e il concetto evolutivo di cittadinanza europea*, in *RDSS*, 2008, p. 65 ss.

(49) DAVIES P., *Posted workers: single market or protection of national labour law systems?*, in *CMLR*, 1997, p. 571 ss., qui p. 600.

lavoro sia per ciò che concerne la tutela previdenziale e sociale, risponde pertanto anche ad una chiara finalità di prevenzione di possibili distorsioni del processo concorrenziale nel mercato comune e all'intento di scongiurare fenomeni di *dumping sociale*. La *lex loci laboris* incorpora in tal modo, assieme ad un criterio di giustizia sociale, anche un obiettivo di efficienza economica (50), optando per un preciso modello di equilibrio concorrenziale, che bandisce dalle pratiche di possibile concorrenza sul mercato comune quelle basate sullo sfruttamento dei differenziali nel costo del lavoro (51).

La stretta connessione esistente tra principio di parità di trattamento, *lex loci laboris* e regolazione della concorrenza transnazionale è ribadita anche dalla normativa comunitaria di coordinamento dei regimi di sicurezza sociale (52), sia pure attraverso scelte tecniche adattate alle peculiarità della materia regolata. Il postulato della parità di trattamento anche previdenziale con i lavoratori del paese ospitante deve infatti essere qui unito alla esigenza di neutralizzare gli effetti negativi altrimenti derivanti dalla chiusura territoriale dei sistemi pubblici nazionali di sicurezza sociale. Tale neutralizzazione avviene attraverso le due regole fondamentali enunciate dallo stesso art. 42 Tratt. CE quale fulcro della tecnica del coordinamento: da un lato, mediante la totalizzazione di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali cui rimane assoggettato nel corso della sua carriera mobile il lavoratore migrante, e ciò ai fini sia del diritto alle prestazioni sia del calcolo di queste; dall'altro, con l'obbligo il pagamento delle prestazioni medesime indipendentemente dal luogo in cui il beneficiario decida di fissare la propria residenza all'interno dell'Unione (c.d. esportabilità).

Il fine di raccordare i regimi previdenziali nazionali - neutralizzandone i limiti territoriali e paralizzandone i criteri applicativi legati, direttamente o indirettamente, al requisito della nazionalità (peraltro assente, nella normalità dei casi, in materia di assicurazioni sociali) - è così realizzato dai regolamenti comunitari senza intaccare, in linea di principio, l'autonomia regolativa dei legislatori nazionali, liberi di determinare i contenuti dei rispetti sistemi di protezione sociale (53). Le virtù del coordinamento - tecnica tra le più longeve nella costruzione del diritto sociale comunitario - stanno proprio in questa duplice capacità prestazionale, consistente nel garantire, in favore dei lavoratori migranti, la de-territorializzazione dei sistemi nazionali senza tuttavia mettere in discussione la "sovranità sociale" degli Stati membri sul loro territorio. Ed una siffatta funzione è resa possibile proprio facendo della *lex loci laboris*, col trattamento

(50) Per valutazioni analoghe con riguardo alla Convezione di Roma - ma con l'essenziale precisazione già fatta supra circa il regime da essa contemplato per il lavoratore in distacco temporaneo -, v. FORLATI PICCHIO, *Lavoro*, cit., p. 350, e FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore*, cit., p. 107.

(51) È questo un aspetto essenziale del modello che in altra sede ho definito - prendendo a prestito la felice espressione di John Ruggie - dell'*embedded liberalism*: v. GIUBBONI, *Diritti sociali*, cit., spec. p. 25 (ed ivi anche i riferimenti all'opera dello studioso americano).

(52) V. in particolare il decimo considerando del reg. n. 1408/71, che a tutt'oggi costituisce la fonte normativa fondamentale del coordinamento dei regimi legali nazionali di sicurezza sociale in attesa che entri anche operativamente in vigore il reg. n. 883/2004. Cfr. da ultimo BORELLI, *Sicurezza sociale per i lavoratori migranti*, in *DDPCom*, vol. 4 dell'Aggiornamento, 2008.

(53) V. per tutti CINELLI, *Stato sociale e ordinamento comunitario: principi generali*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da CARINCI F., IV, *La previdenza complementare*, a cura di CARINCI F. e BESSONE, UTET, 2004, p. 39 ss.

nazionale nel paese d'impiego, il criterio imperativo fondamentale d'individuazione della legge applicabile al rapporto previdenziale del lavoratore migrante (art. 13, reg. n. 1408/1971 e art. 11, reg. n. 883/2004).

Va peraltro segnalato come, ben prima che la fattispecie del distacco nell'ambito di una prestazione di servizi acquisisse una sua autonoma fisionomia sotto il profilo giuslavoristico con la dir. 96/71/CE, la disciplina comunitaria di sicurezza sociale abbia tentato di adattare la tecnica del coordinamento alle speciali esigenze poste da tale forma temporanea mobilità della forza lavoro proprio agendo sulla determinazione della legislazione applicabile. Il reg. n. 1408/71 lo ha invero fatto derogando, con l'art. 14, al criterio della *lex loci laboris* per consentire al lavoratore distaccato di rimanere affiliato al regime previdenziale dello Stato membro d'origine, sia pure entro determinati limiti di tempo ed a certe condizioni (54).

La deroga (come anche la possibilità di prorogarne gli effetti *ex art. 17 reg.*) avviene primariamente nell'interesse del lavoratore distaccato, che si vedrebbe penalizzato da un eccessivo frazionamento della posizione previdenziale in corrispondenza di periodi anche brevi di distacco. Proprio perché stabilita a garanzia del lavoratore sempre nell'ottica dell'art. 39 Tratt. CE, la sua applicazione è circondata da rigide cautele antielusivo (55), la prima delle quali consiste, a bene vedere, nell'averne individuato un preciso limite temporale (56). Si tratta - come meglio vedremo - di un profilo che segna una sensibile differenza rispetto alla disciplina contenuta nella direttiva del 1996 e che probabilmente si spiega proprio in ragione dei diversi punti di vista adottati nei due casi dal legislatore comunitario: quello della libertà di prestazione del servizio da parte dell'impresa transnazionale, nel caso della direttiva (che rinviene la propria base normativa negli artt. 47.2 e 55 Tratt. CE), e quello della tutela del lavoratore migrante, nel caso del regolamento di sicurezza sociale (57).

(54) Per la previdenza complementare v. l'art. 6, dir. 98/49/CE.

(55) Il problema più acuto sta semmai nella effettiva e corretta applicazione delle norme attraverso la cooperazione delle competenti autorità nazionali. E sotto questo profilo, il punto forse più debole del sistema risiede nella disinvoltura con cui spesso vengono rilasciati i modelli "E 101" dalle competenti autorità dei paesi di provenienza dei lavoratori distaccati e nella farraginosità delle procedure deputate a risolvere i conflitti di "qualificazione" eventualmente sollevati al riguardo dagli enti previdenziali degli Stati di destinazione. Per un'attenta analisi di tali problemi v. VERSCHUEREN, *Cross-border workers*, cit., spec. p. 194, e LHERNOULD, *Les entreprises face à la coordination européenne des régimes nationaux de Sécurité sociale: l'autre côté du miroir*, in DS, 2007, p. 225 ss., spec. pp. 233-235.

(56) Il requisito della temporaneità del distacco è, in altre parole, legalmente definito con la previsione di una durata massima (un anno estendibile a due nel reg. n. 1408/71, direttamente due anni in quello del 2004). Le ulteriori possibilità di proroga - discrezionalmente decise su base consensuale dalle competenti autorità previdenziali degli Stati membri - sono comunque subordinate alla condizione che siano disposte nell'interesse del lavoratore distaccato, a conferma che il punto di vista del legislatore comunitario rimane, qui, quello dell'art. 39 Tratt. CE, e non la libertà del datore di lavoro prestatore del servizio *ex art. 49*. Cfr. ampiamente CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in LG, 2007, p. 124 ss.

(57) In tal senso anche VERSCHUEREN, *op. cit.*, pp. 187-188. Ciò detto, resta nondimeno innegabile che la garanzia della continuità, sia pure temporalmente limitata, dell'applicazione del regime previdenziale dello Stato membro d'origine si presti a soddisfare, insieme a quello del lavoratore, l'interesse del datore di lavoro distaccante. V. ALLAMPRESE, *Distacco dei lavoratori stranieri in Italia nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi: profili previdenziali*, in *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2006, I, p. 1 ss.

3.1 — Dalla mobilità “verso l’impiego” alla mobilità “all’interno dell’impiego”

L’evocata diversità dei punti di vista storicamente adottati dal legislatore sopranazionale nella disciplina del distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi ci riconduce al cuore delle questioni affrontate in questo scritto. Il motivo centrale della graduale attrazione della disciplina del rapporto di lavoro nelle spire della competizione regolativa intracomunitaria (58), risiede infatti, come si è più volte accennato, in questo pressoché completo rovesciamento di prospettiva; ovvero, per usare la suggestiva espressione ormai corrente in dottrina (59), nella introduzione della fondamentale distinzione funzionale (con la correlata differenziazione di trattamento giuridico) tra forme di mobilità rispettivamente verso l’impiego (le sole a rimanere inquadrate nell’art. 39 Tratt. CE) ed *all’interno* dell’impiego (fatalmente attratte, invece, nell’orbita dell’art. 49 del Trattato). Se prima “tutte le prestazioni di lavoro rese in uno Stato membro diverso da quello di residenza, anche quelle temporanee o stagionali, erano destinate a ricadere nell’ambito dell’applicazione dell’art. 39 e del relativo principio di parità di trattamento” (60), dopo l’ingresso nell’*acquis* comunitario di tale distinzione funzionale le fattispecie di distacco richiedono di essere regolate *innanzitutto* dal punto di vista della libertà dell’impresa datrice di lavoro che presta il servizio e *non più* da quello della tutela paritaria del lavoratore.

Tale distinzione sottende pertanto una diversità radicale di punti di vista (61), introdotta gradualmente dalla giurisprudenza comunitaria a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, ma acquisita solo all’inizio del decennio successivo grazie, in particolare, alla svolta impressa con la sentenza *Rush Portuguesa* (62). La dir. 96/71/CE ha potuto essere adottata sulla base della norma del Trattato che riconosce la libertà di prestazione dei servizi solo grazie al compimento di questa piccola rivoluzione copernicana nell’inquadramento del distacco come forma di mobilità all’interno dell’impiego già ricoperto nello Stato d’origine, che in quanto tale *non* implica l’accesso del lavoratore nel mercato del lavoro del paese di temporaneo invio.

Questa sofisticata e decisiva operazione di “scorporo” dall’art. 39 Tratt. CE delle ipotesi di mobilità “indiretta” dei lavoratori nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi, si è realizzata in due tappe successive, che è qui opportuno ripercorrere anche al fine di meglio inquadrare sul piano sistematico *ratio* e contenuti della dir. 96/71 (63).

(58) Cfr., in un’ampia prospettiva critica, SUPIOT, *Le droit du travail bradé sur le “marché des normes”*, in *DS*, 2005, p. 1087 ss.

(59) V. LYON-CAEN A., *Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives*, in *RMC*, 1991, p. 108 ss., e poi, tra gli altri, MELIADÒ, *Concorrenza e politiche sociali*, in BAYLOS GRAU, CARUSO, D’ANTONA, SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, 1996, p. 281 ss.; ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, CEDAM, 2007, p. 143.

(60) LO FARO, *Diritti sociali*, cit., p. 70.

(61) Proprio perché nell’ottica dell’art. 49 il punto di partenza, pur senza obliterare le esigenze di protezione dei lavoratori distaccati, è comunque dato dall’interesse dell’impresa datrice di lavoro ad eseguire senza ostacoli ingiustificati la prestazione transnazionale del servizio, mentre in quella dell’art. 39 Tratt. CE rileva unicamente l’esigenza di tutela paritaria del lavoratore in base alla legislazione dello Stato ospitante. Cfr. pure VERSCHUEREN, *Cross-border workers*, cit., p. 177.

(62) C. Giust. causa C-113/89, in *Racc.*, 1990, I, p. 1417.

(63) Per una più articolata ricostruzione di questi passaggi si fa rinvio a CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 21 ss., e LO FARO, *Diritti sociali*, cit., p. 70 ss.

La prima tappa - adombrata dalle sentenze *Webb* e *Seco* (64) - si compie con *Rush Portuguesa*, che è per questo anche la "causa prossima" della proposta della Commissione poi sfociata - all'esito d'un tormentato *iter* legislativo - nella direttiva sul distacco del 1996. Già nelle prime due citate sentenze la Corte aveva dovuto affrontare la questione se l'integrale applicazione, al prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, della normativa di tutela del lavoro del paese ospitante fosse compatibile con l'art. 49 Tratt. CE. E già in quella prima occasione, in cui il distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi veniva chiaramente riguardato nell'ottica di tale norma del Trattato, la Corte aveva affermato che il divieto di discriminazione nello Stato di destinazione, sancito da detta disposizione, "non implica tuttavia che qualsiasi disciplina nazionale che si applichi ai cittadini di tale Stato e si riferisca normalmente ad un'attività permanente delle imprese stabilite in tale Stato possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo esercitate da imprese aventi sede in altri Stati membri" (65).

Inquadrata *in nuce* la fattispecie del distacco dei lavoratori nell'ambito dell'art. 49 Tratt. CE, cominciavano a delinearsi, seppure in una prospettiva che poteva dirsi ancora interna al tradizionale giudizio anti-discriminatorio, anche i primi elementi del *test* che sarebbe stato successivamente perfezionato dalla Corte ai fini della verifica della conformità al Trattato dell'applicazione della normativa lavoristica del paese di destinazione al prestatore di servizi stabilito in altro Stato membro: trattandosi di una libertà fondamentale dell'ordinamento comunitario, la stessa avrebbe potuto essere limitata solo da norme nazionali giustificate da un pubblico interesse (tale dovendosi certamente qualificare quello alla tutela dei lavoratori subordinati) e solo nella misura in cui tale interesse non risultasse garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro d'origine (66).

L'operazione di scorporo della fattispecie del distacco dall'art. 39, con contestuale riconduzione all'art. 49 Tratt. CE, si perfeziona tuttavia solo con *Rush Portuguesa*, che getta le basi concettuali anche della futura direttiva. In essa, infatti, da un lato si chiarisce definitivamente che i lavoratori distaccati, a differenza dei lavoratori migranti ai sensi dell'art. 39, non fanno accesso diretto al mercato del lavoro del paese temporaneamente ospitante, ma seguono il datore che svolge (*ex art. 49*) la prestazione transnazionale di servizi restando stabilito nel proprio Stato d'origine; dall'altro si afferma che, seppure nel rispetto della libertà di prestazione dei servizi, "il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi e dei contratti collettivi a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro" (67). Ed è appunto nel tentativo di sciogliere l'ambiguità di tale ultima affermazione di principio, in apparente controtendenza rispetto a *Webb* e *Seco*, che la Commissione assume l'iniziativa di proposta legislativa poi sfociata nell'adozione della dir. 96/71/CE.

(64) Rispettivamente causa 279/80, in *Racc.*, 1981, p. 3305, e cause 62-63/81, *ivi*, 1982, p. 223. Si veda BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, p. 241 ss.

(65) Così al punto 16 della sentenza *Webb*.

(66) Cfr. anche BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-55/2007.

(67) Così al punto 18 della sentenza *Rush Portuguesa*.

Non si comprenderebbe tuttavia adeguatamente il quadro nel quale la direttiva è venuta innestarsi, se non si desse rapidamente conto dell'altra tappa della vicenda in esame. Tale seconda tappa coincide con un più generale sviluppo di principio nell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 49 Tratt. CE. Ci si riferisce alla innovativa affermazione del principio interpretativo - compiuta per la prima volta dalla Corte di giustizia in maniera netta con la sentenza *Säger* (68)-, secondo cui l'art. 49 non vieta solo le discriminazioni dirette o indirette a danno del prestatore, ma colpisce altresì qualsiasi misura in grado di ostacolare o intralciare o rendere comunque meno attraente la prestazione di un servizio transnazionale, impedendo o rendendo più gravoso, al titolare della libertà, l'accesso al mercato di un altro Stato membro. Ed invero, specialmente in presenza di una prestazione solo temporanea, e quindi di un collegamento non stabile col territorio dello Stato membro di destinazione dell'attività economica, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, per quanto necessario, non appare di per sé sufficiente a garantire un effettivo accesso al mercato dell'operatore straniero. È evidente infatti come la sottoposizione del prestatore di servizi ai requisiti regolativi imposti dallo Stato di destinazione, oltre che a quelli previsti dal paese d'origine, sia idonea, da sola, a prescindere da qualsiasi profilo discriminatorio, ad ostacolare le effettive possibilità di accesso al mercato dello stesso ed a restringere la libera circolazione della prestazione nello spazio comunitario. L'effettiva realizzazione di un mercato europeo dei servizi richiede, perciò, secondo l'impostazione accolta dalla Corte, il superamento anche degli ostacoli frapposti dalle misure nazionali indistintamente applicabili. Il nuovo corso interpretativo - passando da un approccio basato sul *test* anti-discriminatorio ad un approccio centrato sul principio del libero accesso al mercato comune dei servizi - estende così il sindacato della Corte virtualmente ad ogni misura nazionale in grado di ostacolate, anche solo potenzialmente, la libertà riconosciuta dall'art. 49 Tratt. CE.

Ora, appaiono evidenti le ripercussioni di tale generale ed innovativa affermazione di principio con riferimento al tema della protezione assicurabile ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi nel rispetto dell'art. 49 Tratt. CE (69). Alla stregua di tale principio, anche l'imposizione del rispetto delle norme di diritto del lavoro dello Stato di destinazione del servizio diventa, in linea di massima, un ostacolo ai sensi dell'art. 49: se esse sono più favorevoli per il lavoratore di quelle dello Stato dove ha sede l'impresa, la loro applicazione aumenta, infatti, i costi d'esportazione gravanti su quest'ultima. È vero che si tratta d'un ostacolo *prima facie* legittimato dall'esigenza di garantire una adeguata tutela del lavoratore subordinato impiegato nella prestazione transnazionale di servizi: l'applicazione delle norme lavoristiche del paese di destinazione del servizio ai lavoratori dipendenti dalle imprese straniere che li distaccano, può in tal senso rappresentare una deroga giustificata al principio della libera circolazione *ex art* 49, per l'appunto fondata su quelle esigenze imperative di interesse generale tra le quali la Corte ammette senz'altro la tutela dei lavoratori. Dovrà tuttavia accertarsi, caso per caso, che la norma interna, che uno Stato intende applicare ai lavoratori stranieri tempo-

(68) C. Giust. 25 luglio 1991, causa C-76/90, in *Racc.*, 1991, I, p. 4221.

(69) Cfr., tra i molti, di recente, PALLINI, *Liberalizzazione dei servizi*, cit., p. 379 ss.; BORELLI, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *LD*, 2008, p. 126 ss.

raneamente distaccati, in primo luogo sia necessaria a tutelare i loro interessi (il che è da escludere nel caso in cui questi siano garantiti in maniera sostanzialmente equivalente dalla normativa dello Stato d'origine), ed in secondo luogo costituisca una restrizione proporzionata al fine perseguito, ovvero una misura che non incida oltre il dovuto sulla libertà del prestatore del servizio, come accadrebbe nell'ipotesi in cui lo stesso risultato sia conseguibile con misure meno restrittive (*test*, rispettivamente, di "necessità" e di "proporzionalità") (70).

Risulta a questo punto sufficientemente delineato il quadro risultante dalla riconduzione delle forme di mobilità "all'interno dell'impiego" nell'orbita dell'art. 49, nel quale viene ad iscriversi la dir. 96/71/CE. Solo la libertà di circolazione *ex art.* 39 Tratt. CE è governata dal principio del trattamento nazionale previsto nello Stato d'accoglienza in favore del migrante: la mobilità dei lavoratori che si realizza nell'ambito d'una prestazione transnazionale di servizi resta viceversa attratta nell'art. 49, che esige la tendenziale applicazione della legge del paese d'origine (71), potendosi applicare la disciplina lavoristica dello Stato di destinazione solo nei limiti consentiti dal *test* di necessità e proporzionalità. Alla direttiva è allora affidato il delicato e difficile compito di concorrere a determinare il *quantum* di protezione da assicurare, nello Stato ospitante, ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione intracomunitaria di servizi, compatibilmente con i principi sottostanti all'art. 49.

Il legislatore comunitario si è perciò mosso lungo una sottile e scivolosa linea di compromesso tra istanze tra loro in tendenziale conflitto (72); e in questa linea, il temperamento tra l'esigenza di promuovere la libera prestazione dei servizi e quella speculare di erigere barriere contro un'eccessiva erosione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro passa attraverso la determinazione della misura di protezione che deve (o può) essere legittimamente assicurata al lavoratore distaccato secondo la legge (o la contrattazione collettiva) in vigore nel paese di destinazione.

(70) V. amplius CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., pp. 30-31; GIUBBONI e ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., p. 95 ss.

(71) L'introduzione generalizzata del principio del paese d'origine nell'iniziale formulazione dell'art. 16 della proposta di direttiva c.d. Bolkestein poteva dunque contare su questa robusta radice giurisprudenziale. E tale radice spiega anche perché - sebbene in una versione temperata - il principio del mutuo riconoscimento e del paese d'origine restino presenti anche nel testo riformulato della disposizione, quale compare oggi nella dir. 2006/123/CE. Come è stato ben puntualizzato, "rispetto al principio del paese d'origine proposto nella originaria stesura della direttiva Bolkestein questa formulazione del principio del mutuo riconoscimento comporta sostanzialmente un'inversione della presunzione relativa della legittimazione dell'impresa stabilita in uno Stato membro di offrire i propri servizi negli altri Stati membri alle medesime condizioni previste dalla legge dello Stato di stabilimento" (PALLINI, *Liberalizzazione dei servizi*, cit., p. 388), nel senso che è ora legittimo applicare gli *standard* previsti dal paese ospitante salvo che non si dimostri che sono ingiustificati o sproporzionati. Nulla è cambiato, invece, nella sostanza, nel passaggio dalla prima stesura al testo finale della dir. 2006/123, quanto alla disciplina applicabile ai lavoratori in regime di distacco, visto che sia la proposta originaria che l'articolato in vigore hanno sempre fatto rinvio alla dir. 96/71/CE quale *lex specialis* della materia. Cfr. GIUBBONI, ORLANDINI, *La direttiva Bolkestein e i diritti dei lavoratori europei*, in *Biblioteca della Libertà*, gennaio-marzo 2007, p. 99 ss.

(72) V. solo DAVIES P., *Posted workers*, cit., p. 591 ss.; LYON-CAEN A., *Le travail dans le cadre de la prestation internationale des services*, in *DS*, 2005, p. 503 ss.

4. — *Il distacco di lavoratori nell'ambito d'una prestazione transnazionale di servizi nella direttiva 96/71/CE*

In coerenza con la sua rilevata *ratio* compromissoria, la dir. 96/71/CE non contiene norme di armonizzazione, neanche parziale, delle legislazioni del lavoro degli Stati membri, non dettando *standard* di tutela materiale in favore dei lavoratori subordinati coinvolti nelle tre fattispecie di distacco che essa stessa definisce per delimitare il proprio raggio di applicazione (73). Lo *standard* materiale di tutela è infatti rimesso al legislatore nazionale, al quale spetta fissarlo nelle materie, dentro i limiti e secondo le modalità delineate dalla direttiva.

La dir. 96/71 si limita perciò a coordinare i sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri, stabilendo entro quali limiti debba (par. 1 dell'art. 3) o possa (par. 10) applicarsi, in favore dei lavoratori temporaneamente distaccati, la legislazione (e la contrattazione collettiva: par. 8) dello Stato membro in cui è fornita la prestazione lavorativa in regime di distacco. In tal senso, come rilevato dalla dottrina prevalente (74), la direttiva si configura quale speciale strumento di diritto internazionale privato, in quanto

(73) Ai sensi dell'art. 1.3 dir., le fattispecie sono quelle: a) del distacco nell'ambito di un contratto commerciale, tipicamente d'appalto, concluso tra l'impresa che invia il lavoratore ed il destinatario della prestazione del servizio; b) del distacco in uno stabilimento o in un'impresa facente parte del medesimo gruppo; c) del distacco all'interno d'una fornitura intracomunitaria di lavoro temporaneo (purché - in tutti i casi - rimanga fermo il rapporto tra datore distaccante e lavoratore distaccato). La nozione comunitaria di distacco è perciò sensibilmente diversa da quella dettata dall'art. 30, d. lgs. n. 276/2003, realizzandosi solo parziali sovrapposizioni (v. ampiamente MARETTI, *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in *MGL*, 2000, p. 1148 ss., spec. pp. 1154-1155, e CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 17 ss.). Ma anche se riguardata dal punto di vista del diritto comunitario, la tripartizione accolta dal legislatore sopranazionale presenta profili d'una qualche peculiarità (e problematicità). Essa, infatti, da un lato estende la disciplina di cui all'art. 3 a ipotesi nelle quali non sussiste, a rigore, una prestazione di servizi in senso proprio (è il caso, sicuramente, del distacco infragruppo, menzionato *sub b*), e dall'altro esclude dal raggio applicativo della direttiva fattispecie che potrebbero a ben vedere essere accostate a quelle - appunto assai eterogenee - che la stessa tipizza (per esempio, proprio l'ipotesi dell'invio all'estero di un lavoratore presso impresa priva di collegamenti societari con quella distaccante ed effettuato al di fuori d'un contratto commerciale per la prestazione transfrontaliera di un servizio). Sul problema del trattamento giuridico da riservare alle fattispecie escluse dal raggio applicativo della direttiva (per le quali è stato proposto di far riferimento alla disciplina della Convezione di Roma se del caso con i limiti desumibili dall'art. 49 Tratt. CE, ovviamente quando risulti integrata la nozione di servizio), v. DAVIES P., *Posted workers*, cit., pp. 576 e 589; ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *ADL*, 1999, p. 465 ss., spec. pp. 473-474; e più di recente, diffusamente, CARABELLI, *op. ult. cit.*, p. 62 ss.

(74) V., più di recente e per tutti, CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 3 ss.; ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *EDP*, 2006, p. 947 ss., spec. pp. 978 e 980. Tale chiave interpretativa della direttiva quale fonte speciale di diritto internazionale privato è stata criticata da ESPOSITO, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in questa rivista, 2006, p. 571 ss., in favore d'una proposta di lettura tesa a valorizzare il contenuto sostanziale di tutela della direttiva, in un'ottica di tendenziale parità di trattamento per il lavoratore distaccato nello Stato di destinazione. Ma va osservato che si tratta d'una lettura ormai seccamente respinta dalla Corte comunitaria in coerenza con un'interpretazione minimalistica della direttiva quale mero strumento di coordinamento e, quindi, quale fonte *ad hoc* di risoluzione di problemi di conflitto di leggi in rapporti con elementi di internazionalità (v. *infra*, § 4.1).

concorre a dare soluzione al problema della determinazione della disciplina applicabile ai lavoratori dipendenti da operatori economici che erogano servizi transfrontalieri mediante distacco del proprio personale, integrando, segnatamente, col disposto del suo art. 3, le previsioni contenute nell'art. 7 della Convenzione di Roma.

L'art. 3.1 dir. definisce anzitutto il “nocciolo duro” di tutela imperativa che lo Stato membro ospitante è tenuto ad assicurare al lavoratore temporaneamente distaccato nel suo territorio, a prescindere da quale sia legge applicabile al rapporto di lavoro ai sensi della Convenzione di Roma. L'elenco delle materie che formano tale nucleo imperativo di tutela include le norme - risultanti da disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o da accordi collettivi dichiarati di applicazione generale - relative ai periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, alla durata minima delle ferie annuali retribuite, alle tariffe minime salariali (comprese le maggiorazioni per lavoro straordinario), alle condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, alla tutela delle condizioni di lavoro di gestanti o puerpere e di bambini e giovani, ed infine alla parità di trattamento fra uomo e donna nonché alle altre disposizioni in materia di divieti di discriminazione. Si tratta, come è stato notato, di materie che da un lato costituiscono l'ossatura del diritto del lavoro comunitarizzato (cioè oggetto di normativa di armonizzazione) (75) e che dall'altro possono considerarsi “determinanti ai fini del costo del lavoro (e dunque della concorrenza)” (76).

L'art. 3.1 integra così - nel campo d'applicazione della direttiva - quanto previsto dall'art. 7 della Convenzione di Roma, *in primis* laddove quest'ultima dà facoltà al giudice di tener conto delle norme di applicazione necessaria di un qualunque Stato col quale la fattispecie da regolare presenti uno stretto legame, consentendo quindi di dare efficacia alle norme autolimitate in vigore nel paese di distacco del lavoratore e che di massima resterebbero inoperanti in base ai criteri di collegamento stabiliti dall'art. 6 della medesima Convenzione (77). Convertendo in obbligo tale facoltà, la direttiva “ha reso internazionalmente imperativo - con gli effetti [...] dell'art. 7 della Convenzione di Roma [...] - un nucleo essenziale di norme protettive dello Stato membro ospitante” (78), salva peraltro l'applicazione delle condizioni d'impiego di maggior favore per il lavoratore eventualmente stabilite dalla legge dello Stato d'origine.

Il “valore aggiunto” della direttiva rispetto alla previsione della Convenzione è in tal senso duplice, visto che da un lato si converte in obbligo ciò che è solo una facoltà del giudice, e dall'altro si precisa il contenuto delle norme di protezione minima di cui è sempre necessaria l'applicazione nel paese di distacco. Se si tiene peraltro in considerazione che la stessa direttiva riconosce all'art. 6 una competenza giurisdizionale concorrente in capo al giudice dello Stato dove si svolge il distacco (79), può dirsi che

(75) V. MAGNANI, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 394.

(76) CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 46, con ovvio riferimento, in particolare, ai minimi retributivi.

(77) Visto che, come si è già ricordato, il distacco non incide di norma sulla legge applicabile al rapporto, rimanendo essa quella del luogo abituale di esecuzione della prestazione (*supra*, § 2.1). V. da ultimo anche ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, I, p. 59 ss., sul punto p. 62.

(78) FRANZINA, *Questioni relative al distacco*, cit., p. 109.

(79) Limitatamente peraltro ai diritti relativi alle condizioni di lavoro e di occupazione garantite in base all'art. 3 della stessa dir. 96/71/CE: v. MARETTI, *Il recepimento*, cit., p. 1152; FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea*, in *MGL*, 2001, p. 806 ss., spec. p. 811.

la precisazione delle norme imperative da applicare necessariamente al lavoratore distaccato nel paese di destinazione si raccordi altresì con la previsione di cui al par. 2 dell'art. 7 della Convenzione di Roma (80).

La direttiva interviene tuttavia sulla materia con un'altra disposizione, molto più ambigua, e nella quale si riflette tutta l'ambivalenza, se non la contraddittorietà, delle sue finalità, oscillanti tra promozione della libertà di prestazione dei servizi - sia pure in un clima di leale concorrenza - e protezione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro. L'art. 3.10 autorizza infatti gli Stati membri, *nel rispetto del Trattato*, ad imporre alle imprese nazionali ed a quelle straniere che erogano il servizio transfrontaliero mediante distacco dei propri dipendenti, da un lato, condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti *materie diverse* da quelle contemplate dal par. 1 del medesimo articolo, *“laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico”*, e dall'altro condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del par. 8, che riguardino attività diverse da quelle (del settore edilizio) contemplate nell'allegato della direttiva. Si tratta della norma forse più problematica della direttiva, e non è un caso che le sempre più numerose controversie interpretative nelle quali è impegnata la Corte di giustizia riguardino la delimitazione degli esatti confini di tale disposizione.

Le questioni più rilevanti si pongono sia sul versante delle condizioni di estensione della disciplina contenuta nei contratti collettivi, allorché questi non valgano *erga omnes* ma risultino in “genere applicabili a tutte le imprese simili”, nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale interessata, ovvero siano stati conclusi dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale e siano applicati in tutto il territorio dello Stato (par. 8 dell'art. 3); sia - appunto - in relazione alla delimitazione della nozione di “disposizioni di ordine pubblico”. Anticipando valutazioni che saranno completate in sede di analisi della più recente giurisprudenza comunitaria (81), può dirsi che, quanto alla prima questione (di assoluta rilevanza in sistemi che, come il nostro, difettano di meccanismi di estensione *erga omnes* degli effetti del contratto collettivo), il problema principale sorge in relazione all'obbligo di parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere posto dallo stesso art. 3.8 dir. come condizione per l'applicazione delle norme contenute nella fonte collettiva non dichiarata d'applicazione generale. La giurisprudenza che si va consolidando in materia dimostra quanto sia difficile il rispetto di tale condizione e quanto siano di converso problematiche le prassi applicative spesso seguite dagli Stati membri, assai permissivi nel consentire (*rectius*, nell'imporre) l'applicazione della fonte collettiva (non dichiarata d'applicazione generale) senza un rigoroso rispetto della clausola di parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere.

Il caso italiano è in tal senso emblematico: la disposizione di cui all'art. 3, c. 1, D.Lgs. n. 72/2000, nell'imporre alle imprese straniere il generalizzato rispetto dei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi a livello

(80) V. FRANZINA, *Questioni relative al distacco*, cit., p. 115. La specificazione del carattere internazionalmente imperativo delle norme protettive del paese di temporaneo invio del lavoratore ex art. 3 dir. vale dunque a vincolare sia il giudice di tale Stato, sia quello che resta comunque competente ex art. 19 reg. 44/2001, vale a dire - di regola - il giudice dello Stato d'origine del lavoratore.

(81) V. § che segue.

nazionale applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative analoghe nel luogo ove i lavoratori distaccati svolgono la loro attività, fatta salva la materia coperta dal principio di sufficienza della retribuzione ex art. 36 Cost., appare ben difficilmente conciliabile con l'art. 3.8 dir. Anche volendo prescindere dai problemi di compatibilità col nostro art. 39 Cost. (82), la norma appare infatti direttamente discriminatoria laddove impone alla sole imprese straniere un obbligo di rispetto del contratto collettivo nazionale al quale - salva appunto l'area presidiata dal principio di sufficienza della retribuzione (83) - le imprese italiane possono benissimo sottrarsi (84).

L'altra questione - in presenza, anche qui, di prassi applicative tese a dilatare i confini dell'ordine pubblico sino ad abbracciare, talvolta, l'intero diritto del lavoro nazionale - risulta non meno rilevante; essa è anzi decisiva ai fini dell'equilibrato temperamento dei diversi (e in parte divergenti) interessi governati dalla dir. 96/71/CE. Un'interpretazione del concetto di "disposizioni di ordine pubblico" conforme al Trattato, e cioè rispettosa dei principi che presidiano la libertà di cui all'art. 49 dello stesso, osta, invero, alle prassi dilatatorie seguite da molti Stati membri nel dichiarare tendenzialmente applicabile la generalità delle norme protettive in vigore nel paese di destinazione del lavoratore distaccato. Come chiarito dalla Commissione ancor prima che la Corte precisasse i suoi restrittivi orientamenti sul punto (85), "la direttiva non permette assolutamente agli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati nel loro territorio *tutte* le disposizioni legislative e/o i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro" (86); la nozione di cui all'art. 3.10 va infatti assunta nel suo significato stretto, limitato alle sole disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale (87), non potendo certo comprendere l'insieme delle norme inderogabili del diritto nazionale del lavoro.

Emerge, invece, in molti provvedimenti nazionali di trasposizione, e certamente in quello italiano, una tendenza protezionistica incompatibile con le pur ambigue previsioni della direttiva. Il caso italiano - pur non potendosi dire isolato - risulta ancora una volta particolarmente significativo in tal senso. Il citato comma 1 dell'art. 3, D.Lgs. n. 72/2000, nel dettare la già vista previsione sulla "estensione" dei contratti collettivi

(82) Su di essi v. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *RIDL*, 2006, II, p. 239 ss.

(83) Ma anche su tale versante potrebbero sorgere problemi di disparità di trattamento e quindi di conformità alla direttiva. Come infatti è stato notato, "anche in Italia, rimarrebbe sempre la possibile prevalenza di contratti collettivi aziendali peggiorativi rispetto al precedente contratto nazionale tali da implicare condizioni più favorevoli offerte dalle imprese locali": così NADALET, *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *LD*, 2008, p. 37 ss., qui p. 50, che si rifà a C. Giust. 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*.

(84) V. ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco*, cit., p. 71.

(85) V. sempre *infra*, § 4.1.

(86) Così la comunicazione interpretativa della Commissione europea del 23 luglio 2003, *L'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri*, COM(2003) 458 def., p. 11.

(87) V. *supra*, § 2.1. La stessa Commissione, nella citata comunicazione, offre una illuminante esemplificazione del concetto di ordine pubblico internazionale, includendovi (soltanto) "le norme relative ai diritti e alle libertà fondamentali stabiliti dalla legislazione dello Stato membro interessato e/o dal diritto internazionale, in particolare: libertà di associazione e diritto di contrattazione collettiva, proibizione del lavoro forzato, principio di non discriminazione, eliminazione del lavoro minorile che costituisce una forma di sfruttamento, protezione dei dati e diritto al rispetto della vita privata" (p. 14).

nazionali alle imprese straniere che operano ai sensi della direttiva, precisa infatti che queste ultime debbono assicurare ai propri dipendenti distaccati - senza eccezione alcuna - *le medesime condizioni di lavoro* applicabili ai lavoratori subordinati che effettuano prestazioni analoghe nel luogo di esecuzione del distacco. La disposizione interna ha così tradotto la facoltà consegnata *sub condicione* ai legislatori nazionali dall'art. 3.10 dir. sotto l'evidente suggestione della ricordata concezione onnicomprensiva dell'ordine pubblico, già coltivata dalla nostra giurisprudenza ma ormai come visto in via di definitivo superamento anche presso di essa (88). Nel D.Lgs. n. 72/200 riaffiora perciò "ancora una volta l'idea [...] per cui tutto il diritto del lavoro rientri nella nozione di ordine pubblico. Un'idea totalizzante ed erronea, di chiara marca corporativa, che è stata alla base dell'interpretazione del sistema internazionalprivatistico ed in particolare dell'art. 31 disp. prel. cod. civ. prima della Convenzione di Roma" (89), e che deve oggi ritenersi totalmente superata, già all'interno del sistema del diritto internazionale privato, e *a fortiori* nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

Se la direttiva esige allora di conformare la nozione di ordine pubblico - quale ultima difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento domestico - alle istanze di integrazione del diritto (del lavoro) straniero ormai connaturate all'ordinamento comunitario, ciò non toglie che disposizioni come quella contenuta nell'art. 3.10 dir. debbano essere compiutamente valorizzate quale effettivo schermo contro forme sleali di competizione (de-)regolativa apertamente basate sul *dumping* sociale. La doverosa critica alle chiusure protezionistiche dei legislatori nazionali sembra in tal senso anche la migliore premessa metodologica per un'altrettanto decisa critica alla speculare deriva liberistica impressa dalla Corte di giustizia nella sua più recente giurisprudenza sulla direttiva e, più in generale, sul rapporto tra l'esercizio delle libertà economiche comunitarie e le prerogative esercitabili dagli Stati membri (e dai sindacati) nella difesa dei sistemi domestici di diritto del lavoro dalle spire del *dumping* sociale. È a questa giurisprudenza che occorre allora finalmente rivolgere la dovuta attenzione critica prima di tentare qualche valutazione conclusiva sul tema della nostra indagine.

4.1 — Distacco e norme imperative applicabili al rapporto di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee

Il tritico composto dalle recenti e già celebri sentenze *Viking* (90), *Laval* (91) e *Rüffert* (92) è sin troppo conosciuto perché se ne debba dire qui in modo analitico e

(88) Cfr. da ultimo REALE, *Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità: quid iuris?*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, cit., vol. II, p. 1396 ss., spec. p. 1408, che parla di un ritorno al passato del legislatore nazionale.

(89) MAGNANI, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 394.

(90) Causa C-438/05.

(91) Causa C-341/05.

(92) Causa C-346/06. Ma la Corte ha appena aggiunto una quarta pronuncia, ormai senza turbamenti allineata alle prime tre: v. C. Giust. 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*.

dettagliato (93). La complessità delle questioni affrontate nei tre diversi casi eccede del resto i limiti imposti dall'economia di questo scritto, per cui si darà qui selettivamente conto solo dei profili che attengono al tema del rapporto tra norme imperative applicabili ai lavoratori distaccati ed esercizio della libertà di prestazione transnazionale di servizi.

In via d'estrema sintesi, può peraltro dirsi che la Corte vi abbia affrontato due questioni centrali, strettamente correlate nei concreti casi sottoposti alla sua attenzione e tuttavia dotate di una sostanziale autonomia concettuale: da un lato, la questione della efficacia diretta orizzontale della libertà di stabilimento (*Viking*) e della libertà di prestazione dei servizi (*Laval*) ed il loro rapporto con i diritti di azione e di negoziazione collettiva così come riconosciuti negli ordinamenti costituzionali nazionali; dall'altro, in tutte le controversie in esame, la questione - che qui particolarmente rileva - di quale sia lo *standard* di protezione che deve o può essere legittimamente imposto dallo Stato di destinazione in favore del lavoratore distaccato, dando in particolare applicazione ai contratti collettivi ivi vigenti, in conformità dell'art. 3 dir. 96/71/CE e dell'art. 49 Tratt. CE. Su entrambe le questioni - disattendendo in buona sostanza le ben più caute ed equilibrate conclusioni suggerite dagli Avvocati generali - la Corte di giustizia ha fornito risposte del tutto inappaganti, marcatamente sbilanciate sul lato d'una tutela dogmatica e unilaterale delle libertà economica di circolazione nel mercato interno e di conseguenza incapaci di fornire rimedi adeguati ai rischi di *dumping* sociale immanenti ad un uso opportunistico, quando non abusivo, di tali libertà.

I nuovi limiti comunitari che la Corte ricava dal Trattato in ordine all'esercizio del diritto di sciopero ed al libero esplicarsi dell'autonomia contrattuale collettiva rischiano in particolare di produrre effetti dirimpenti sulle dinamiche dell'azione sindacale in

(93) Sulle tre cause - ancor prima che venissero decise dalla Corte e *a fortiori* dopo che questa si è pronunciata - si è riversato un vero e proprio *tsunami* di dibattiti, convegni, commenti e saggi critici (per riprendere la colorita espressione di LORD WEDDERBURN, *Diritto del lavoro*, cit., p. 182); senza alcuna pretesa di completezza si vedano: BERCUSSON, *The trade union movement and the European Union: the Judgement Day*, in *ELJ*, 2007, p. 279 ss.; DAVIES A.C.L., *The right to strike versus freedom of establishment in EC law: the battle commences*, in *ILJ*, 2006, p. 75 ss.; BRONZINI, PICCONE, *Diritto di sciopero e libertà di circolazione nelle recenti conclusioni degli Avvocati Generali*, in *D&L-Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2007, p. 619 ss.; LO FARO, *Diritti sociali*, cit.; SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *LD*, 2008, p. 245 ss.; BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, ivi, p. 371 ss.; PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *RGL*, 2008, II, p. 3 ss.; ORLANDINI, *Right to Strike, Transnational Collective Action and European Law: Time to Move On?*, *Jean Monnet Working Paper 8/07*, New York University-The Jean Monnet Program; ID., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in corso di pubblicazione in *DLRI*, fasc. 1/2008; CORTI, *Le decisioni Itf e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *RIDL*, 2008, I, p. 249 ss.; CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT-61/2008; ALES, *Transnational Wage Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (Questionable) Limits on Collective Action*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT-63/2008.

Europa (94), se i giudici di Lussemburgo non si riconvertiranno in fretta a formule di “bilanciamento” con le libertà di mercato degne di questo nome ed effettivamente rispettose del contenuto essenziale dei diritti sociali fondamentali in gioco (95). Ma non meno problematiche e discutibili sono le conclusioni raggiunte dalla Corte sul significato dell’art. 3 dir. 96/71/CE. La Corte dà infatti della norma un’interpretazione minimalistica che mina alla radice la logica compromissoria - la “duplice anima” (96) - della direttiva, nella misura in cui fa di essa uno strumento pressoché esclusivamente deputato alla promozione dell’integrazione negativa del mercato dei servizi in assenza di adeguati contrappesi sul versante della difesa dal *dumping* sociale (97).

Sono due i punti nevralgici dell’interpretazione qui criticata. Il primo è racchiuso nell’affermazione giusta la quale l’art. 3 dir. (segnatamente il combinato disposto dei paragrafi 1 e 7) serve a definire lo *standard massimo* (e non invece il nucleo *minimo*) di tutela praticabile ai lavoratori distaccati alla stregua del diritto del lavoro dello Stato membro di destinazione. Sia in *Laval* che in *Rüffert* la Corte di giustizia ha asserito che “l’art. 3, n. 7, della direttiva 96/71 non può essere interpretato nel senso che esso consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima” (98), e ciò tanto nelle materie elencate dal par. 1 quanto in quelle rientranti nella nozione di ordine pubblico ai sensi del par. 10. Ne consegue - sempre secondo la Corte - che “fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell’ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall’art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione delle legge o di contratti collettivi nello Stato membro d’origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione” (99).

Tale statuizione contiene tuttavia un inaccettabile rovesciamento del significato

(94) È in *Viking* che la Corte - nonostante l’apparente apertura del dispositivo - sembra invero formulare i limiti potenzialmente più penetranti all’esercizio dei diritti collettivi nello spazio comunitario. L’affermazione per cui l’azione sindacale, ed in particolare lo sciopero volto ad impedire il cambiamento di bandiera d’una nave, in tanto sono legittimi in quanto gli interessi dei lavoratori siano realmente compromessi o seriamente minacciati dall’esercizio della libertà di stabilimento, apre infatti la porta ad un penetrante e del tutto inedito controllo sul merito delle strategie di lotta sindacale da parte del giudice nazionale. Il rischio più acuto è che, “per il tramite del principio di proporzionalità, si imponga una riformulazione del diritto di sciopero nei termini di extrema ratio di risoluzione delle controversie collettive anche in quegli ordinamenti, come quello italiano, nei quali un simile principio (almeno nel settore privato) non esiste” (ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., p. 4 del dattiloscritto).

(95) Per un forte auspicio in tal senso, argomentato sulla base d’una suggestiva comparazione con l’esperienza nordamericana, v. ELIASOPH, A “switch in time” for the Court of Justice, cit., p. 65 ss. del dattiloscritto.

(96) CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 3.

(97) Su questa linea anche BORELLI, *Un possibile equilibrio*, cit., p. 132, che parla di lettura “monofocale” della direttiva.

(98) Così al punto 80 della sentenza *Laval*, ripreso in *Rüffert* al punto 33.

(99) Punto 81 della sentenza *Laval* e 34 della sentenza *Rüffert*.

della direttiva, quantomeno di quello presupposto dai suoi redattori nel momento in cui con essa si è inteso stabilire una linea di compromesso nella concorrenza tra gli ordinamenti del paese di origine e di destinazione del lavoratore distaccato che *inibisse* la competizione regolativa dentro *tutto* il perimetro tracciato dall'art. 3. Nelle materie elencate dal par. 1 dell'art. 3 dir. - come anche nella sfera di operatività della deroga dell'ordine pubblico (pur, come è doveroso, restrittivamente intesa (100)) - lo *standard* materiale di tutela deve infatti ritenersi rimesso alla *libera* determinazione dell'ordinamento dello Stato ospitante, con consequenziale facoltà d'innalzamento del livello di protezione da parte della contrattazione collettiva nel rispetto della parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere. È quanto impeccabilmente (ma inutilmente) suggerito alla Corte dall'Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni in *Rüffert*, laddove ha individuato nella previsione dell'art. 3.7 dir. quella regola di legittimazione delle misure di "*protezione nazionale rinforzata*" (101), che è la sola in grado di erigere un'adeguata difesa contro il *dumping* sociale lasciando alla contrattazione collettiva dello Stato ospitante (entro il perimetro tracciato dai paragrafi 1 e 10) la necessaria libertà di manovra nella fissazione, ovviamente verso l'alto, degli *standard* di tutela dei lavoratori nazionali e distaccati.

L'altro snodo critico dell'interpretazione accolta dalla Corte sta nell'affermazione, correlata a quella appena esaminata, secondo cui le associazioni sindacali non possono avvalersi della clausola di ordine pubblico di cui all'art. 3.10 dir. (102). La facoltà di estendere le materie regolate dalla legge o dalla contrattazione collettiva dello Stato membro ospitante può essere esercitata solo da quest'ultimo e unicamente secondo le modalità definite dalla direttiva al par. 10 (e 8) dell'art. 3. Conseguentemente, "nessun ruolo possono avere le organizzazioni sindacali che tentino di strappare all'impresa distaccante un impegno negoziale al rispetto di tale normativa o, ancor peggio, delle previsioni di un contratto collettivo privo dell'efficacia *erga omnes* richiesta dall'art. 3, n. 1 e n. 8, della stessa direttiva" (103).

Tale lettura formalistica della direttiva - nel prestarsi alla medesima critica appena formulata sulla scorta delle conclusioni dell'Avvocato generale Bot - svela in realtà, nell'approccio dogmatico della Corte, un'incomprensione ancor più profonda della funzione di tutela delle parti sociali e più in particolare della contrattazione collettiva. I giudici di Lussemburgo danno un'interpretazione legalistica della direttiva (104), che riduce drasticamente fin quasi ad annullare il ruolo dell'autonomia collettiva in favore di quello della legge nella fissazione degli *standard* di tutela praticabili nel distacco transazionale (105). Si tratta di un'impostazione che fa il paio con una visione sostanzialmente negativa e del

(100) V. *supra*, § 4.

(101) L'espressione citata è usata nel par. 94 delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale il 20 settembre 2007.

(102) V. in particolare il punto 84 della sentenza *Laval*.

(103) PALLINI, *Law shopping*, cit., p. 22.

(104) Di "legolatria" della Corte parla, icasticamente, ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., § 7, prendendo a prestito la nota espressione di Paolo Grossi.

(105) Un esito paradossale dell'impostazione accolta dalla Corte è che gli spazi di manovra per l'autonomia collettiva sarebbero a questo punto decisamente più ampi *senza* la direttiva, visto che in sua assenza le parti sociali sarebbero libere di svolgere la loro azione di tutela senza dovere rispettare i limiti e le modalità specificamente stabiliti dalla fonte secondaria, col solo vincolo, *prima facie* ben più "permissivo", del rispetto del *test* di adeguatezza-necessità e proporzionalità ex art. 49 Tratt. CE (cfr. gli spunti forniti in tal senso da CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 41).

pari riduttiva del ruolo del conflitto collettivo (106), ma che appare in sorprendente contraddizione con le medesime premesse concettuali che consentono alla Corte di ricomprendere le parti sociali nel raggio di efficacia (diretta orizzontale) delle libertà economiche del Trattato. Sembra invero contraddittorio ritenere nello stesso tempo che l'azione collettiva, e più specificamente il contratto collettivo, possono costituire restrizioni dirette all'esercizio della libertà di stabilimento o di prestazione dei servizi, alla stessa stregua delle misure restrittive poste in essere dai pubblici poteri (107), e poi negare alle parti sociali, in quanto soggetti di diritto privato, la possibilità di avvalersi dell'art. 3.10 dir. "per invocare ragioni di ordine pubblico al fine di dimostrare la conformità al diritto comunitario" (108) della loro attività di autotutela (109).

5. — Conclusioni

Tale pur rapida rassegna critica delle incongruenze della più recente giurisprudenza comunitaria sulla direttiva del 1996 consente, a questo punto, di proporre alcune sintetiche riflessioni conclusive.

La prima di esse si raccorda alla descritta evoluzione storica dell'ordinamento comunitario nell'inquadramento delle ipotesi del distacco transnazionale temporaneo di lavoratori, col passaggio decisivo dalla mobilità verso l'impiego a quella all'interno dell'impiego. Questa evoluzione dimostra da sola che - almeno entro certi limiti - la riconduzione di certe fattispecie nell'orbita dell'art. 39 ovvero dell'art. 49 Tratt. CE non risponde a nessuna necessità "ontologica". Lo stesso legislatore comunitario - nel definire per vero con qualche disinvoltura il campo d'applicazione della direttiva (110) - ha dimostrato che il Trattato consente un discreto margine di discrezionalità definitoria nell'iscrizione all'una o all'altra libertà di fattispecie che appaiono, per così dire, "di confine".

Occorre pertanto tornare a presidiare con maggior rigore i confini tra le diverse libertà del Trattato (111), superando la strisciante tendenza espansiva della prestazione

(106) V. ancora ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., § 5.2.

(107) Cfr. i punti 72-74 della sentenza *Viking* ed i punti 98-99 della sentenza *Laval*.

(108) Punto 84 della sentenza *Laval*.

(109) Per quest'osservazione v. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval*, cit., spec. pp. 376 e 388.

(110) Il profilo più discutibile sta proprio nella inclusione tra le fattispecie cui si applica la direttiva del distacco intragruppo (lett. *b* dell'art. 1.3 dir.). Si è già osservato (*retro*, nota 73) che in tali casi manca a rigore il presupposto della prestazione di un servizio transfrontaliero, o meglio tale presupposto è *creato* dallo stesso legislatore considerando senz'altro come tale il distacco di un lavoratore "in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo". Cfr. al riguardo le puntuali osservazioni critiche di ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., § 9.

(111) Qui un ruolo cruciale è giocato dalla nozione di "temporaneità" del servizio prestato oltre confine, nozione che serve anzitutto a distinguere la libertà di cui all'art. 49 da quella di cui all'art. 43 Tratt. CE. Occorre superare l'orientamento indebitamente espansivo inaugurato dalla Corte nella sentenza in causa C-215/01, *Schnitzer*, che accoglie della temporaneità "un significato talmente lato da consentire, di fatto, una presenza relativamente costante, anche se formalmente non permanente, di un'impresa con il proprio personale in un altro Stato membro per l'esercizio dell'attività di prestazione dei servizi" (così CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 63, ove più puntuali riferimenti alla giurisprudenza comunitaria). Ma la nozione di temporaneità è altrettanto essenziale nella corretta definizione lavoristi-

dei servizi e sanzionando effettivamente le forme abusive di utilizzo delle libertà economiche comunitarie (112).

La seconda riflessione da proporre in questa sede, è che appare necessario e urgente ripristinare un equilibrio ermeneutico - tanto nella interpretazione della direttiva, quanto nella conduzione degli esercizi di bilanciamento tra libertà economiche e diritti collettivi - che non è certo fuori della portata del vigente contesto normativo comunitario (113), come hanno in parte già dimostrato le conclusioni degli Avvocati generali Maduro, Mengozzi e Bot.

Quanto alla interpretazione della direttiva - senza aver la pretesa di ripristinare una lettura tutta centrata sulla garanzia della parità di trattamento tra lavoratori nazionali e distaccati, che pare inammissibile proprio nell'ottica dell'*equilibrio* tra le "due anime" della stessa (114) - sarebbe già un passo importante nella giusta direzione aderire all'approccio sostanzialistico all'art. 3 fatto esemplarmente proprio dalle conclusioni dell'Avvocato generale Bot in *Rüffert*. Già ammettendo un forte ruolo di tutela della contrattazione collettiva quale indispensabile strumento di attuazione della "garanzia nazionale rinforzata" di cui parla l'Avvocato generale Bot, ridiventerebbe invero più facile scongiurare forme di *dumping* sociale senza pregiudicare la libera prestazione dei servizi nel mercato interno in un clima di *fair competition*. In quest'ottica, dovrebbe essere ovviamente mantenuto il necessario rigore nella interpretazione restrittiva delle materie rientranti nella clausola di ordine pubblico di cui al par. 10 come anche nella applicazione della garanzia di parità di trattamento tra le imprese cui il par. 8 dell'art. 3 subordina l'applicazione del contratto collettivo privo di effetti *erga omnes* (115).

Lo stesso dicasi per gli esercizi di bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali. Giovanni Orlandini ha efficacemente osservato come nelle pro-

ca delle ipotesi di distacco, in una prospettiva che stavolta mette in gioco il rapporto con la previsione di cui all'art. 39 Tratt. CE. Al riguardo sarebbe opportuno utilizzare anche per la dir. 96/71/CE un criterio analogo a quello impiegato dall'art. 14 reg. 1408/71, sia pure da un punto di vista rovesciato (li, infatti, il limite temporale serve a precisare sino a quando il lavoratore ha diritto di mantenere l'affiliazione al regime previdenziale del paese di provenienza). Adombra tale soluzione CINELLI, *Distacco e previdenza*, cit., p. 125, che tuttavia giunge a forzare il dato normativo vigente nel ritenere già oggi senz'altro estensibile per via analogica alla definizione di cui all'art. 1 dir. il limite temporale (ordinario) di un anno che il reg. 1408/71 fissa, all'evidenza, solo per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

(112) Anche sotto tale profilo, sia in *Viking* sia in *Laval*, la Corte - trincerandosi dietro un formalismo esasperato *ad usum* - ha deliberatamente omesso di cogliere gli evidenti segni di comportamento abusivo della libertà economica che pure erano stati da più parti segnalati. V. tra gli altri BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval*, cit., p. 374, e PALLINI, *Law shopping*, cit., pp. 7-8. Non si può peraltro sottacere che le condizioni applicative della sfuggente nozione di "abuso del diritto" appaiono alquanto restrittive quando, a venire in rilievo, è l'esercizio di libertà comunitarie fondamentali; le ragioni di ciò - facilmente intuibili - sono ben ricostruite da GULLO, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in *Ragion Pratica*, 2004, p. 181 ss., spec. pp. 195-196.

(113) Ed a maggior ragione se e quando - come si spera - entrerà in vigore il Trattato di Lisbona.

(114) Non sembra in tal senso condivisibile la proposta di BORELLI, *Un possibile equilibrio*, cit., p. 134, che si rifà all'impostazione di BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *QDLRI*, 1998, n. 20, p. 115 ss.

(115) V. *supra*, § 4.

nunce della Corte il riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale assuma un sapore quasi “beffardo” (116), visto che viene effettuato solo per introdurre penetranti limiti alla libertà di autotutela collettiva dei lavoratori e del sindacato. In realtà nel ragionamento della Corte i diritti collettivi degradano a interessi oggettivi, “ragioni imperative” (117) che in tanto possono giustificare la restrizione della libertà economica fondamentale - il vero, unico perno costituzionale di questo *iter* logico -, in quanto accettino di muoversi entro la via stretta del rispetto dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità articolati alla stregua di uno *strict scrutiny*.

Ma così la Corte riproduce il vecchio modulo del “bilanciamento ineguale” tra ragioni funzionalistiche del mercato e diritti fondamentali (118), rinunciando in radice a soppesare la “fondamentalità”, solo enunciata ma non propriamente affermata (119), del diritto di sciopero. Un esercizio di bilanciamento correttamente improntato al rispetto dei diritti (costituzionali nazionali) di azione collettiva avrebbe dovuto indurre la Corte ad affrontare la questione in termini semplicemente rovesciati, chiedendosi *non* se i diritti fondamentali avessero potuto giustificare una restrizione della libertà di circolazione, “ma piuttosto se la libertà di circolazione potesse essere interpretata in termini tali da garantire il rispetto dei diritti fondamentali” (120). Nella giurisprudenza della Corte non sono del resto del tutto assenti esempi concreti d’un siffatto, possibile corso virtuoso nell’impiego della tecnica del bilanciamento tra diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni nazionali e libertà economiche (121).

L’auspicio qui espresso nella direzione di un riequilibrio ermeneutico tra diritti sociali e libertà economiche suggerisce, infine, una terza riflessione conclusiva, che si ricollega direttamente agli spunti iniziali di questo contributo. È noto che, tra le diverse iniziative messe in campo dal movimento sindacale europeo per reagire alle improvvide decisioni assunte dalla Corte nelle sentenze qui analizzate, figura la proposta d’introdurre per via di riforma dei Trattati una apposita clausola di immunità dei diritti collettivi, se non anche della intera materia sociale, dalla possibile incidenza delle libertà

(116) V. il suo *Autonomia collettiva*, cit., p. 31 del dattiloscritto.

(117) Per la discutibile propensione della Corte a “mascherare” di diritti sociali fondamentali “sotto la veste di motivi di interesse generale”, v. PEDRAZZI, *Potrà l’applicazione della “direttiva Bolkestein” ledere i diritti fondamentali?*, in *DPCE*, 2006, IV, p. 1880 ss., sul punto p. 1900. Per un’eccellente sintesi esplicativa dei possibili usi interpretativi dei diritti fondamentali in rapporto alle libertà economiche comunitarie, cfr. BORELLI, *Un possibile equilibrio*, cit., pp. 135-136.

(118) Rimane al riguardo fondamentale lo studio di CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, 1995. Più di recente v. della stessa autrice *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, 2007, p. 13 ss.

(119) In tal senso CARUSO, *I diritti sociali*, cit., spec. p. 34 ss.

(120) Così BERCUSSON, *The trade union movement*, cit., p. 303. In termini simili, argomentando anche alla stregua della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull’art. 11.2 della Convenzione di Roma sulla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, v. pure DAVIES A.C.L., *The right to strike*, cit., p. 83.

(121) Il riferimento è alle note sentenze emesse dalla Corte di giustizia nelle cause C-112/00, *Schmidberger* e C-36/02, *Omega*, nelle quali i giudici comunitari si sono quantomeno avvicinati ad una logica di bilanciamento “bilaterale” tra libertà economiche e diritti fondamentali, idoneo a preservare l’effettività di questi ultimi (si vedano gli spunti elaborati da ORLANDINI, *Diritto di sciopero*, cit., spec. pp. 972 e 993).

economiche comunitarie (122). Anche in sede dottrinale si è affacciata una prospettiva simile, seppure in una variante che presuppone la definizione di uno *standard* di tutela propriamente comunitario del diritto di sciopero, sul quale appunto ritagliare una corrispondente sfera di immunità (123).

È una prospettiva che - a prescindere ogni (scettica) valutazione circa l'effettiva praticabilità sul piano politico-istituzionale - non riesce a persuadere, sorretta come sembra da un tentativo di ripristino d'una sorta di separazione funzionale tra l'economico ed il sociale, che ricorda paradossalmente, seppure in ottica invertita, l'originaria concezione ordoliberal, la quale voleva appunto separatamente assegnata alla sfera funzionale dell'integrazione europea la garanzia costituzionale dei processi di mercato, lasciando dentro i confini degli Stati nazionali la gestione delle politiche sociali (124). La storia del processo di costruzione del mercato integrato si è tuttavia incaricata di dimostrare che quella separazione non regge.

Un confronto ben governato con le regole del mercato, un certo grado di apertura, ovviamente controllata, alla competizione regolativa, hanno del resto dimostrato di poter *giovare* ai processi di modernizzazione e di riforma dei sistemi nazionali di *welfare* (125). Anche l'autonomia collettiva, nella sua caratterizzazione di "governo privato", è parte di questi processi, onde sembra da condividere "l'idea che l'autonomia dei governi privati nazionali non si tutela attraverso un sistema di immunità dalle regole del mercato; essa si rafforza nel confronto assiduo con tali regole e può perfino emergere da questi contesti con nuove e più vaste funzioni" (126).

Il confronto con le regole del mercato eccede del resto l'ambito della integrazione funzionale, per assumere una più profonda valenza politica e costituzionale nella costruzione del sistema comunitario. Il divieto di discriminare le imprese straniere ovvero di imporre ostacoli non giustificati agli operatori economici transnazionali, accettando parte delle regole prodotte dall'ordinamento straniero, costringe in

(122) V. in particolare l'art. 3.3 della proposta, formulata dalla Ces, d'un "*Social Progress Protocol*" da allegare al Trattato. In dottrina, anche ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., § 11, propone di passare "dal bilanciamento all'immunità".

(123) La prospettiva immunitaria era stata per vero adombrata - sul piano esegetico - già nel corso dei giudizi *Viking* e *Laval*, sotto un duplice profilo interpretativo. Da un lato, si era infatti sostenuto che l'esclusione di competenza legislativa di cui all'art. 137.5 Tratt. CE comportasse anche una vera e propria immunità del diritto di sciopero, quale definito dai soli ordinamenti nazionali, rispetto all'operare delle regole del mercato e delle libertà economiche in particolare (nella dottrina italiana v. in tal senso soprattutto CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 77 ss.). Da un altro lato, si era argomentato nello stesso senso con richiamo in via analogica dei principi elaborati dalla Corte di giustizia nella celebre causa C-67/96, *Albany International BV* (in *Racc.*, 1999, I, p. 5751), prospettandosi una piena trasponibilità dell'*antitrust immunity* riservata in quella pronuncia al contratto collettivo anche sul fronte delle libertà di cui agli artt. 43 e 49 Tratt. CE (in dottrina v. in tal senso principalmente BERCUSSON, *The trade union movement*, cit., p. 282 ss.). In *Viking* e *Laval* la Corte ha come noto respinto entrambi gli argomenti, per vero molto fragili.

(124) Cfr. JOERGES, RÖDL, "*Social Market Economy*" as *Europe's Social Model?*, *EUI Working Paper Law*, n. 2004/8.

(125) Sia permesso un rinvio a GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorrenza"?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, n. 1, p. 71 ss.

(126) SCIARRA, *Viking e Laval*, cit., p. 263. Per una prospettiva simile CARUSO, *Diritti sociali*, cit., p. 11.

definitiva ad includere nei processi regolativi nazionali il punto di vista di interessi “altri” da quelli dei regolatori domestici (127). La difesa della specificità dei modelli nazionali di relazioni sindacali e di diritto del lavoro non sembra dunque poter essere perseguita attraverso chiusure immunitarie, ma costruendo un più equilibrato sistema di interdipendenze tra valori sociali ed esigenze di integrazione economica (e politica) europea (128).

(127) Cfr. principalmente POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1998.

(128) Una suggestiva prospettiva teorica ci sembra offerta in tal senso da JOERGES, *Democracy and European Integration*, cit., p. 13 ss., attraverso la riconcettualizzazione del diritto comunitario come sistema di “*supranational conflict of laws*”.

MARIA LUISA VALLAURI

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Firenze

**SULLA RISARCIBILITÀ DEL DANNO BIOLOGICO DIFFERENZIALE
E DEI C.D. DANNI COMPLEMENTARI**

Sommario: 1. - L'ambito di applicazione dell'art. 10 d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 nell'evoluzione giurisprudenziale. 2. - La questione della risarcibilità del danno biologico differenziale. 3. - La (autonoma) risarcibilità dei danni non patrimoniali c.d. complementari.

1. — L'ambito di applicazione dell'art. 10 d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 nell'evoluzione giurisprudenziale

È ancora vivo in giurisprudenza il dibattito relativo alla definizione dell'ambito di applicazione della regola dell'esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro per gli infortuni subiti e le malattie contratte dai lavoratori in occasione dello svolgimento della prestazione di cui sono incaricati; infatti, anche in ragione delle novità interpretative in materia di danno alla persona (1), è ancora discusso quali voci di danno siano coperte dall'assicurazione obbligatoria e quali, invece, siano risarcibili secondo le regole del codice civile.

È a tutti noto che, secondo quanto disposto dall'art. 10 D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (2), il datore di lavoro è civilmente responsabile del danno patito dal proprio

(1) Sul tema del danno alla persona nel diritto del lavoro v. per tutti R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 235 e ss.

(2) La prima previsione di un parziale esonero da responsabilità civile del datore di lavoro è contenuta nella l. 15 marzo 1898, n. 80, istitutiva dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, agli artt. 22 e 24. L'art. 22, infatti, prevedeva che "nonostante l'assicurazione effettuata con le norme da questa legge stabilite, rimane la responsabilità civile a carico di coloro che siano assoggettati a condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato. Rimane anche la responsabilità civile al proprietario o capo esercente dell'impresa, industria o costruzione quando la sentenza penale stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha preposto alla direzione o sorveglianza del lavoro se del fatto di essi debba rispondere secondo il codice civile. (...) Qualora venisse dichiarato non essere luogo a procedimento perché l'azione sia estinta per amnistia o morte, dietro domanda giudiziale degli interessati (...) il giudice civile deciderà se, per i fatti che avrebbero costituito reato, sussista la responsabilità civile (...)". L'art. 24 aggiungeva che "salvo i casi previsti dall'art. 22 i capi e gli esercenti d'impresе, industrie o costruzioni (...) dopo stipulata l'assicurazione o dopo aver provveduto ai termini degli artt. 17 e 18, restano esonerati dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro". Questa disciplina rappresenta il punto di arrivo di una lunga riflessione, che vede nel pensiero degli esponenti del socialismo giuridico una tappa fondamentale; essi,

dipendente a seguito di un infortunio sul lavoro solo quando il fatto dal quale questo origina integri gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio imputabile al datore di lavoro o ad un soggetto incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro.

Prima della riforma del 2000, l'opinione prevalente in giurisprudenza riteneva che la regola dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per i danni patiti dal dipendente infortunato interessasse il solo danno patrimoniale derivante dalla perdita della capacità di produrre reddito, mentre l'eventuale danno non patrimoniale (biologico, morale), che il lavoratore avesse subito, poteva trovare ristoro, come danno "complementare" (3), in base alle regole del diritto comune, nei limiti segnati dalla tradizionale interpretazione degli artt. 2043 e 2059 c.c. (4).

L'unico danno "differenziale" ipotizzabile, pertanto, era il danno patrimoniale

infatti, con l'elaborazione della teoria del rischio giuridico, che - abbandonando il sistema fondato sulla responsabilità per colpa e approdando a quello fondato sulla responsabilità per rischio - esponeva i datori di lavoro alla responsabilità per tutti gli infortuni sul lavoro, aprirono la strada all'elaborazione dell'istituto dell'assicurazione sociale, in base al quale il datore di lavoro, dietro pagamento di un premio assicurativo all'ente previdenziale, veniva sollevato dalla responsabilità civile, e quindi dall'obbligo di risarcire il danno patito dal lavoratore, il quale veniva ristorato dall'ente stesso. Questo schema fu previsto successivamente nel t.u. 31 gennaio 1904 n. 51, poi nel r.d. 17 agosto 1935, n. 1765 (che introdusse anche il principio dell'automaticità della prestazione previdenziale) ed infine recepito nel vigente t.u. 30 giugno 1965, n. 1124. Sulle origini del sistema della previdenza sociale cfr. L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986. V. pure, per una recente ricostruzione del sistema, A. ROSSI, *Parziale esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro*, in *questa Rivista*, 2004, p. 622 e ss.

(3) L'efficace espressione è di G. MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Milano, 2003, pp. 47-48

(4) In questo senso cfr. Cass. 25 maggio 1985, n. 3212 in Riv. giur. lav., 1986, II, p. 199, secondo la quale "poiché il bene della salute costituisce, come tale, oggetto di autonomo diritto primario ed assoluto (art. 32 Cost.) il risarcimento dovuto per effetto della sua lesione non può essere limitato alle conseguenze che incidono soltanto sulla idoneità a produrre reddito, ma deve autonomamente comprendere il c.d. danno biologico, inteso come menomazione dell'integrità psicofisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua dimensione; valore che non è riconducibile alla sola attitudine a produrre ricchezza, ma è collegato alla somma delle funzioni naturali, riguardanti il soggetto nel suo ambiente di vita e che hanno rilevanza non solo economica ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica. Tale principio è applicabile anche nel caso di violazione dell'art. 2087 c.c. (...) il quale non enuncia solo un dovere nell'interesse generale, ma impone anche all'imprenditore un vero e proprio obbligo, la cui osservanza è fonte di responsabilità risarcitoria nei confronti del lavoratore". Ma v. anche, *ex plurimis*, Cass. 27 luglio 2001, n. 10289; Cass. 20 ottobre 1998, n. 10450; Cass. 15 aprile 1996, n. 3516; Cass. 15 settembre 1995, n. 9761 in *Foro it.*, 1995, I, c. 3140; Cass. 6 maggio 1994, n. 4412, in *Orient. giur. lav.*, 1994, p. 682. Secondo Cass. 16 giugno 2001, n. 8182 (in *D&G Dir. Giust.* 2001, p. 67) "l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per i danni occorsi al lavoratore infortunato e la limitazione dell'azione risarcitoria di quest'ultimo al cosiddetto danno differenziale nel caso di esclusione di detto esonero per la presenza di responsabilità di rilievo penale, (...) riguarda la sfera dell'ambito di copertura assicurativi, cioè il danno patrimoniale collegato alla riduzione della capacità lavorativa generica, e invece (...) non riguardano il danno alla salute o biologico e il danno morale di cui all'art. 2059 c.c., entrambi di natura non patrimoniale, al cui integrale risarcimento il lavoratore ha diritto ove sussistano i presupposti della relativa responsabilità del datore di lavoro".

Contra Pret. Vicenza 19 settembre 1994, in *Riv. it. dir. lav.* 1995, II, p. 364; Trib. Milano 19 marzo 1992, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 174 n. critica NAVARRETTA e in *Riv. it. med. leg.* 1994, p. 199 n. adesiva di Introna, secondo le quali già prima della riforma del 2000 l'indennità erogata dall'Inail copriva anche il danno biologico, quantificabile in almeno 1/3 della somma corrisposta.

conseguente alla perdita della capacità lavorativa generica, la cui risarcibilità, peraltro, rimaneva subordinata alla sussistenza in capo al datore di lavoro di una responsabilità penale per l'infortunio o la malattia nei quali fosse incorso il lavoratore, e dunque alla mancata applicabilità della regola dell'esonero.

Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia, la giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) aveva provveduto a restringere l'ambito di applicazione della regola dell'esonero, di fatto innescando un processo di controllato e graduale "ritorno" al diritto comune (5), svalutando progressivamente la portata del riferimento alla rilevanza penale del fatto posto in essere dal datore di lavoro (o dal suo incaricato), dal quale fosse dipeso l'infortunio o la malattia del lavoratore.

A questo proposito è opportuno, sinteticamente, ricordare che già con la sentenza del 9 marzo 1967, n. 22 (6) la Consulta aveva esteso la responsabilità risarcitoria del datore ai casi in cui il fatto-reato che avesse provocato l'infortunio fosse stato posto in essere da un qualsiasi dipendente del cui comportamento il datore dovesse rispondere secondo le regole civilistiche, ritenendo altresì sufficiente, quando il reato fosse prescritto (oltre ai casi di amnistia e di morte dell'imputato), un accertamento solo in sede civile della responsabilità. In seguito, sempre la Corte Costituzionale - nelle sentenze del 29 aprile 1981, n. 102 (7), 24 aprile 1986, n. 118 (8) e 31 marzo 1988, n. 372 (9) - ha abbandonato il principio della preminenza della giurisdizione penale su quella civile, ribadendo la non pregiudizialità dell'accertamento penale ai fini della imputabilità dell'obbligazione risarcitoria (10). Infine, in tempi più recenti e in modo ancor più incisivo, la giurisprudenza ha definitivamente svalutato la rilevanza penale del fatto che cagioni l'infortunio, ritenendo sufficiente, al fine di escludere la regola dell'esonero, l'accertamento della violazione dell'obbligo di sicurezza posto dall'art. 2087 c.c. (11).

(5) Si v. le osservazioni di S. GIUBBONI, *Infortunio, malattia professionale e risarcimento del danno differenziale*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 335 e ss., il quale rileva come "la regola dell'esonero in quanto tale (entra) in tensione - e, probabilmente, in irrimediabile contraddizione - con le nuove frontiere del danno alla persona del lavoratore".

(6) *Foro it.*, 1967, I, c. 685 n. DE CUPIS.

(7) *Foro it.*, 1981, I, c. 2639.

(8) *Foro it.*, 1988, I, c. 383.

(9) *Giur. it.*, 1989, I,1, c. 16.

(10) Il processo di emancipazione dell'azione civile dagli esiti del giudizio penale si è perfezionata con l'avvento nel nostro ordinamento del nuovo processo penale, caratterizzato dalla autonomia dei giudizi.

(11) V. Cass. 24 febbraio 2006, n. 4148 secondo la quale nei casi in cui sussista una fattispecie contrattuale che obbliga uno dei contraenti a prestare una particolare protezione ad un soggetto al fine di assicurarne la integrità fisica, come previsto dall'art. 2087 c.c. ad esempio, "non può sussistere alcuna incompatibilità tra responsabilità contrattuale e risarcimento del danno morale, siccome la fattispecie astratta del reato è configurabile anche nei casi in cui la colpa sia addebitata al datore di lavoro per aver fornito la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.". E da ultimo Cass. 10 gennaio 2007, n. 238, che con riferimento al danno differenziale, al pari del danno morale soggettivo dell'art. 2059 c.c., sostiene che "il fatto di reato del datore di lavoro, [possa essere] accertato anche [solo] in sede civile". La S.C., pertanto, parrebbe propensa a ritenere applicabile "l'innovativo orientamento della giurisprudenza di legittimità" ai fini di stabilire l'applicabilità o meno della regola dell'esonero prevista dall'art. 10 T.U. Così pure S. GIUBBONI, *Infortunio, malattia professionale*, cit. 341.

Sul fronte delle voci di danno ristorabile, poi, la Consulta è giunta ad affermare nelle pronunce del 5 febbraio 1991, n. 87, 18 luglio 1991, n. 356 (12) e 27 dicembre 1991, n. 485 (13) la piena risarcibilità, ai sensi degli artt. 2043 e 2087 c.c., del danno biologico derivante da un infortunio sul lavoro o da una malattia professionale, così confermandone l'estraneità alla regola dell'esonero (14).

In un siffatto scenario, che finiva per esporre il datore di lavoro alle pretese di (integrale (15)) risarcimento del danno biologico patito dal lavoratore a causa di un infortunio o di una malattia professionale (16), si colloca la riforma contenuta nel D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, la quale ha provveduto a ricondurre all'ambito oggettivo di applicazione della tutela previdenziale (una porzione di) tale voce di danno, all'uopo definendolo come "lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico-legale, della persona" (17), ristorabile con prestazioni economiche "determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito

(12) Entrambe in *Foro it.*, 1991, I, c. 1664 n. POLETTI e c. 2967 n. di DE MARZO

(13) In *Riv. it. dir. lav.* 1991, II, p. 756 n. GIUBBONI e in *Foro it.*, 1993, I, c. 71 n. BIANCO. Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione della materia cfr. per tutti A. DE MATTEIS - S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, p. 955 e ss. Sulla vicenda cfr. pure c. C. CASTRONOVO, *Danno alla salute e infortuni. La Corte costituzionale e i diritti secondi*, in *Foro it.*, 1995, c. 84; M. MARIANI, *Il risarcimento del danno biologico in seguito ad infortunio sul lavoro e l'assicurazione INAIL*, in *Lav. dir.*, 1994, p. 422; S. PICCININNO, *Danno biologico, azione di regresso e surroga nell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, I, p. 59; P. SANDULLI, *Tutele risarcitorie e tutele indennitarie nel danno biologico*, in *Dir. lav.*, 1995, I, p. 232.

(14) Secondo la ricordata sentenza della Corte cost. 18 luglio 1991, n. 356 "l'istituto dell'esonero costituisce una garanzia per la quale - nell'ambito dei rischi coperti da assicurazione ed in relazione ai quali il datore di lavoro eroga contributi - egli non è tenuto al risarcimento del danno. (...) L'esonero opera pertanto all'interno e nell'ambito dell'oggetto dell'assicurazione, così come delimitata dai suoi presupposti soggettivi ed oggettivi. Laddove la copertura assicurativa non interviene per mancanza di quei presupposti, non opera l'esonero; e pur trovando il danno origine dalla prestazione di lavoro, la responsabilità è disciplinata dal codice civile, senza i limiti posti dall'art. 10 t.u. del 1965". In giurisprudenza v. poi Cass. 8 luglio 1992, n. 8235 (in *questa Rivista*, 1992, 1120) e Cass. 29 settembre 1998, n. 9730, ma anche Cass. 29 gennaio 2001, n. 1114 e Cass. 17 febbraio 2003, n. 2357 (in *Dir. lav.* 2003, p. 182 n. RUSSO).

(15) In particolare v. ancora Corte cost. 5 febbraio 1991, n. 87, 18 luglio 1991, n. 356 e 27 dicembre 1991, n. 485 che hanno dichiarato la parziale illegittimità costituzionale di quelle disposizioni in materia di surroga o di regresso dell'INAIL, proprio laddove consentivano di ridurre o, finanche, escludere la piena soddisfazione del diritto del lavoratore al risarcimento del danno alla salute. Cfr. pure Cass. 14 dicembre 1993, n. 12333, in *Giur. it.* 1994, I, p. 994; Cass. 14 settembre 1995, n. 9761, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3134.

(16) E che, come giustamente nota A. ROSSI (*Il parziale esonero, cit.*, 629), causò la perdita di equilibrio del "natura transattiva dell'intervento previdenziale".

(17) La dottrina ha riscontrato una sostanziale omogeneità della definizione di danno biologico fornita dall'art. 13 d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 rispetto a quella elaborata da dottrina e giurisprudenza nell'ambito del diritto comune, soprattutto in ragione di quanto poc'anzi evidenziato, ossia la sostituzione del concetto di ridotta attitudine al lavoro contenuta nella versione originaria del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 con il concetto di lesione della integrità psico-fisica. D. POLETTI, *Danni alla persona e infortuni sul lavoro (con osservazioni sul funzionamento della riforma Inail)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 4-5, p. 935 e ss.

del danneggiato” (18).

Questa novità ha comportato un arricchimento tanto della nozione (descrittiva) di danno differenziale, che pertanto include anche il *quantum* di valore del danno biologico non corrisposto dall'assicurazione sociale in forma indennitaria (ma v. *infra*, par. 2), quanto della nozione (anch'essa descrittiva) di danno complementare, comprensiva del danno biologico di entità percentuale inferiore alla soglia minima di indennizzabilità (ma v. *infra*, par. 3).

2. — La questione della risarcibilità del danno biologico differenziale

La giurisprudenza, dunque, si è trovata ad affrontare la questione della risarcibilità, secondo le regole del diritto comune, del valore residuale del danno biologico non indennizzato dall'ente previdenziale e coincidente con il profilo dinamico-relazionale della persona. Fra il *quantum* dell'indennità erogata dall'ente previdenziale e l'ammontare del risarcimento dovuto secondo le regole del diritto civile (19), infatti, si situerebbero le sfumature della menomazione sul piano degli specifici e particolari profili della persona, così delineandosi un danno biologico “personalizzato”, adattato alle circostanze del caso di specie e liquidato in via equitativa dal giudice, unico soggetto deputato ad individuarlo e quantificarlo, pur nell'ambito di tabelle precostituite (20).

Proprio sulla questione della risarcibilità di questa quota di danno dottrina e giurisprudenza si sono divise.

(18) Rimanendo, così, ancora escluso dall'esonero il danno morale, la cui risarcibilità restava rimessa alle regole generali; v. Corte cost. 17 febbraio 1994, n. 37, *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 216 n. SCALFI; ma anche Cass. 15 settembre 1995, n. 9761, *cit.* e 15 aprile 1996, n. 3156. E altrettanto deve dirsi per quanto riguarda il danno esistenziale. Secondo R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2000, p. 440, il d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 ristabilirebbe il principio transattivo originario.

(19) Sotto il profilo della liquidazione, infatti, il punto di invalidità del danno biologico “previdenziale” è di entità inferiore, rispetto al punto di invalidità del danno biologico “civile”; la differenza sarebbe compensata con le agevolazioni sul piano probatorio in favore del lavoratore leso e con la previsione della indennizzabilità del danno anche nel caso in cui esso sia derivato da un comportamento colposo del lavoratore, ma anche da caso fortuito o da forza maggiore; cfr. D. POLETTI, *Danni alla persona*, *cit.*, par. 5.

(20) Secondo Poletti, *cit.*, infatti, la quantificazione della somma a ristoro del danno biologico differenziale non può essere demandata a criteri definiti rigidamente dalla legge, dovendo essere calibrato volta per volta alle caratteristiche del caso concreto. Di segno opposto parrebbe, invece, la scelta operata dal legislatore con riferimento ai criteri di determinazione del risarcimento del danno differenziale derivante da sinistri stradali, giacché compaiono indicazioni precise relative ai criteri di determinazione dell'ammontare della somma spettante al soggetto leso; si legge, infatti, che si deve tener “conto delle condizioni soggettive del danneggiato” (legge 2001, n. 57, art. 5 co. 4), che l'ammontare comunque non può essere “superiore ad un quinto con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato” (l. 2002, n. 273) e che “la menomazione incida in maniera apprezzabile su particolari aspetti dinamico-relazionali personali” (Decreto Min. Salute 3 luglio 2003), fermo restando l'obbligo di “motivare indicazioni aggiuntive che definiscano l'eventuale maggiore danno tenuto conto delle condizioni soggettive del danneggiato...” (Decreto Min. Salute 3 luglio 2003).

L'orientamento più consistente (21), e a mio avviso più convincente, ha riconosciuto al lavoratore infortunato il diritto a vedere ristorato integralmente il danno derivante dalla lesione della propria integrità psicofisica, adducendo a sostegno di questa posizione due argomenti principali. In primo luogo, si è detto, la riconducibilità del bene leso ad un diritto costituzionalmente garantito fa sì che esso debba essere ristorato integralmente; e, infatti, la Consulta ha affermato che “la garanzia costituzionale implica logicamente l'obbligo per il legislatore di apprestare una tutela piena, ed in particolare - ma non esclusivamente - una piena tutela risarcitoria. (...) Il risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c. è la minima delle sanzioni che l'ordinamento appresta per la tutela di un interesse, sicché il legislatore ordinario, rifiutando o limitando in alcun modo la tutela risarcitoria a seguito della violazione del diritto costituzionalmente dichiarato fondamentale, non lo tutelerebbe affatto (...) [ma] rimarrebbe arbitro della effettività della predetta dichiarazione” (22). In secondo luogo, il parziale ristoro del danno biologico patito dal lavoratore implicherebbe la violazione del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., in quanto soggetti che, per ragioni diverse, avessero patito una lesione alla salute da cui fosse derivato un danno (qualitativamente e quantitativamente) equivalente, finirebbero per essere destinatari di un ristoro di ammontare diverso (23).

V'è, tuttavia, chi ha escluso la generale risarcibilità del danno biologico differenziale sulla base, sostanzialmente, di due ragionamenti: *in primis* l'azione di risarcimento per questa porzione di danno sarebbe ammissibile, in linea con un'interpretazione letterale e rigorosa della regola dell'esonero dalla responsabilità civile sancita dall'art. 10 del T.U., solo quando il comportamento illecito, dal quale sia originato l'evento di danno, integri gli estremi di un reato (24). Inoltre la scelta compiuta dal legislatore con

(21) *Ex plurimis* Cass. 25 maggio 2004, n. 10035 e, in via incidentale, Cass. 1 luglio 2004, n. 12093; Trib. Camerino 19 luglio 2006, inedita; Trib. Treviso 31 maggio 2006, in *Orient. giur. lav.*, p. 921; Trib. Monza 16 giugno 2005, in *Resp. civ.*, 2006, p. 629 n. GRECO; Trib. Ravenna 22 marzo 2005, in *q. Riv.*, 2005, p. 979 n. GRECO; Trib. Monza 21 febbraio 2005, in *Giur. mer.*, 2005, p. 2305 n. CENICOLA e SAPONE; Trib. Treviso 12 luglio 2004, in *Riv. inf. mal. prof.* 2005, II, p. 34; Trib. Vicenza 3 giugno 2004, in *Lav. giur.*, 2005, p. 569 n. BARRACO e in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 356 n. ROSSI; Trib. Pinerolo, 27 aprile 2004 in *Orient. giur. lav.*, I, p. 462; T.A.R. Lombardia 27 luglio 2005, n. 3438, in *Resp. civ.*, 2006, p. 629 n. GRECO e in *Giur. mer.*, 2006, III, p. 725 n. ZAPPIA.

(22) Ancora Corte cost. 18 luglio 1991, n. 356, *cit.* (ma anche 15 febbraio 1991, n. 87, *cit.* e 27 dicembre 1991, n. 485, *cit.*). In dottrina cfr. A. DE MATTEIS - S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro*, *cit.*, p. 986, i quali sottolineano anche come il carattere automatico della tutela previdenziale (*ex art.* 67 T.U.) non sia sufficiente a compensare il *minus* percepito a titolo di indennità rispetto a quanto spetterebbe a titolo di risarcimento secondo le regole del diritto civile; E. PASQUINELLI *Nuova disciplina previdenziale del danno biologico*, in P. CENDON (a cura di), *Persona e danno*, Milano, 2004, p. 1235 e ss.; M. CINELLI, *La tutela del danno biologico nel d.lgs. n. 38/2000: luci ed ombre*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2000, I, p. 352; A. ANDREONI, *L'azione del lavoratore cit.*, p. 1067 e ss.

(23) M. BONA, *Danno alla persona*, in *Dig., Disc. civ.*, Torino, 2003, p. 652; A. DE MATTEIS - S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro*, *cit.*, p. 986

(24) Così D. POLETTI, *Il danno da infortunio sul lavoro alla luce del d.lgs. n. 38/2000*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 276 e ss. in particolare par. 5 e Id., *Danni alla persona*, *cit.*, par. 4; l'A., infatti, afferma la risarcibilità del danno biologico “differenziale” nell'ambito delle regole previste nell'art. 10 D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, quando sussistano ipotesi di fatto-reato. Come già si è visto nel par. 1, il percorso della giurisprudenza di costituzionalità e la riflessione della più attenta dottrina

il D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 di ricondurre il danno biologico nell'ambito della tutela previdenziale implicherebbe la rinuncia alle regole del diritto comune e l'applicazione della regola dell'esonero prevista dall'art. 10 T.U. (25).

Di recente una parte della giurisprudenza di merito si è orientata in quest'ultimo senso, escludendo che il lavoratore, che già abbia ottenuto l'indennizzo dall'ente previdenziale per il danno biologico patito a seguito di un infortunio sul lavoro, possa pretendere ed ottenere il risarcimento dell'ulteriore danno biologico differenziale, in quanto "la norma di riferimento (art. 13 D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38) stabilisce espressamente che l'INAIL interviene a copertura del danno biologico inteso come lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona", e che "non residua, dunque, alcuno spazio per teorizzare la sussistenza di un danno diverso e ulteriore, sempre nell'ambito della categoria danno biologico". Alla luce della *ratio* della riforma, inoltre, "l'INAIL ristora il danno biologico, definito come pregiudizio sofferto dal lavoratore, del tutto indipendentemente dalla sua capacità di produrre reddito", per cui l'ammissibilità di un risarcimento a fianco dell'indennizzo rappresenterebbe una duplicazione di uno stesso danno, non dovendosi confondere "la natura del pregiudizio (danno-evento, che è sempre il medesimo) dal diverso problema circa la misura e i criteri per il calcolo del risarcimento" (26). In definitiva, pertanto, con riferimento ad una singola lesione del bene salute, il danno biologico sarebbe uno e uno soltanto, e pertanto una e una soltanto potrebbe essere la fonte di ristoro possibile, ossia, alternativamente, quella previdenziale-indennitaria o quella civilistico-risarcitoria. L'eventuale scarto fra il *quantum* dell'indennità e il *quantum* del risarcimento, computati applicando i diversi criteri di calcolo, non sarebbe recuperabile, pena la duplicazione della stessa tutela a fronte di un unico evento di danno (il danno biologico) susseguente la lesione di un unico bene protetto (la salute).

Questo approccio alla questione produrrebbe l'indubbio vantaggio per il datore di lavoro di trovarsi al riparo dalle richieste risarcitorie che i lavoratori insoddisfatti del-

dimostrerebbero l'assenza di contraddizione tra l'affermazione della risarcibilità del danno biologico differenziale e la riconduzione dei relativi presupposti alla regola posta dall'art. 10 T.U.; le difficoltà che deriverebbero da questa doverosa riconduzione al "diritto secondo" dell'assicurazione obbligatoria, infatti, sarebbero stemperate dalla accertabilità del fatto di reato (la cui esistenza condizionerebbe il risarcimento del danno differenziale) nella forma puramente oggettivata di recente affermata dalla Cassazione nelle decisioni del 12 maggio 2003, nn. 7281, 7282 (*Giust. civ.* 2003, I, p. 2063 n. CAMPIONE; *Resp. civ. prev.* 2003, p. 676 n. CENDON, BARGELLI e ZIVIZ), 7283 (*Foro it.*, 2003, I, c. 2273 n. NAVARRETTA) con riferimento al danno morale. Si v. S. GIUBBONI, *Infortunio, malattia professionale e risarcimento danno differenziale*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, specialmente pp. 337-338 e 341, il quale afferma la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 10 T.U. L'A. giungere a sostenere che "una (...) lettura costituzionalmente orientata dell'art. 10 T.U. induce (...) ad ammettere che (...) l'accertamento del fatto di reato, da cui detta responsabilità dipende, possa essere compiuto utilizzando anche i meccanismi presuntivi della colpa desunti (...) dall'art. 2087 c.c.". Diversamente A. ANDREONI, *L'azione del lavoratore per il risarcimento del danno biologico*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2001, p. 1068, che invece ravvisa due diverse nozioni di danno biologico, una civilistica e una previdenziale.

(25) Cass. 29 gennaio 2002, n. 1114, in *Orient. giur. lav.* 2002, I, p. 162. In dottrina S. PICCININO, *La revisione dell'assicurazione contro gli infortuni su lavoro*, *Enc. Giur.*, Roma, 2001, p. 2 e ss.

(26) Trib. Roma 4 dicembre 2007, in *Lav. giur.*, 6/2008, p. 611.

l'indennità percepita dall'ente previdenziale (perché inferiore a quanto avrebbero potuto ottenere in via risarcitoria seguendo le regole della responsabilità civile) potrebbero avanzare entro il termine prescrizione. E d'altra parte, la forzata rinuncia del lavoratore al *quid pluris* sarebbe compensata dalla certezza della erogazione dell'indennità da parte dell'ente previdenziale (*ex art. 67 T.U.*).

A ben vedere, peraltro, si tratta di una lettura che, onde evitare di perpetrare una ingiustificabile disparità di trattamento fra soggetti lesi (al pari di quanto denunciato dalla Corte costituzionale nelle richiamate decisioni del 1991 (27)), potrebbe essere avallata - per assurdo (28) - solo a condizione di consentire al lavoratore di scegliere fra ottenere un risarcimento più cospicuo, correndo il rischio di non riuscire a soddisfare la propria pretesa per incapacità del datore di lavoro, e ottenere un'indennità più contenuta nel suo ammontare, ma certa nella sua corresponsione. Infatti, nonostante che il legislatore delegato del 2000 abbia scelto di includere anche il danno biologico "nell'ambito del sistema di indennizzo e sostegno sociale" (rivolto ad assicurare obbligatoriamente e automaticamente al lavoratore mezzi adeguati alle proprie esigenze di vita (29)), esso non ha taciuto la diversa natura di questa voce di danno rispetto agli altri pregiudizi patiti dal lavoratore e indennizzati dall'INAIL (sostanzialmente la perdita di capacità lavorativa), prevedendo espressamente che l'indennità che la ristora sia calcolata "in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato" (art. 13, co. 1, ult. periodo).

Tale indennità, pertanto, non svolge il compito tipico, attribuito ad altre prestazioni previdenziali, di sollevare il lavoratore dallo stato di bisogno, ma mantiene una funzione più propriamente "risarcitoria". Se ne potrebbe inferire il diritto del lavoratore a pretendere dall'ente previdenziale stesso l'integrale ristoro della lesione subita, attraverso il suo risarcimento anziché l'indennizzo, se non fosse che la stabilità del nostro sistema previdenziale si gioca sul bilanciamento di più istanze che chiedono di essere soddisfatte, prime fra tutte quella di tutela del lavoratore (*ex art. 38 Cost.*), ma poi anche quella solidaristica (scritta nell'art. 2 della Carta) e quella paritaria (sancita dall'art. 3 Cost.), il cui punto di equilibrio è stato ravvisato dal legislatore proprio nel sistema indennitario, governato dal principio di adeguatezza della prestazione.

A fronte di un simile assetto, dunque, parrebbero non sussistere ostacoli ad ammettere che il danno biologico subito dal lavoratore possa essere "risarcito" in parte dall'INAIL e in parte, quella "differenziale" appunto, dal datore di lavoro secondo le regole della responsabilità civile. Infatti, seppure il legislatore ha inteso alleggerire l'obbligo del datore di lavoro di riparare il danno (l'unico possibile) all'integrità psico-fisica, che il lavoratore patisca a seguito di un infortunio sul lavoro o di una malattia professionale, non ha escluso che la lesione del bene salute possa trovare integrale sod-

(27) Cfr. note 12 e 13s.

(28) Visto che il nostro sistema di previdenza sociale si fonda sul principio di obbligatorietà della tutela (art. 2115 ult. co. c.c.). Cfr. Cass. 7 ottobre 1994, n. 8229, *questa Rivista*, 1994, p. 1510 ove si sostiene proprio che il carattere pubblico e obbligatorio dei regimi previdenziali correlati a finalità di ordine costituzionale, che erogano prestazioni destinate al perseguimento di un interesse pubblico sul quale non possono prevalere interessi individuali, esclude al validità di un rinuncia trattandosi di diritti indisponibili rispetto ai quali non sono tollerati atti abdicativi. V. pure Cass. 17 febbraio 2000, n. 1770 e Cass. 19 giugno 1999, n. 6616.

(29) M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2007, p. 161 e ss.

disfazione attraverso la strada della responsabilità civile; né avrebbe potuto, probabilmente, escluderlo senza porsi in contrasto, come ha ricordato la stessa Consulta, con l'art. 32 Cost. (oltre che con l'art. 3).

3. — *La (autonoma) risarcibilità dei danni non patrimoniali c.d. complementari*

A fronte delle incertezze in ordine alla risarcibilità del danno biologico differenziale, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere autonomamente risarcibili, secondo le regole del Codice civile, i danni complementari, in quanto voci di danno non indennizzate dall'ente previdenziale e, pertanto, escluse dal meccanismo dell'esonero da responsabilità civile.

La dottrina ha ricondotto alla categoria (descrittiva) del danno complementare: il danno alle cose, il rimborso di spese mediche non coperte dal Servizio sanitario nazionale, i danni biologici con esiti permanenti sotto la soglia di indennizzabilità, il danno biologico temporaneo (che, invece, l'art. 5, co. 2, lett. b), L. 5 marzo 2001, n. 57, in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, reputa indennizzabile come voce a sé stante), il danno patrimoniale sotto franchigia (nella fascia 6-15%), il danno non patrimoniale non biologico (morale, esistenziale) (30).

Proprio quest'ultima voce di danno, peraltro, ancora affatica l'interprete in ordine alla sua definizione, essendo incerto se esista un'unica voce di danno non patrimoniale ovvero se il danno non patrimoniale rappresenti solo un contenitore all'interno del quale si situano le diverse voci di danno, conseguenti alla lesione di beni e interessi della persona.

È impossibile qui ripercorrere, se non per sommi capi, l'evoluzione di questa tematica, e in particolare l'accesso dibattito fra gli "antiesistenzialisti" e gli "esistenzialisti", ossia fra coloro che ricostruiscono la teoria del danno alla persona in termini bipolari (danno patrimoniale-danno non patrimoniale), e coloro che invece ritengono che siano molteplici le voci di danno alla persona.

Per lungo tempo la rigida lettura dell'art. 2059 c.c., secondo la quale il danno morale era risarcibile solo in caso di commissione di un fatto di reato, ha ostacolato (e sostanzialmente impedito) la risarcibilità del danno non patrimoniale.

L'assetto è mutato a partire dagli anni '70, quando la giurisprudenza, consapevole della necessità di fornire una compensazione alle lesioni di diritti ed interessi della persona meritevoli di tutela, ha dato vita dapprima alla figura del danno biologico, e poi a quella del danno esistenziale.

Nel 2003 la Cassazione (31), di seguito avallata dalla Corte Costituzionale (32),

(30) Cfr. per tutti D. POLETTI, *Danni alla persona, cit.*, par. 4. In giurisprudenza, *ex plurimis*, dopo la riforma del 2000, Cass. 12 febbraio 2004, n. 2889, Cass. 23 agosto 2003, n. 12387, Cass. 21 marzo 2002, n. 4080, in *Riv. it. dir. lav.* 2003, II, p. 31 n. PIZZOFERRATO. Prima cfr. Corte cost. 27 dicembre 1991, n. 485, in *Foro it.*, 1993, I, c. 72 n. BIANCO e FERRARI; Corte cost. 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2967 n. DE MARZO.

(31) Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2277 n. NAVARRETTA.

(32) Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2201 n. NAVARRETTA.

nel tentativo di apprestare una tutela a valori e interessi socialmente ritenuti meritevoli e superando l'impostazione che attribuiva al danno morale funzione meramente sanzionatoria (e non compensatoria), ha elaborato una nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c., individuando tre categorie di danno non patrimoniale risarcibile: il danno biologico, il danno morale soggettivo (o *pretium doloris*) e il danno derivante dalla lesione di interessi costituzionalmente protetti.

Qualche anno più tardi le Sezioni Unite della Cassazione (33), hanno dato riconoscimento (seppur incidentalmente perché la questione principale riguardava la prova del danno) al danno esistenziale, quale voce autonoma di danno non patrimoniale, definendolo come quel danno derivante dalla lesione del diritto alla libera esplicazione della personalità (34) e precisando che, in "ambiente" contrattuale (come quello istituito da un contratto di lavoro subordinato), al fine di stabilire la risarcibilità del danno non patrimoniale, neppure occorre far ricorso alla nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c., quando sia possibile invocare previsioni che già riconoscano beni della persona, quali l'art. 2087 o, come nel caso deciso da quella pronuncia (demansionamento), l'art. 2103 c.c.

Ma la partita non si è chiusa con quella decisione, tant'è che, pochi mesi dopo, la Cassazione è tornata in più occasioni a riproporre il sistema binario dei danni (danno patrimoniale-danno non patrimoniale) (35), per poi giungere ad invocare l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite con un'articolata e complessa ordinanza (36).

La risposta non si è fatta attendere troppo e molto di recente (37) è stata depositata un'importante decisione (38) ove, in sostanza, si è affermato che "il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisioni in sottocategorie variamente etichettate (...)" e che, "in particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata danno esistenziale, perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione" (39).

(33) Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2334 n. CENDON e PONZANELLI.

(34) Sul punto cfr. proprio P. CENDON, *Voci lontane, sempre più presenti del danno esistenziale*, in *Foro it.* 2006, I, c. 2334 e *contra*, a seguire, G. PONZANELLI, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*, *ivi*, c. 2337.

(35) Cass. 17 luglio 2006, n. 15760 e 9 novembre 2006, n. 23918 (quest'ultima in *Giust. Civ.*, 2007, p. 1110, n. ZIVIZ). Ma poco prima v. pure Cass. 15 luglio 2005, n. 15022, in *D&G Dir. giust.*, 2005, 40, p. 37, n. ROSSETTI. Riconoscono, invece, autonomia al danno esistenziale Cass. 12 giugno 2006, n. 13546 in *Resp. civ. prev.* 2006, p. 1439; Cass. 15 settembre 2006, n. 19965 in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 676 n. PASQUARELLA; Cass. 20 ottobre 2006, n. 22551 in *Riv. giur. lav.* 2007, p. 244 n. LUCARELLI.

(36) Ordinanza Cass., III sez. civ., 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Foro it.* 2008, 5, c. 1447.

(37) Quando queste riflessioni erano già in bozze.

(38) Cass. SS.UU. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2008, 5, c. 1447.

(39) In questo senso, fra le altre, cfr. le già ricordate decisioni Cass. 15 luglio 2005, n. 15022, Cass. 9 novembre 2006, n. 23918.

Le Sezioni Unite, dunque, sembrano allontanarsi definitivamente dal tentativo compiuto di individuazione e catalogazione, all'interno della figura del danno non patrimoniale, di distinte voci di danno aventi ad oggetto la lesione di interessi non suscettibili di valutazione economica, optando per la sistemazione "bipolare" della teoria dei danni, perciò ammettendo la risarcibilità solo del danno patrimoniale (*ex art. 2043 c.c.*) e del danno non patrimoniale (*ex art. 2059 c.c.*). Le due ipotesi si differenzierebbero, secondo la Corte, "in punto di evento dannoso, e cioè di lesione dell'interesse protetto"; infatti, mentre il danno patrimoniale sarebbe connotato dalla atipicità, in quanto l'ingiustizia del danno postulerebbe la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (40), il danno non patrimoniale risulterebbe caratterizzato dalla tipicità, in quanto risarcibile solo nei casi determinati dalla legge o a fronte della lesione di specifici diritti inviolabili della persona, riconosciuti dalla Costituzione.

Non è possibile, né è opportuno, in questa sede analizzare compiutamente i contenuti e la portata di una decisione così rilevante e densa di significati, com'è quella appena citata. Basti dire che, alla luce della posizione assunta dalle Sezioni Unite, la risarcibilità del c.d. danno complementare (*rectius* dei danni complementari) sarà possibile solo nei casi previsti dalla legge o quando il danno derivi dalla lesione di un interesse costituzionalmente rilevante; la nozione (solo descrittiva) di danno complementare comprenderà tutte quelle ipotesi in cui l'infortunio subito dal lavoratore in occasione dello svolgimento della propria attività produca, oltre ad un danno alla salute (c.d., ma solo a fini descrittivi, danno biologico, trattandosi comunque di danno non patrimoniale), anche la lesione di un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.), come la dignità (declinata, nel caso del lavoratore, ad esempio, in lesione della professionalità conseguente ad un demansionamento, *ex artt. 2, 4, 32 Cost.*) o il diritto al rapporto parentale (artt. 29 e 30 Cost.).

La risarcibilità di tale danno sarà subordinata alla prova della lesione subita dal lavoratore, essendo stata confermata dalla pronuncia *de qua* la natura di danno-conseguenza del danno non patrimoniale.

Non mi pare, invece, che si possano creare interferenze tra il danno non patrimoniale-complementare e il danno biologico indennizzato dall'INAIL ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38. Tutt'al più la statuizione delle Sezioni Unite consente di precisare che oggetto dell'indennizzo da parte dell'ente previdenziale, pur sempre nei limiti percentuali previsti dalla legge, è (solo) il danno conseguente alla lesione dell'integrità psicofisica del lavoratore, ovvero il danno conseguente alla lesione del bene-salute, così escludendo che in esso possa confondersi la lesione di altri interessi protetti dall'ordinamento non suscettibili di valutazione economica, che possono trovare ristoro attraverso le regole della responsabilità civile in quanto danni c.d. complementari.

Per quanto concerne, infine, il danno morale soggettivo, inteso come *pretium doloris*, esso, sempre secondo la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, scomparirebbe come voce autonoma di danno risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c., dive-

(40) Cass. 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.* 1999, I, c. 2487, c. 3201 nota CARANTA, FRACCHIA e ROMANO.

nendo parametro per valutare la gravità del danno non patrimoniale patito, per quanto qui interessa, dal lavoratore infortunato, e dunque parametro per la quantificazione del risarcimento spettante. La Corte ha affermato, infatti, che l'intensità e la durata della sofferenza "non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento". È evidente, peraltro, che la sofferenza subita dal soggetto leso non riuscirà ad incidere sull'entità dell'indennizzo erogato dall'ente previdenziale, il quale resterà parametrato ai punti di invalidità e quantificato in tabelle prestabilite, potendo influire unicamente sul *quantum* del risarcimento dell'eventuale danno biologico differenziale e dei danni complementari (non patrimoniali).

COSIMO SILVESTRO

Avvocato

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA DI PREVIDENZA ED ASSISTENZA SOCIALE

Sommario: 1. - Premessa: compiti statali e riserva costituzionale di legge. 2. - Incidenza del principio di legalità della Costituzione materiale e libertà dal bisogno. 3. - Principio di legalità e principio di libertà nella delegificazione in materia previdenziale ed assistenziale. 4. - Il principio di legalità e il potere amministrativo degli enti previdenziali ed assistenziali. 4.a) segue: Potere vincolato e diritti soggettivi a pensione e ad altre prestazioni non pensionistiche. 4.b) Potere discrezionale e interessi pretensivi. 4.b-bis) Interesse pretensivo ai sussidi straordinari di disoccupazione. 4.b-ter) Interesse pretensivo alla Cassa integrazione guadagni. 4.b-quater) Interesse pretensivo all'inquadramento ministeriale delle attività plurime inscindibili. 5. - Incidenza del diritto comunitario sul principio di legalità nell'ordinamento previdenziale, in particolare "gli aiuti" di Stato. 5.bis) Il principio di legalità e l'obbligo di recupero, legittimazione dell'INPS e suo possibile ruolo in ambito comunitario.

1. — Premessa: compiti statali e riserva costituzionale di legge

A parte la fase risalente dello Stato poliziesco della sicurezza, cui non era estraneo il mantenimento della pace sociale, nello Stato liberale e nell'attuale Stato sociale, i compiti della previdenza e dell'assistenza sociale hanno la funzione di soddisfare bisogni individuali dei cittadini.

Sia che si condivida l'idea di una forma di costituzionalizzazione forte del principio di legalità che presenti il potere pubblico come specificamente conferito e disciplinato per legge, oppure debole in cui il potere sia specificamente conferito ma non disciplinato od anche solo genericamente conferito con autorizzazione proveniente dalla legge o fonti ad essa equiparate o dai principi generali dell'ordinamento, sia che si condivida l'opinione dominante negativa di costituzionalizzazione nelle materie non coperte da riserva di legge con argomentazione a contrariis ex art. 23 cost. (1), stà comunque di fatto che i compiti della previdenza e dell'assistenza

(1) Vedi DOGLIANI, *In principio di legalità in alcune recenti formulazioni*, Relazione, par. 7, in Atti del 53° Convegno Nazionale di Studi amministrativi di Varenna (settembre 2007), su "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", Milano, 2008, in corso di pubblicazione; FOIS, *Legalità (principio di)*, EdD., Milano, 1973, 673 e ss.

sociali ai singoli, senza esclusione di famiglia, sono stati fissati dal Costituente (artt. 2, 3, 38 co.1° e 2°, e 31 co.1°) ed attribuiti ad organi ed Istituti predisposti od integrati dalla Stato.

Con l'attribuzione dei compiti la costituzione mentre poneva allo Stato ordinamento un vincolo circa le modalità del futuro sviluppo della previdenza e dell'assistenza, esprimeva una palese, per quanto implicita, riserva di legge per l'attribuzione del potere, non potendo esistere compiti statali costituzionali senza che l'amministrazione tributaria e cioè gli enti pubblici di previdenza e assistenza fossero investiti dalla legge dei necessari poteri funzionalizzati, come poi disposto dall'art. 1 co.1° legge n.241/1990 novellata, al perseguimento dei fini stessi della legge (2).

Come è evidente, tranne l'espressa indicazione costituzionale delle ipotesi di eventi oggetto del provvedere (non tassativi come rilevato dall'elaborazione successiva), nella individuazione ed attribuzione costituzionali dei compiti previdenziali ed assistenziali, il Costituente sottende la completa centralità della legge sia in ordine alla integrazione ed eventuale istituzione di nuovi organi od Istituti tributari dei compiti (come avvenuto ad esempio per l'Ipsema l'Inpg e l'Inpdap), sia in ordine all'investitura e al contenuto dei loro poteri, sia in ordine all'esercizio e alla doverosità degli stessi nello svolgimento degli atti amministrativi correlati alle posizioni soggettive dei singoli.

Pertanto si può ragionevolmente concludere che il Costituente abbia rimesso e riservato alla legge il disciplinare enti, poteri, eventi assicurativi e posizioni soggettive.

È noto che la Costituzione repubblicana in molte sue disposizioni ed anche nella specifica materia de qua formula delle indicazioni programmatiche destinate alla costruzione di *una società prefigurata* e tali disposizioni sono rivolte al legislatore che è vincolato non solo al rispetto del divieto di leggi contrarie ai valori sottesi alle disposizioni, ma anche e soprattutto ad attuare il programma di realizzazione della società prefigurata (3).

Nella costruzione della società prefigurata, il principio di legalità costituzionale si configura come norma direttiva imposta al legislatore ordinario di introdurre, nell'ambito di compatibilità con le scelte discrezionali del Parlamento, le prestazioni previdenziali ed assistenziali in modo da rendere praticabile, per un verso, il diritto ai *mezzi adeguati* alle esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità, disoccupazione involontaria e morte, nonché, peraltro verso, il diritto al mantenimento e all'assistenza degli inabili sprovvisti dei *mezzi necessari* per vivere; diritti, questi affermati, rispettivamente, dai co.2° e 1° del cit. art. 38 Cost.

Ma una volta costituita l'organizzazione amministrativa della previdenza e dell'assistenza, e disciplinati con legge i poteri e le prestazioni, il principio di legalità costituzionale si presenta anche come fondamento alla doverosità dei compiti di competenza degli enti tributari, legislativamente investiti dei concreti e dettagliati poteri di applicare detta disciplina e, previo accertamento positivo, di

(2) Per tutti i compiti in generale: TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato da parte dell'amministrazione*, Relazione, in Atti del 53° Convegno di Varenna ecc. cit.

(3) Cfr.: ROMAGNOLI, *Commentario della Costituzione*, sub art. 3, a cura di Branca, 1975.

riconoscere ed erogare le prestazioni. Detta operazione si pone nel programma della società prefigurata come presupposto del disegno di rimozione degli ostacoli impeditivi allo sviluppo umano indicato nell'art. 3 co.2° e reclamato dalle istanze sociali di partecipazione (4). Con l'ultima fase dell'operazione, cioè di applicazione delle leggi che prevedono le condizioni e i requisiti per il riconoscimento del diritto all'erogazione delle prestazioni previdenziali ed assistenziali gli enti attributari, partecipi della Repubblica, nel disegno di rimozione realizzano la soddisfazione delle esigenze di situazioni di bisogno conseguenti al verificarsi degli eventi assicurativi previsti dall'art. 38 co. 1° e 2°. Quindi l'applicazione delle suddette leggi, nelle loro fattispecie tipiche, è finalizzata alla libertà dal bisogno in chiave partecipativa.

Il principio di legalità nella sua tipizzazione dei poteri amministrativi degli enti previdenziali ed assistenziali è posto a tutela della libertà dal bisogno.

2. — Incidenza del principio di legalità della Costituzione materiale e libertà dal bisogno

Anche nella materia della previdenza e dell'assistenza sociali l'intervento della Corte costituzionale, allorché si sostanzia nell'annullamento di un divieto ovvero nella manipolazione rescrittiva del testo originario, additiva di regola o di principio, od anche nella sola interpretazione conforme, reca comunque l'espansione della tutela oltre i casi del testo originario. L'espansività della tutela è giustificata ora dalla parità di trattamento (art. 3 Cost.), ora dall'intangibilità della protezione o dell'adeguatezza (art. 38 Cost.), al fine ultimo di ripristinare la legalità costituzionale lesa dalla norma censurata. L'espansività della tutela, come effetto per così dire del giudicato costituzionale, comporta la conformità della disciplina alla costituzione materiale ed impone l'attuazione della legalità costituzionale agli operatori del diritto, giudici comuni e pubbliche amministrazioni.

L'esito applicativo della legalità costituzionale dipende dal contenuto precettivo della decisione. In caso di espansività recata dall'annullamento di un divieto, ovvero dalla regola introdotta dal giudice costituzionale e ricavata dal sistema e perciò autoapplicativa, le pubbliche amministrazioni previdenziali ed assistenziali possono farne applicazione al pari dell'autorità giurisdizionale. Ipotesi di espansività di questo tipo si sono verificate nell'annullamento delle norme che vietano l'integrazione al minimo di legge senza la copertura contributiva per più trattamenti pensionistici, oppure nell'estensione del trattamento previdenziale o assistenziale a soggetti o categorie non previ-

(4) Cfr.: Su tale disegno il denso insegnamento di BRECCIA, *Il principio di legalità nel diritto privato, Relazione*, par. 12, in Atti del 53° Convegno *ecc. ult. cit.*, proposto come limite e conformazione del potere, antidoto alla crisi della legalità ed *ivi nt. 16* dottrina in argomento; per altri rimedi alla crisi, diffusamente Vedi gli antidoti di MERUSI (*Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 24 ss.) del ritorno alla divisione dei poteri di cui sono sintomi la partecipazione e la propensione alla riserva costituzionale di amministrazione, nonché del contributo del diritto comunitario e degli attori dell'ordinamento nazionale, 34 e ss.

sti dalla norma denunciata (5).

Diversamente avviene dove la pronuncia della Corte è additiva solo di principio e viene lasciato ai giudici comuni e agli altri operatori in generale la possibilità ricavare dal principio la regola da applicare. Infatti nell'assicurazione facoltativa ed in quella della Mutualità pensione delle casalinghe è stato introdotto il principio della rivalutazione o adeguamento del valore nominale dei contributi ai fini del calcolo della pensione, senza fissarne la regola adeguatrice (6). Alla stessa maniera la Corte ha introdotto il principio di adeguamento della indennità di disoccupazione dei lavoratori agricoli subordinati, fissata (nella misura di 800 lire divenuta irrisoria) dalla norma denunciata e dichiarata incostituzionale, ma lasciando al legislatore la competenza a dettarne la disciplina, peraltro abilitando anche il giudice comune medio tempore all'individuazione della regola del caso concreto (7). È d'uopo sottolineare che l'attività posta in essere dai giudici e dagli operatori in genere, incaricati di ricavare dal principio introdotto la regola del caso concreto, costituisce "una sorta di un'operazione di giustizia costituzionale di necessità lasciata imperfetta dalla Corte e, però, per l'appunto, comunque bisognosa di essere portata a compimento" con l'aggiunta della regola, di efficacia vincolante per le sole parti in caso di regola ricercata dal giudice e di efficacia erga omnes, invece, in caso di regola prodotta dal legislatore in attuazione del principio aggiunto al testo di legge o introdotta dalla Corte stessa con decisione additiva anche di regola (8).

Ai fini della trattazione deve evidenziarsi che l'adempimento dei pubblici poteri, nel completamento dell'operazione di giustizia costituzionale, ogni uno per la propria competenza, costituisce applicazione del principio di legalità costituzionale vivente nascente dal verdetto della Corte; verdetto, questo, che comunque lo si voglia vedere e qualificare, reca di certo un giudicato facente carico al legislatore e agli altri operatori.

(5) Per ampi richiami di precedenti: CINELLI, *L'apporto della Corte costituzionale all'evoluzione del sistema delle pensioni*, Inform. Prev. 1987 (Supplemento spec.); Id., *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, RIDL., 1999, I°, 74 ss.; PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in "Lavoro: la giurisprudenza costituzionale", vol. I, Roma, 1987. Adde se del caso anche mio *Età pensionabile ed espansività del regime generale*, in AA.VV. (a cura di FERRARO E MAZZIOTTI), *Il sistema pensionistico riformato*, Napoli, 1994, 2 ss.; vedi anche C. cost. 23.3.191, n. 123, GC, 1991, di annullamento della norma (art. 17 legge n.1204/1971) nella parte escludente l'indennità di maternità per pat-timers in astensione iniziata oltre il 60 giorni dalla precedente fase di sospensione.

(6) Vedi C. cost. n. 141/1989 e n. 78/1993, Inform. Prev., rispettivamente, 1989, 771 e 1993, 373. Per completezza si rammenta che la regola è stata definitivamente fissata, poi, dal legislatore con l'art. 5 legge n.388/2000, rivalutando l'intero periodo di versamento ma con decorrenza degli incrementi pensionistici solo dal 1° gennaio 2001: regola risultata ragionevole applicazione del principio da C. cost. 19.1.2007 n. 3, G.C., 2007.

(7) Cfr.: C. cost. n. 497/1988, G.C., 1988, I, 2209 e C. cost. n. 295/1991, Ivi, 1991, 2391 peraltro dichiarativa di inammissibilità della questione già decisa prima; per altre fattispecie in tema sempre di previdenza, Vedi sentt. n. 277 e 421/1991, G.C., 1991, rispettivamente, 2191 e 3591; n. 88, n. 204 e n. 232/1992, Ivi, 1992, rispettivamente, 868, 1469 e 1799; n. 240/1994, Ivi, 1994, 1970.

(8) Cfr.: RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, Quaderni costituzionali (Forum), 2006, par.7, www.forumcostituzionale.it, Ivi nt 60 altra Op. dello stesso Autore.

Nell'attuazione del principio di legalità costituzionale, gli operatori del diritto (legislatore, giudici comuni e enti pubblici previdenziali e assistenziali), ogni uno nell'esercizio legittimo del proprio potere, svolgono come soggetti istituzionali della Repubblica la funzione di soddisfare, ove ricorrono i requisiti di legge, le situazioni di bisogno dei cittadini nella direzione della liberazione degli individui dal bisogno. Per tale maniera il principio di legalità costituzionale tende a coniugarsi col principio di libertà secondo la visione ormai condivisa dell'idea di solidarietà del Welfare State.

3. — *Principio di legalità e principio di libertà nella delegificazione in materia previdenziale ed assistenziale*

L'autorità amministrativa indipendente nel mercato viene a sostituirsi all'autonomia privata; con posizione per certi versi alquanto analoghi la delegificazione potrebbe sostituire la disciplina legislativa statale con potere regolamentare. La regolazione e la delegificazione, almeno quella INPS e INAIL (art. 10 legge n.48/1988), sembrano muoversi nell'ambito della libertà e dell'eguaglianza, onde si giustifica un loro raffronto alla luce del principio di legalità.

Secondo accreditata dottrina il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni ad autorità regolatrice per realizzare i presupposti di un mercato concorrenziale e la *par condicio* (libertà e eguaglianza), desumibili dalla Costituzione integrata dalla normativa comunitaria (9). Inoltre l'oggetto di regolazione è sempre e comunque predeterminato dall'ordinamento, non esercitando le autorità indipendenti una frazione della sovranità, come l'esecutivo tradizionale, sibbene una funzione di supplenza nei confronti della libertà economica; oggetto, questo, dei provvedimenti amministrativi di regolazione, diverso quindi da quello dei tradizionali atti amministrativi ed assunto nella prassi in provvedimento generale o particolare che impone ai privati partecipanti al contraddittorio concorrenziale il compimento di negozi giuridici, ovvero sostituisce detti negozi non posti in essere (10). La regolazione simula in cotale maniera una concorrenza inesistente dove il mercato non coniuga spontaneamente alla propria libertà anche le condizioni di eguaglianza.

Il principio di legalità applicato e connaturato al procedimento di delegificazione nella materia della previdenza e dell'assistenza evidenzia caratteristiche comuni rispetto alla regolazione delle autorità indipendenti e caratteristiche sue proprie che rappresentano un principio di legalità con effetti e struttura diversi.

Anche la delegificazione previdenziale ed assistenziale si sostanzia nell'attribuzione di un potere di regolazione (art. 10 legge n.48/1988) all'INPS e all'INAIL di rapporti od oggetti predeterminati dall'ordinamento nel suo complesso per la realizzazione di uno scopo od un effetto, che è quello di ridurre la sovrabbondante produzione legislativa, cioè di deregolare parte del settore pubblico della previdenza e dell'assistenza assegnandola alla fonte amministrativa-regolamentare.

La predeterminazione dell'oggetto caratterizza anche il procedimento di delegifi-

(9) Cfr.: MERUSI, *Sentieri interrotti ecc. cit.*, 71.

(10) MERUSI, *Op e loc. ult. cit.* 71 e 72.

cazione. Invero l'oggetto del provvedimento di deregolazione è sempre predeterminato dall'ordinamento, anzi le fattispecie generali oggetto di delegificazione previdenziale ed assistenziale sono partitamene indicate dalla fonte primaria ed il legislatore si premura anche di evitare che la competenza regolamentare dell'ente pubblico incaricato venga ad incidere nella sfera dei diritti soggettivi, ponendo il limite al potere amministrativo regolamentare di non invadere la sfera dei diritti soggettivi, garantiti costituzionalmente o dalla riserva di prestazione patrimoniale.

Nell'essenza della sua ratio il principio di legalità che sorregge il procedimento di delegificazione delimita e tipizza alcuni dei compiti attribuiti, e cioè quelli relativi agli atti dell'organizzazione interna degli uffici e delle procedure di accertamento, riscossione e accreditamento delle pretese contributive, nonché di liquidazione ed erogazione delle tutele; compiti, questi, tipizzati dal cit. art. 10 e finalizzati nella logica del *Welfare State* alla libertà dal bisogno dei cittadini, creando anche qui possibili condizioni di eguaglianza sostanziale per lo sviluppo e la partecipazione della persona umana.

Attre caratteristiche della delegificazione previdenziale si distanziano dalla regolazione.

Infatti a mezzo di atti statali sostitutivi di negozi la regolazione del mercato, diversamente dall'intervento pubblico in economia, non è coperta da riserva di legge della costituzione. Nel fissare i compiti statali previdenziali ed assistenziali agli organi ed Istituti, l'art. 38 della Costituzione non solo formula una riserva implicita per le tutele, ma indica alla legge anche i criteri di disciplina da attuare: mezzi adeguati e mezzi necessari (co. 2° e 1°). In ordine ai compiti attinenti specificamente al finanziamento dell'organizzazione amministrativa, non solo le parti delegificate, ma l'intera materia della previdenza e dell'assistenza è soggetta alla legalità della generale riserva di legge della prestazione patrimoniale (art. 23 Cost.).

La determinazione dell'oggetto, pur nella comune funzione di operatività nell'ambito della libertà, tipizza gli atti che possono essere oggetto di deregolazione e cioè quelli relativi all'organizzazione e alle procedure di finanziamento e di erogazione delle prestazioni; quindi l'oggetto della delegificazione non è costituito dal mercato, la disciplina regolamentare ha per oggetto i rapporti giuridici previdenziali di contributi e prestazioni, così come non si rivolge ai soggetti partecipi della concorrenza del mercato, essendo suoi destinatari gli enti pubblici competenti, i datori di lavoro ed i cittadini lavoratori, possibili soggetti titolari dei detti rapporti giuridici.

L'esercizio del potere regolamentare degli enti, incaricati della delegificazione, è destinato a deregolare parte del settore della previdenza e dell'assistenza pubbliche con provvedimento amministrativo e, quindi, svolge davvero una funzione sostitutiva, ma nei confronti del potere legislativo ponendolo al riparo dagli eccessi di normazione e concorrendo a realizzare condizioni di parità sostanziali (art. 3 co.2°) con la liberazione dal bisogno, nel disegno di rimozione degli ostacoli limitativi finalizzato allo sviluppo e alla partecipazione umana.

Come dire che non si rivolge al mercato, ma riveste l'idoneità di ridurre gli eccessi legislativi e di regolare con atti normativi generali le tutele e i contributi nella parti delegificate della materia nel rispetto del principio di legalità posto a presidio, in particolare, dei diritti soggettivi.

La delegificazione previdenziale ha, poi, una sua propria procedura che è autonoma rispetto sia alla regolazione dell'autorità indipendente del mercato, sia rispetto ad altre specie di deregolazione. Essa riguarda "leggi e regolamenti" che, nelle parti della materia delegificate, possono essere modificati da delibere dei Consigli di amministrazione degli Istituti (INPS e INAIL) adottate a maggioranza assoluta dei componenti in carica ed approvate dal Ministro del lavoro previa conforme delibera del Governo nel termine di 60 giorni. Le numerose riforme e riforme della riforma, che si sono susseguite in materia previdenziale, hanno reso non praticabile l'istituto della delegificazione.

Peraltro in materia di finanziamento dell'organizzazione della previdenza e dell'assistenza, dove forse si poteva risentire la necessità di calibrare nel tempo la misura dei contributi, il legislatore è intervenuto, al fine di assicurare l'equilibrio finanziario di tutte le gestioni, riconoscendo al potere regolamentare degli enti previdenziali la facoltà di calcolare le aliquote contributive in ragione delle risultanze di bilancio (art. 17 D.Lgs. n.503/1992; art. 1 co.5°, 11° e 34° e art. 3 co.1° e 11° legge n.335/1995) e di apportare direttamente modifiche alle agevolazioni contributive per le imprese del Mezzogiorno (art. 2 legge n. 21/1994).

4. — Il principio di legalità e il potere amministrativo degli enti previdenziali ed assistenziali

Una volta riconosciuto dalla legge all'ente la competenza di azione per la singola prestazione previdenziale ed assistenziale, si presenta all'esame il principio di legalità nel suo duplice profilo nodale di riferimento alla legge e al potere, profilo che ne condiziona la sua stessa definizione (11). Posto che nella materia abbiamo individuato la funzione del principio di legalità nel concorrere al disegno di rimozione degli ostacoli e la sua portata, invece, nell'associarsi al principio di libertà, per la definizione della legalità oltre che al generico collegamento col principio di sovranità popolare tipico della legge di qualsiasi oggetto, occorre distinguere tra potere discrezionale e potere non discrezionale in ordine alla competenza di azione amministrativa per la singola prestazione.

Val la pena ricordare che le attività del procedimento di liquidazione della prestazione previdenziale fino alla prima metà del secolo scorso erano soggette all'autorità amministrativa dell'ente previdenziale e, quindi, costituivano oggetto dell'esercizio di funzione estrinsecanti in atti amministrativi di calcolo e di quantificazione della prestazione, riservati pertanto alla competenza del potere amministrativo della Pa previdenziale. Perciò l'attività liquidativa rimase oggetto del potere amministrativo di accertamento dell'ente pubblico e, in ragione della divisione dei poteri, quindi, di esclusiva competenza dell'autorità amministrativa previdenziale.

Nella seconda metà del "900" si è andato consolidando anche in Italia l'idea del Welfare State, mentre l'introduzione del nuovo rito lavor-previdenziale del 1973 ha

(11) Profilo evidenziato lucidamente da TRAVI, *La presentazione del tema del convegno, Relazione di apertura*, par. 2 e 3, in Atti del 53° Convegno ecc. e loc. citt..

recato il modello di condanna al pagamento della prestazione giudizialmente liquidata e la liquidazione delle prestazioni previdenziali viene sottratta alla competenza esclusiva della Pa, perché formata da atti contabili di calcolo e di natura tecnica non necessariamente atti amministrativi, siccome privi di ogni discrezionalità sia amministrativa che tecnica e, comunque, disciplinati dettagliatamente dalla legge. Nell'ottica dell'idea dello Stato sociale collegata alla libertà dal bisogno nel disegno di rimozione degli ostacoli allo sviluppo umano, la liquidazione non poteva restare nel dominio del potere amministrativo, penalizzando l'effettività della tutela giudiziale nonostante la natura alimentare del diritto tutelato.

Le esigenze alimentari sottese alla garanzia della tutela giudiziale, con la riforma del rito lavor-previdenziale, hanno reclamato un'effettività della situazione giuridica riconosciuta dal giudice; effettività, questa, che è alla base della libertà dal bisogno verso cui solo un diritto suscettibile di concreta esecuzione può essere diretto e tentare di soddisfarla. Il grado di effettività della tutela giudiziale costituisce la misura della libertà parametrata al bisogno: più la pretesa è suscettibile di realizzazione e maggiore è la sua idoneità a ridurre o soddisfare il bisogno, conseguentemente più ampi sono i margini di libertà.

Attualmente dall'ordinamento è affidata, pur se poco praticata, anche al giudice della sicurezza sociale l'attività di liquidazione e, quindi, di quantificazione della prestazione. L'effettività della tutela nell'attuale rito del lavoro può prendere la forma di sentenza non solo e non più meramente dichiarativa del diritto, ma di riconoscimento di previa quantificazione e di condanna del diritto effettivo e concreto di prestazione (coordinato disposto degli artt. 442, 429 co.3° e 431 co. 1° e 2° c.p.c.). Siccome attività vincolata e non discrezionale in quanto i criteri di calcolo della prestazione previdenziale ed assistenziale sono previsti e predeterminati dalla legge, anche l'attività di liquidazione giudiziale costituisce, perciò, attività di applicazione dei detti criteri e, quindi di esecuzione della legge. Com'è evidente il principio di legalità, che regge e fonda anche l'effettività del diritto idonea a soddisfare bisogni, si presenta funzionale al principio di libertà.

4.a) segue: Potere vincolato e diritti soggettivi a pensione e ad altre prestazioni non pensionistiche

L'ipotesi della legge parametro dell'esercizio del potere amministrativo, conferito e specificamente disciplinato dalla legge, non discrezionale e, quindi, pressoché burocratizzato e integralmente configurato come attuazione ed esecuzione della legge (12), ricorre nell'area delle prestazioni costituite dalla legge nella loro veste di diritti soggettivi perfetti in materia delle singole prestazioni di pensione ai lavoratori e di quella agli invalidi civili, di indennità di accompagnamento (art. 17 legge n.118/1971 e art. 1 legge n. 18/1980 e mod. e integr.), di indennità di mobilità (artt. 6 co.1° legge n.223/1991 e 4 D.Lgs. n. 469/1997 mod. e integr.), di sussidi o indennità

(12) Vedi in generale, come potere calcolabile e prevedibile, DOGLIANI, *Il principio di legalità in alcune ecc. e loc. citt.*, Relazione, par. 5b.

per lavori socialmente utili (artt. 14 legge n.451/1994, 2 co.24° legge n.549/1995 e 1 legge n.608/1996 e mod. e integr.), di indennità ordinaria di disoccupazione (artt. 7 legge n.160/1988 e 1 legge n.169/1991 mod. e integr.), di trattamenti speciali di disoccupazione nell'edilizia e nell'agricoltura (artt. 4 e 22 co.7° e 8° legge n.223/1991), ed infine di prestazione integrativa della retribuzione o pensione con gli assegni familiari e l'assegno al nucleo familiare (Dpr. n.797/1995 e artt. 1 e 2 legge n.153/1988).

Detti suindicati diritti nascono direttamente ex lege al verificarsi dei requisiti e presupposti previsti dalla legge stessa. Il potere amministrativo dell'ente previdenziale e assistenziale è limitato all'accertamento della ricorrenza dei presupposti e requisiti dell'atto amministrativo di riconoscimento o meglio di ammissione o di certazione del diritto alla prestazione di natura meramente dichiarativa.

Una volta previsto, disciplinato ed esercitato il diritto oggetto del riconoscimento, la tutela diventa irreversibile *nell'an* e *nel quantum* ed il legislatore non può abrogare la relativa disciplina legislativa e sopprimere le posizioni soggettive dei diritti in essere, potendo *in peius* modificarla e ridurre la misura dei relativi diritti solo in maniera graduale e nel rispetto della ragionevolezza della norma riduttiva, considerato peraltro che anche la disposizione riduttiva, politicamente opportuna, non si sottrae, ferma l'insindacabilità della discrezionalità legislativa (art. 28 legge cost. n.87/1953), al controllo di costituzionalità per quel minimum di razionalità necessario a dare fondamento di ragionevolezza alla norma (13). Si parla a ben vedere in queste fattispecie di diritto soggettivo rafforzato (14). Analogamente, sia per la sua vincolatività rispetto al potere amministrativo dell'ente pubblico, sia anche per il forte limite nei confronti del potere legislativo, il principio di legalità presenta nella sua intensità la propria veste di principio di *legalità rinforzata*.

4.b) Potere discrezionale e interessi pretensivi

L'ipotesi che la legge non sia parametro ed attribuisca solo il potere per singole ipotesi espressamente individuate, ma specificamente non sia disciplinato il *come del potere* viene esercitato e cioè l'an dell'atto amministrativo (15), può prospettarsi negli atti provvedimentali, posti in essere anche come manifestazione dell'autotutela decisoria, nei quali la Pubblica Amministrazione competente opera di certo in un'area disciplinata e coperta dal principio di legalità. Ma la legalità regola solo ipotesi individuate dalla normativa della materia e, quindi, l'oggetto dell'esercizio del suo potere, nonché le forme e cioè le procedure attraverso le quali esso potere si concreta e si manifesta. Invece è rimesso alla discrezionalità, di regola amministrativa e a volte anche tecnica, il come esercitare il potere con l'estrinsecazione dei singoli provvedimenti su richiesta degli interessati.

(13) In generale, Cfr.: ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1982*, G.C., 1982, I, 684.

(14) PERSIANI, *Com. della Cost. cit.*, sub art. 38 a cura di Branca; MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 2001.

(15) In generale, DOGLIANI, *Il principio ecc. e loc. citt.*, *Relaz. cit.* par. 5c.

È stato giustamente evidenziato che la dequotazione delle regole sui vizi formali può mettere in pericolo il contenuto minimo che una norma deve soddisfare per conformare l'azione amministrativa al principio di legalità (16) e che, poi, in particolare la sec. par. dell'art. 21 *octies* legge n. 241/1990 integrata dall'art. 14 legge n.15/2005 consente, anche in presenza di potere discrezionale, alla Pa di violare la legge sull'avvio del procedimento (17). Ora mentre per un verso deve rammentarsi che l'avvio del procedimento non si applica "ai procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali" (art.10 *bis* legge n.241/1990 aggiunto dall'art.6 legge n.15/2005), si assiste invece peraltro all'inutile reiterato annullamento giurisdizionale di provvedimenti discrezionali reiettivi di cassa integrazione ordinaria dovuto agli altri vizi formali (motivazione e istruttoria) e alla creazione di una sorta di storia infinita della demolizione senza che il merito dell'interesse pretensivo al bene della vita venga mai esaminato, con evidente aberrante esecuzione-applicazione della legge.

Le situazioni giuridiche di manifestazioni del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione in materia sono costituite dagli interessi pretensivi ai sussidi straordinari di disoccupazione, alla cassa integrazione guadagni e all'inquadramento previdenziale dei datori di lavoro.

4.b-bis) Interesse pretensivo ai sussidi straordinari di disoccupazione

I sussidi assistenziali sono una tutela residuale, perchè previsti solo in favore dei lavoratori privi dei requisiti assicurativi e contributivi per il diritto all'indennità ordinaria (art. 1 legge n.533/1959), e sono rimessi alla piena discrezionalità insindacabile del Ministro del lavoro di concerto col Tesoro in oggi Ministero dell'Economia e Finanze, sia nell'an, sia nel quando, sia nella destinazione territoriale e di categoria dell'intervento (artt. 36 e 37 legge n.264/1849 e 1 legge n.533/1959). Data l'intensa discrezionalità qui il principio di legalità viene in rilievo solo come possibile controllo costituzionale su quel minimum di razionalità necessario a dare fondamento di ragionevolezza alle scelte insindacabili della legge di delegare al decreto interministeriale di concerto.

Nella sede della giurisdizione comune, oltre che sul controllo dei limiti interni e delle regole di esercizio del potere discrezionale, il principio di legalità potrebbe sostanzarsi anche nella non delegabilità (ad altri organi) del potere ministeriale di individuare la crisi tutelabile, il territorio e la categoria da beneficiare, a fronte del silenzio in punto della legge e della valutazione elusivamente di politica governativa della scelta dell'intervento.

(16) Cfr.: TRAVI, *La presentazione ecc. cit.*, *Relazione*, par. 3.

(17) In punto considerazioni di FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, *Dir. proc. amm.*, 2006, n. 1, 30 e ss., anche ai fini risarcitori e del dubbio di costituzionalità.

4.b-ter) Interesse pretensivo alla Cassa integrazione guadagni

Sorto come istituto di tutela sociale con funzione tipicamente previdenziale, la cassa integrazione guadagni è stata, sempre più ed anche attualmente, utilizzata come strumento polifunzionale di politica economica, idoneo con i propri interventi a soddisfare, oltre i bisogni dei lavoratori, molteplici interessi ed esigenze di volta in volta previsti dalla legge. Il provvedimento costitutivo di ammissione alla tutela, sia della cig ordinaria da parte degli organi collegiali competenti dell'INPS (artt. 5 dl. Cps. n.869/1947 e 1 legge n.164/1975 e mod. e integr.), sia della cig straordinaria da parte del Ministero del lavoro (artt. 3 legge n.1115/1968 e 1 legge n.164/1975 successive mod. e integr.), costituisce espressione di ampia discrezionalità politica della Pa. Anzi nell'integrazione straordinaria alla meritevolezza politica dell'intervento, già accentuatasi per l'inclusione di cause integrabili anche interne all'assetto del mercato o dell'azienda (ristrutturazione, riconversione, crisi sociale) che non presuppongono una ripresa, si è associata anche la meritevolezza del programma di ripresa dell'attività aziendale come requisito della richiesta d'intervento; requisito rimesso in un primo momento all'esame della discrezionalità tecnica del Cipi (artt. 1 co.1° e 2° e 2 co.5° legge n.675/1977), di poi accentrato alla stessa discrezionalità del provvedimento di ammissione del decreto costitutivo ministeriale, espressione perciò di discrezionalità al tempo stesso amministrativa e tecnica.

Va sottolineato il rilievo che il requisito di legge del programma per ogni domanda di ammissione alla Cigs *per qualsiasi causa integrabile* (art.2 legge n.223/1991), come tipizzazione del potere amministrativo costitutivo, per un verso estende l'area di operatività dell'intervento straordinario anche a cause interne all'assetto del mercato o dell'azienda, ma peraltro verso delimita il potere discrezionale che il complesso dell'Amministrazione pubblica previdenziale esercita. Infatti la discrezionalità tecnica di valutazione del programma comporta una scelta o decisione sindacabile dal giudice amministrativo con lo strumento dell'eccesso di potere in maniera più penetrante del sindacato sulla discrezionalità amministrativa (18).

4.b-quater) Interesse pretensivo all'inquadramento ministeriale delle attività plurime inscindibili

Normalmente la situazione giuridica dell'inquadramento previdenziale del datore di lavoro di svolgere la propria attività in un dei settori tipici di cui ai commi 1° e 2° dell'art. 49 legge n.88/1989, costituisce diritto soggettivo esplicazione e specificazione della più ampia libertà di iniziativa economica. Invece il comma 3° pr. par. dispone il ricorso all'aggregazione per le residuali attività plurime, costituenti ciclo unico integrato e complesso per esercizio unico di attività di norma tipiche per il comune fine

(18) Cfr.: Ad. Plen. 24.11.1989 n. 16, FA., 1989, I, 1305, parte motiva; C. St. sez. IV 20-12-1997 n. 12129, FI., 1998, III, passim, parte motiva, 45 e 46 ed ivi altri richiami; PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasformazione della sovranità*, Studi in onore di F. Benvenuti, Modena, 1996, Vol. 4, 1413 ss.; per atti limitativi e per sindacabilità di merito della discrezionalità dei decreti ministeriali Cigs.: SILVESTRO, *Gli interessi legittimi nel diritto previdenziale ed assistenziale*, Rass. Amm. San., 1999, n. 1, 33 ss., passim 37 ss.

economico di produzione o di scambio.

La norma del cit. co.3° ha natura di norma di azione, attributiva e delimitativa della competenza al Ministro del lavoro di aggregare le attività plurime ad una dei settori tipici. Onde per l'attività plurime, diversamente dagli altri sei settori di attività inquadrabili previsti dall'art.49 cit., la situazione inquadrabile si configura come interesse legittimo. In conformità alla riforma del 1989 l'interesse pubblico primario del decreto ministeriale di aggregazione è quello di conseguire, con l'individuazione del settore attribuito, la certezza delle situazioni inquadrabili con gli affetti previdenziali ed assistenziali connessi. Eventuali ulteriori interessi compresenti nella fattispecie vanno pure valutati, considerando che la discrezionalità non ha quella particolare intensità esaminata in ordine al potere di ammissione alla cig., trattandosi non di incidere sul mercato del lavoro, ma solo di semplificare la pluralità delle attività inscindibili riducendole ad un unico settore, al fine della certezza sottesa alla riforma dell'"89" dell'inquadramento previdenziale.

La *reductio ad unum* del procedimento di aggregazione avviene con valutazione tecnico-discrezionale dell'organo ministeriale orientata dal criterio della prevalenza delle attività esercitate e, in caso di sua inapplicabilità, da quello dell'affinità ove nelle plurime affluisca un'attività davvero prevalente, però non tipica.

Mancando nella disciplina aspetti vincolanti del potere discrezionale aggregativo riconosciuto all'organo ministeriale, i criteri di valutazione per la formulazione dei giudizi di prevalenza e di affinità sono attinti dai principi e regole della disciplina dell'organizzazione e tecnica aziendali o di quella dell'economia aziendale. Scarso apporto può trarsi dai criteri giuridici perché la disciplina codicistica non contiene la definizione di più attività inscindibili (artt. 2082 2083 e 2195 cc.), riguarda l'imprenditore come complesso aziendale in movimento e non l'azienda in senso statico e comunque i settori di attività tipiche di diritto comune (industria, commercio e agricoltura) non coincidono affatto con i settori tipici della disciplina speciale dell'art. 49 legge n.88/1989.

Perciò tra più principi o regole disponibili nelle discipline tecniche e scientifiche per la formulazione dei concetti di prevalenza e di affinità, deve riconoscersi, alla discrezionalità amministrativa del potere aggregativo, quantomeno la scelta della regola o principio tra quelli disponibili da ritenersi come il più idoneo agli interessi da soddisfare col provvedimento ministeriale, anche eventualmente di autotutela decisoria. La sinacabilità di tale scelta con lo strumento dell'eccesso di potere dà contezza della presenza della copertura del principio di legalità anche in questa attività espressione dell'esercizio del potere di discrezionalità tecnica (19).

Il titolare dell'intrapresa economica esercente attività plurime inscindibili vanta un interesse legittimo a che l'esercizio di dette attività riceva il giusto inquadramento dovuto, cioè che il decreto ministeriale di aggregazione relativo alle dette attività risponda ai criteri di legittimità comprensiva anche delle ragioni di merito dell'atto e, quindi, rispetti comunque il principio di legalità formale, essendo il contenuto del provvedimento non predeterminato dal cit. art. 49 co.3° legge n.88/1989. Deve ricordarsi che le ragioni di

(19) Vedi Ad. Plen. n. 16/1989 e C. St. 12129/1997 e *loc. cit.*; C. St. sez. IV 12.12. 1996 n. 1299, FA., 1996, 3227; Id. Sez. VI 3.3.1997 n. 382, FA., 1997, n. 3, 829; sulla discrezionalità tecnica vedi BASSI, *Note sulla discrezionalità amministrativa*, AA.VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, 1995, 49 ss.; GALLETTA, *La discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, RIDP Comun., 1994, 142, anche con riguardo al diritto tedesco.

merito dell'atto amministrativo ormai sono scomparse come figura autonoma per essersi trasformate in altrettante ipotesi di vizi di legittimità a seguito dell'evoluzione giurisprudenziale della costruzione dell'eccesso di potere come vizio di legittimità e sulla conversione dei vizi di merito in altrettante forme di eccesso di potere (20).

Il principio di integrazione, poi, allorchè apporta "interessi ambientali" comporta un incremento nella determinazione legale che è destinato ad ampliare, anziché restringere la discrezionalità del procedimento decisionale della Pa (21). Nel caso della decisione ministeriale di aggregazione e riconduzione delle attività plurime inscindibili ad un settore tipico, i criteri aggregativi, non formulati esplicitamente ma sottesi dall'apertura della norma (art. 49 co.3° pr. par. legge n.88/1989) a concetti non definiti, siccome principi e regole di natura tecnica si prestano a delimitare l'operatività dell'esercizio del potere discrezionale. Peraltro nell'ambito dell'esercizio del potere la parte di discrezionalità tecnica del decreto di aggregazione è sindacabile, diversamente dal comune accertamento tecnico, con lo strumento dell'eccesso di potere in maniera più penetrante rispetto al sindacato sulla discrezionalità amministrativa, evidenziandosi come il principio di legalità formale, applicato al procedimento aggregativo, neppure sotto l'aspetto della discrezionalità dell'atto abbia a subire tolleranza per la integrazione della norma aperta, potendo la scelta tra i principici o regole disponibili essere oggetto di sindacato giurisdizionale.

Se mai a subire tolleranza il principio di legalità si troverà costretto dalla cd. natura delle cose, esposto cioè dall'inevitabile apertura ad indefinibili concetti o categorie della scienza, della tecnica o dell'economia, ad accoglierli nel proprio grembo per individuare la paternità di una pluralità di attività inscindibili. Nel rendere applicabile un principio o una regola della scienza non giuridica la decisione amministrativa reca una deroga al principio di legalità, pur se consentita, ma abdicativa della legge e, quindi, al principio di sovranità popolare, partecipando al fenomeno di riduzione della competenza legislativa e di trasformazione ed erosione della sovranità (22)

5. — *Incidenza del diritto comunitario sul principio di legalità nell'ordinamento previdenziale, in particolare "gli aiuti" di Stato*

Forse dell'incidenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo interno più marcata e pure maggiormente messa in evidenza dalla dottrina ed anche dalla stampa, è quella attinente al patto di stabilità, non fosse altro perché ogni fine anno lo Stato con lo stesso è chiamato a fare i conti nella finanziaria.

Almeno per quello che è l'aspetto preminente e comunque non occasionalmente legato al solo evento di conflitto da risolvere (com'è il caso della Sentenza Francovich, Corte Cee, 19 novembre 1991 C.6-9/90, i cui effettivi sono si riprodotti nel nostro ordinamento), ma costituente disciplina durevole e di applicazione anche retroattiva,

(20) Cfr.: per tutti FENUCCI F., *Il controllo di merito: una specie in via di estinzione*, Studi in onore di Benvenuti ecc. cit., Vol. 2, *passim*, 756.

(21) SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio d'imparzialità*, in Atti del 53° Convegno Nazionale ecc. e loc. cit., par. 9 e nt. 92 e 93 dottr. cit.

(22) Tale fenomeno vedi: PREDIERI, *Le norme tecniche ecc.*, e loc. cit.

deve ricordarsi la discussa decisione della Commissione Europea dell'11.5.1999: Decisione 2000/128/C (GUCE, 15 febbraio 2000, 42, L., p. 1). Si premette che l'art. 87 par. 1 Tratt. CE (ex art. 92 Tratt.), vieta, per il loro effetto distorsivo della concorrenza, gli aiuti statali sotto qualsiasi forma alle imprese e che l'art. 88 ne vieta anche la concessione nazionale senza l'autorizzazione della Commissione.

Anche se sostanzialmente le istituzioni comunitarie, Commissione Europea compresa (23), sono più ispirate alla teoria correttiva Keynesiana che a quella liberista dei macroeconomisti, tuttavia con la succitata decisione la Commissione ha dichiarato che gli aiuti concessi dall'Italia (per i contratti di formazione e lavoro ex art. 3 legge n.863/1984 succ. integr. e modif. e per la loro trasformazione a tempo indeterminato ex art. 15 legge n.196/1997) senza la condizione del previsto incremento occupazionale sono incompatibili col mercato unico, con obbligo dello Stato italiano di provvedere al recupero. La decisione è stata confermata dalla Corte di Giustizia (24)

Per poter esaminare gli effetti dell'obbligo di recupero degli aiuti in questione occorre premettere che la Corte costituzionale, in conformità alla tesi dualista, aveva in un primo momento giustificato il primato del diritto comunitario e gli effetti diretti con le limitazioni alla sovranità e non con la gerarchia delle fonti, ponendo il controlimite insuperabile dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana (25). Il controllo di tale controlimite era rimesso all'esame della stessa Corte che giudicava della validità o meno dell'atto comunitario lesivo del controlimite.

In un'ulteriore fase di maturazione del proprio pensiero la Consulta ha poi stabilito che il diritto comunitario, sia anteriore che successivo, abbia prevalenza applicativa rispetto al diritto interno di ogni ordine e grado anche costituzionale (26), a condizione che la questione trattata riguardi materia attribuita dal Trattato CEE alla competenza esclusiva di organi comunitari, non contrasti con i principi fondamentali costituzionali e non leda i diritti inalienabili (27). Per tal modo, aderendo alla tesi monista e lasciando in ombra l'idea della pluralità degli ordinamenti e la vetera visione dell'origine patrizia internazionale delle norme comunitarie, la Consulta assume nel sistema dell'ordinamento il diritto comunitario come fonte primaria e, da tale punto di vista, ne valorizza il primato giudicando come prevalente l'applicazione diretta della norma comunitaria, senza limitarsi alla sola disapplicazione della norma interna viziata per contrasto a disposizione comunitaria.

La stessa giurisprudenza anche delle Sezioni Unite, sulla base del presupposto delle caratteristiche connotanti il loro contenuto precettivo (obbligo chiaro e preciso, incondizionato e vincolante-non discrezionale, già individuato dalla nota Sentenza Cee Francovich), ha riconosciuto l'efficacia diretta delle norme comunitarie primarie (trattato) o derivate (direttive e decisioni) nel diritto interno, formulando schematicamente

(23) Vedi DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale*, Dir. Un. Eur., 2005, 1.

(24) Cfr.: Sentenza Corte CEE 7.3.2002, Causa C. 310/99, par. 100-101.

(25) Vedi C. Cost. n.98/1965, C. Cost. n. 2246/1968, C. Cost. n. 232/1989 e C. Cost. n. 168/1991.

(26) Cfr.: C. Cost. n. 117/1994.

(27) Vedi C. Cost. n.170/1984 e C. Cost. n.238/2002; nell'ottica monista, anche se nel rapporto Stato-Regione, C. Cost. n. 14/2004.

il principio che dette norme “debbono essere giuridicamente trattate dagli Stati membri *come diritto nazionale prevalente su quello interno* - di ogni ordine e grado anteriore o successivo - con esso collidente” (28). Opportunamente viene omissis il riferimento all’ordine e grado costituzionale, rientrando l’eventuale conflitto nella competenza della Corte costituzionale.

Dopo la premessa degli orientamenti della Consulta e del Giudice di legittimità, ritornando all’obbligo imposto allo Stato italiano di recuperare gli aiuti incompatibili - costituente oggetto della tematica del principio di legalità in materia previdenziale - deve aggiungersi che la soppressione di un aiuto mediante il suo recupero è la logica conseguenza dell’accertamento della sua illegittimità e che tale conseguenza non può dipendere dalla forma in cui l’aiuto è stato concesso (29). Ciò rende irrilevante l’eventuale circostanza di aver solo comunicato agli organi comunitari, senza averne peraltro ricevuta autorizzazione, un progetto di agevolazioni contributive per la formazione nei rapporti di lavoro.

Nell’obiettivo della tutela del libero mercato e in ordine all’inderogabilità dell’obbligo di recupero degli aiuti incompatibili si è consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il principio che la “misura nazionale che prescriba la restituzione di un aiuto in esecuzione di una decisione della Commissione è illegittima solo in quanto sia in contrasto con una norma di diritto comunitario...pertanto il principio della certezza del diritto, del legittimo affidamento e della proporzionalità non possono ostare ad una misura del diritto interno volta all’esecuzione di recupero” (30).

5.bis) *Il principio di legalità e l’obbligo di recupero, legittimazione dell’INPS e suo possibile ruolo in ambito comunitario*

Si può allo stato affermare che col contributo sia della Consulta e del Giudice di legittimità, sia della Corte di Giustizia Europea, si è attuato nel nostro ordinamento il processo di costituzionalizzazione dell’ordinamento comunitario e si va realizzando la tendenziale effettività ed uniformità di interpretazione ed applicazione del diritto comunitario.

Per quanto attiene più in particolare agli aiuti incompatibili col libero mercato, il recupero imposto allo Stato italiano scaturisce come effetto del principio di legalità comunitaria, visto giustamente come principio che integra la legalità formale e sostanziale vigente nei singoli Stati e che consegue l’effetto omogeneizzante della tipizzazione dell’azione amministrativa che costituisce l’essenza della legalità stessa (31).

Con la comparsa del concetto di aiuto di Stato e, principalmente, con l’elaborazione che il relativo divieto ha ricevuto nella giurisprudenza e nella prassi della Comunità europea, può affermarsi che, oltre che alla tipizzazione di un’azione ammi-

(28) Cfr.: Cass. SS.UU. n. 17564/2002; anche Cass. n. 24065/2006 per l’efficacia diretta orizzontale.

(29) Cfr.: Corte Cee 1 aprile 2004 C-99/02.

(30) Cfr.: Corte Cee 12 dicembre 2005 C-148/99, pr. 100-101; Id. 23 febbraio 2006 C-346 e 529/03; Id. 11 aprile 2004 C-138 e 187/02; Id. 29 aprile 2004 C-91/01; Id. 20 settembre 1990 C-5/89. Vedi anche Tar Lazio Sez.2° 11 gennaio 2005, n. 167.

(31) Vedi MERUSI, *Sentieri ecc. cit.*, 14 e 15.

nistrativa comunitaria, nell'applicazione del diritto interno il principio comunitario di legalità negli aiuti di Stato sembra destinato non tanto ad attuare la sovranità secondo la visione monista dell'ordinamento, sibbene più diretto a tutelare la libera concorrenza del mercato e ad evitare atti suscettibili di alterarne il corretto e regolare funzionamento, idea "fondante" della stessa istituzione della Comunità Europea.

Se così è deve concludersi che il recupero dell'aiuto di Stato, concesso alla formazione nei rapporti di lavoro senza l'incremento occupazionale, si pone come ulteriore conseguenza del principio comunitario di legalità, che sanziona d'illegittimità l'aiuto incompatibile (art. 87 Tratt. U.E. ex 92 tratt.CE) e che integra il principio di legalità nazionale, e, con ciò stesso, si propone il ripristino del corretto funzionamento del libero mercato messo in pericolo da atti distorsivi. Di converso, il mancato recupero degli aiuti incompatibili col mercato avallerebbe la permanenza degli effetti distorsivi alla libera concorrenza.

Il risultato dell'elaborazione del contributo concorde della Corte costituzionale, della Corte Cee e delle Sezioni Unite della Cassazione si sintetizza nel punto che l'efficacia diretta del diritto comunitario nell'ordinamento interno può conseguire effetti anche orizzontali, creando diritti ed obblighi nell'ordinamento previdenziale nei confronti dei singoli, perciò senza uno specifico processo di adattamento del diritto interno a quello comunitario.

Fatta tale premessa conclusiva può affermarsi la legittimazione dell'INPS a procedere al recupero degli aiuti illegittimamente concessi, atteso che secondo l'orientamento della Corte di Giustizia (32), l'opera di recupero degli aiuti indebiti, oltre che dallo Stato membro, può essere condotta anche "attraverso altro Organo" e, quindi, da ente pubblico nazionale incaricato del compito statale di previdenza ed assistenza. Ma indipendentemente dall'interpretazione della giustizia comunitaria, la Decisione della Commissione 2000/128, che ha dichiarato incompatibili gli aiuti concessi senza incremento occupazionale, imponendone il recupero, dispone letteralmente "La Repubblica italiana è destinataria della presente decisione". Quindi non genericamente lo Stato italiano, sibbene la Repubblica che, secondo la concezione della Costituzione, comprende tutte le istituzioni pubbliche operanti nell'ordinamento secondo le rispettive competenze e, quindi, anche gli enti pubblici nazionali.

Una riflessione sul ruolo dell'INPS sorge di fronte alla sua legittimazione all'azione amministrativa e all'eventuale azione giudiziale di recupero degli aiuti de quibus, nonchè all'inderogabilità dell'obbligo diretto di esso ente nei confronti dell'istituzione della Comunità Europea, il quale in quanto organo della Repubblica è destinatario della Decisione della Commissione. Non sarebbe azzardato raffigurare un nuovo ruolo dell'Ente quale soggetto attore nell'ambito della Comunità, nelle ipotesi in cui gli aiuti statali abbiano a sostanziarsi in decontribuzioni previdenziali oppure in altre facilitazioni contributive, in conseguenza anche degli effetti orizzontali prodotti dall'efficacia diretta della norma comunitaria, pacificamente riconosciuti da precedente di cassazione nell'analogo materia fiscale (33).

(32) Cfr.: Corte Cee 4 aprile 1995 C-348 e 350/93.

(33) Vedi Cass. n. 24065/2006.

NOTE A SENTENZA

Processo civile - Prova - Verbali ispettivi - Efficacia probatoria - Limiti.

Processo civile - Prova per testimoni - Contrasto con le dichiarazioni rese agli ispettori INPS - Conseguenze.

Corte di Appello di Venezia, Sez. Lavoro - 20.11.2007/25.01.2008, n. 663/07 - Pres. Santoro - Rel. Sorgi - D. D., C. s.r.l. (Avv.ti Rossi, Miazzi) - INPS (Avv. Attardi) (*)

I verbali ispettivi hanno valore di piena prova, sino a querela di falso, dei fatti che il pubblico ufficiale attesti avvenuti in sua presenza o dei fatti da lui compiuti. L'efficacia di piena prova non si estende al contenuto intrinseco delle dichiarazioni rese ai pubblici ufficiali.

In caso di divergenza tra dichiarazioni rese in sede ispettiva e dichiarazioni rese dagli stessi soggetti nel corso della prova testimoniale, si può attribuire maggiore attendibilità alle prime perché rese con maggiore immediatezza e spontaneità rispetto ai fatti dichiarati, qualora non risulta alcuna ragione idonea a giustificare la divergenza.

(*) La sentenza è stata pubblicata su "Informazione Previdenziale" n.1/2008 pag. 216.

**BREVI CENNI SULLA EFFICACIA PROBATORIA
DEI VERBALI ISPETTIVI**

1. — L'Istituto Nazionale Previdenza Sociale (INPS), sulla base di un verbale di accertamento ispettivo, dal quale risultava la mancata regolarizzazione contributiva di alcuni dipendenti, emetteva ordinanza-ingiunzione ed intimava il pagamento di una sanzione pecuniaria.

La società a responsabilità limitata ed il suo legale rappresentante proponevano opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione.

Successivamente, l'INPS emetteva altra cartella, sulla scorta del medesimo verbale di accertamento, per il pagamento dei contributi omessi, avverso la quale la società proponeva nuova opposizione.

Le due cause venivano riunite dal Tribunale di Venezia ed istruite attraverso l'au-

dizione dei testimoni, i quali rendevano dichiarazioni divergenti rispetto a quelle rese in sede ispettiva.

Il Tribunale di Venezia accoglieva le due opposizioni ed annullava l'ordinanza-ingiunzione e la cartella esattoriale.

Il giudice di primo grado basava la decisione sull'esito della prova per testi ed affermava che la prova per testi prevale in ogni caso sul contenuto delle dichiarazioni risultanti dai verbali ispettivi.

Avverso la decisione del tribunale, l'INPS proponeva appello.

Con la decisione annotata, la Corte di appello di Venezia, in riforma della sentenza di primo grado, rigetta le opposizioni proposte dalla società e dal suo legale rappresentante.

In motivazione, la Corte di appello richiama la costante giurisprudenza della Corte di cassazione, che assegna ai verbali ispettivi valore di piena prova sino a querela di falso dei fatti attestati dal pubblico ufficiale come da lui compiuti o avvenuti in sua presenza.

La Corte di appello aggiunge che, nella valutazione della prova per testimoni, il giudice è tenuto a verificare le eventuali divergenze tra le deposizioni assunte in giudizio e le dichiarazioni risultanti dai verbali ispettivi. Il dovere del giudice di valutare la prova per testi con prudente apprezzamento comporta il potere di disattendere l'esito della prova testimoniale nel caso in cui la deposizione non sia attendibile, e ciò si verifica quando vi siano divergenze che non trovano valida giustificazione.

In questo caso, continua la Corte di appello, il giudice deve attribuire prevalenza alle dichiarazioni contenute nei verbali ispettivi, poiché raccolte spontaneamente e nell'immediatezza dei fatti.

2.— Il tema relativo all'efficacia probatoria dei verbali ispettivi redatti dall'INPS è stato affrontato dalla giurisprudenza in numerose occasioni.

Secondo l'indirizzo consolidato della Corte di cassazione (1), i verbali ispettivi fanno piena prova, sino a querela di falso (2), dei fatti attestati dal pubblico ufficiale come da lui compiuti o avvenuti in sua presenza, secondo quanto disposto dall'art. 2700 c.c., nonché, ovviamente, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale.

La efficacia probatoria del verbale di accertamento, al pari di qualsiasi atto pubblico (3), trova il suo fondamento nella funzione attestativa, assegnata dalla legge al pubblico ufficiale.

(1) Per tutte Cass., Sez. Un. civ., 3 febbraio 1996, n. 916 e Cass., Sez. Un. civ., 25 novembre 1992 n. 12545, in *Foro it.*, 1993, I, 2225, con nota di A. TRAVI, *I verbali amministrativi come mezzo di prova nei giudizi civili di opposizione a sanzione pecuniaria*.

(2) La querela di falso è una azione di accertamento costitutivo, che mira a privare l'atto pubblico o la scrittura privata ad esso equiparata (in quanto autenticata o riconosciuta) dell'efficacia di prova assegnatagli dalla legge.

Il rimedio-azione della querela di falso non è necessario qualora si intenda contestare la verità sostanziale delle dichiarazioni risultanti dall'atto pubblico. Sul punto, si veda: G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 2007, p. 435 e ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, Milano, 1966, p. 189 e ss.

(3) Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 423, il quale, in nota, inserisce la attestazione dei funzionari dell'Ispettorato del lavoro tra gli atti facenti prova fino a querela di falso.

A fronte di alcuni elementi (4), che sono dotati di piena efficacia probatoria, ve ne sono altri, la cui efficacia probatoria è controversa sia in dottrina che in giurisprudenza (5).

Le dichiarazioni rese agli ispettori del lavoro rientrano nel novero di quegli elementi, sulla cui efficacia probatoria si registrano diversi indirizzi della giurisprudenza (6).

Un primo orientamento (7) nega qualsiasi validità probatoria ai verbali ispettivi nella parte in cui riportano fatti che non sono stati oggetto di percezione diretta da parte del verbalizzante. Ne deriva che le dichiarazioni rese agli ispettori del lavoro non hanno alcuna efficacia probatoria, neppure quali presunzioni semplici.

Secondo altre pronunce (8), le dichiarazioni rese al pubblico ufficiale devono essere valutate dal giudice per la formazione del suo convincimento ai sensi dell'art. 116 c.p.c., in concorso con gli altri elementi probatori, anche se non possono costituire la prova esclusiva dei fatti invocati dall'ente previdenziale.

Un terzo orientamento (9), infine, afferma che le dichiarazioni acquisite dagli ispettori hanno un'attendibilità che può essere infirmata solo da una prova contraria.

3. — La premessa dedicata all'efficacia probatoria dei verbali ispettivi consente di esaminare la decisione della Corte di appello di Venezia.

Secondo la Corte, nel caso di divergenza tra dichiarazioni rese in sede ispettiva e dichiarazioni rese in sede giudiziaria, laddove nessuna valida ragione sia dedotta a sostegno della divergenza, può attribuirsi maggiore rilevanza ed attendibilità alle dichiarazioni raccolte dagli ispettori.

I giudici di appello, lungi dall'attribuire una maggiore efficacia probatoria alla prova per testi, evidenziano come tale mezzo di prova deve essere valutato con cautela ed aggiungono che “*non vi è motivo per privilegiare le dichiarazioni rese in un'udienza rispetto a quelle rilasciate dagli ispettori*” (10).

(4) Il verbale è assistito da quella fede “privilegiata” ex art. 2700 c.c., superabile solo con la querela di falso, della provenienza dal pubblico ufficiale, dei fatti che l'ispettore assuma avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

La Corte di appello di Venezia nella sentenza annotata aggiunge che efficacia probatoria privilegiata va attribuita “*anche a fatti documentati nel verbale che, in relazione alle modalità della loro percezione, sono suscettibili di conoscenza secondo criteri diretti ed oggettivi (...), come può ritenersi avvenire, per esempio, per registrazione di retribuzioni inferiori i minimi di legge riscontrate tramite esame, documenti obbligatori per legge, periodi di lavoro e quant'altro riscontrato documentalmente*”. È appena il caso di precisare che la efficacia probatoria riguarda la attività percettiva degli ispettori, non la verità intrinseca delle registrazioni contabili.

(5) Cfr. per richiami, A. TAGLIENTE, *Valore probatorio dei verbali ispettivi e delle dichiarazioni assunte dagli ispettori*, in questa *Rivista*, 2007, pp. 31-44.

(6) Sui diversi orientamenti della giurisprudenza in materia si veda pure A. TAGLIENTE, *Valore probatorio dei verbali ispettivi e delle dichiarazioni assunte dagli ispettori*, cit., p. 31 e ss.

(7) Cfr. Cass. 11 settembre 2007, 19092. Nello stesso senso, Cass. 10 dicembre 2002, n. 17555.

(8) Così Cass. 17 agosto 2004, n. 16055. Si veda pure Cass. 6 settembre 1995, n. 9384. Nello stesso senso, Cass. 26 gennaio 1990, n. 487.

(9) Cass., Sez. Un. civ., 3 febbraio 1996 n. 916, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3237, con nota di S. SCARLATELLI. Nello stesso senso: Cass. 14 gennaio 2004, n. 405; Cass. 6 agosto 1990, n. 7913; Cass. 25 luglio 1990, n. 7514; Cass. 29 novembre 1989, n. 5237; Cass. 18 giugno 1988, n. 4201; Cass. 21 dicembre 1988, n. 6987.

(10) Nello stesso senso si veda pure A. Venezia 19 dicembre 2000, n. 149, in questa *Rivista*, 2001, 1319-1328.

La valutazione delle prove - continua la Corte - deve “*avvenire, tenendo presente le peculiarità dei singoli fatti accertati, nonché la valutazione degli stessi alla luce della singola realtà processuale come derivante dalle posizioni e dagli assunti delle parti*”.

La Corte di appello di Venezia osserva ancora che il giudice “*non può esimersi dalla valutazione complessiva di tutte le risultanze probatorie (...) suscettibili di libero e prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c.*”.

Dopo un attento esame delle risultanze istruttorie, la Corte di appello prende atto che le dichiarazioni rese in sede testimoniale erano difformi rispetto a quelle risultanti dai verbali ispettivi e che non vi era alcuna plausibile ragione a sostegno delle nuove dichiarazioni rese dai testi.

In questo stato di cose, i giudici veneziani attribuiscono maggiore attendibilità alle dichiarazioni che erano state rese in sede ispettiva, in quanto rese con maggiore immediatezza e spontaneità.

La decisione resa dai giudici veneziani è da condividere, per le ragioni che andremo brevemente ad illustrare.

4. — Come noto, la testimonianza è una fonte rappresentativa e, sotto un determinato profilo, indiretta di prova, poiché serve a riportare *ex novo* alla cognizione del giudice i fatti giuridici allegati dalle parti a fondamento delle domande, eccezioni o delle difese (11).

Il testimone deve essere una persona diversa, e dunque terza, rispetto alle parti del processo ed è chiamato ad esporre al giudice “*le proprie osservazioni dei fatti avvenuti che hanno importanza nella causa*” (12).

La testimonianza deve avere ad oggetto fatti storici, non potendo ammettersi che il testimone sia chiamato a rendere opinioni e valutazioni, che, per loro stessa natura, hanno carattere personale ed esulano dall’ambito della prova (13).

La dottrina pressoché unanime qualifica la testimonianza come uno dei mezzi di prova meno affidabili (14): la fugacità della memoria, gli errori di percezione o la

(11) G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 454 e ss.

Sulla prova testimoniale, si veda pure: F. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, vol. III, Padova, 1939, p. 351 e ss.; G. CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 826 e ss.; L. MATTIROLO, *Diritto giudiziario civile*, vol. II, Torino, 1894, p. 272 e ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, Milano, s.d. (1909), p. 606 e ss.; C. PUNZI, *Il processo civile*, vol. II, Torino, 2008, p. 132 e ss.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 278 e ss.

Parla di *prova indiretta* anche F. CARNELUTTI, in *Studi di diritto processuale*, cit., p. 351 e ss., secondo il quale “*la testimonianza, che costituisce uno dei due tipi della prova storica, deve, in una classificazione ragionata delle prove, come il documento, essere collocata in quella categoria delle prove indirette, che ha il suo esemplare classico nell’indizio; ciò che la distingue da quest’ultimo, è il carattere rappresentativo, ma ciò, che allo stesso modo la accomuna, è la circostanza, ch’essa consiste in un fatto diverso dal fatto da provare, a cui il giudice risale, come per l’indizio, attraverso quelle regole di esperienza*”.

(12) G. CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 826 e ss.

(13) G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 454.

(14) Cfr., tra i tanti, L. MATTIROLO, *Diritto giudiziario civile*, cit., p. 272 e ss.; C. PUNZI, *Il processo civile*, cit., p. 133 e ss.; G. CESAREO CONSOLO, *Della prova per testimoni*, Torino, 1904, p. 61 e ss.

Si veda altresì, L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., p. 606, il quale richiama “*il mal talento degli uomini e il naturale pericolo dell’errore prodotto da imperfetta memoria*”.

“forza delle passioni” (15) possono essere tali da indurre gli uomini, in alcune circostanze, a dichiarare fatti difformi dal vero.

Ai fini della efficacia probatoria, il giudice deve tenere conto del complesso delle risultanze istruttorie e della “attendibilità” del testimone (16).

Alla luce di quanto si è detto si spiegano (17) i limiti contenuti agli artt. 2721 e ss. c.c., diretti a circoscrivere l’ammissibilità della testimonianza (18), al fine di contribuire alla certezza dei rapporti giuridici (19).

Per sua stessa natura, la efficacia probatoria della testimonianza è sottoposta al prudente apprezzamento del giudice (art. 116 c.p.c.) (20).

Il dovere di valutare con prudenza l’esito delle prove comporta che il giudice deve disattendere l’esito della prova testimoniale, laddove vi siano fondate ragioni per ritenere che la dichiarazione non abbia rappresentato i fatti in modo corretto e veritiero.

5. La Corte di appello di Venezia, con la decisione che si annota, ha fatto buon uso del dovere del giudice di valutare le prove con “prudente apprezzamento”.

La Corte, con una puntuale motivazione in fatto, ha ritenuto di non poter fondare il proprio convincimento sulle dichiarazioni rese da quei testi, che, senza alcuna giustificazione, hanno fornito una diversa versione dei fatti agli ispettori dell’INPS.

La decisione, in questo modo, ha correttamente affrontato il tema del rapporto tra dichiarazioni raccolte in sede testimoniale e dichiarazioni riportate nei verbali ispettivi.

Leandra Dell’Oglio

*Dottoranda di ricerca
nell’Università degli Studi di Palermo*

(15) L. MATTIROLO, *Diritto giudiziario civile*, cit., p. 272 e ss.

(16) G. CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 827. Per l’A., la attendibilità attiene alla maggiore o minore corrispondenza “delle dichiarazioni del teste alle osservazioni effettivamente fatte, la quale corrispondenza può mancare o per le condizioni attuali della mente del teste, o per il deliberato proposito di mentire”.

(17) Osserva G. CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 827, che questi limiti derivano direttamente dalla legge francese. Nello stesso senso, G. CESAREO-CONSOLO, *Della prova per testimoni*, cit., p. 68. C. PUNZI, *Il processo civile*, cit., p. 133 e ss. rileva che, qualunque sia l’origine storica sottesa all’introduzione dei limiti in commento, non può disconoscersi il carattere di *prova debole* della testimonianza.

(18) Già L. MATTIROLO, *Diritto giudiziario civile*, cit., p. 275, qualificava le leggi che proibiscono o limitano l’uso della testimonianza come disposizioni di *diritto singolare*, poiché derogano al principio di diritto comune, che ammette tutte le prove affinché sia accertata la verità del fatto controverso.

(19) S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 278.

(20) Il dovere di prudente apprezzamento è collegato al venir meno dei criteri predeterminati di valutazione delle prove testimoniali e comporta, ad esempio, che il giudice ha il potere di prestare maggiore fede alla deposizione di un numero minore di testi allorché questi, per la loro condizione sociale o per il loro ufficio, meritino maggiore fede. Così C. BALDI, *Prove civili*, Torino, 1903, pp. 360-361, ove sono richiamati esempi di criteri predeterminati di valutazione della prova. Allo stesso modo, la prova per testi può cedere di fronte a prove indiziarie, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti.

I

Pensioni - Pensione di invalidità *ante* L. n. 222/84 - Trasformazione in pensione di vecchiaia - Sussistenza requisiti anagrafici e contributivi - Necessità - Computabilità periodo godimento pensione di invalidità - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 07.07.2008, n. 18580 - Pres. De Luca, Est. La Terza - P.M. (Diff.) Matera - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Biondi) - R.A.

La trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia al compimento dell'età pensionabile è possibile ove di tale ultima pensione sussistano i requisiti propri anagrafico e contributivo, non potendo essere utilizzato, ai fini di incrementare l'anzianità contributiva, il periodo di godimento della pensione di invalidità. Infatti, deve escludersi la possibilità di applicare alla pensione di invalidità la diversa regola prevista dall'art. 1, comma 10, L. n. 222 del 1984 in riferimento all'assegno di invalidità - secondo cui i periodi di godimento di detto assegno nei quali non sia stata prestata attività lavorativa si considerano utili ai fini del diritto alla pensione di vecchiaia - giacché ostano a siffatta operazione ermeneutica la mancanza di ogni previsione, nella normativa sulla pensione di invalidità, della utilizzazione del periodo di godimento ai fini dell'incremento dell'anzianità contributiva, il carattere eccezionale delle previsioni che nell'ordinamento previdenziale attribuiscono il medesimo incremento in mancanza di prestazione di attività lavorativa e di versamento di contributi, nonché le differenze esistenti tra la disciplina sulla pensione di invalidità e quella sull'assegno di invalidità, là dove quest'ultimo, segnatamente, è sottoposto a condizioni più rigorose, anche e soprattutto rispetto al trattamento dei superstiti.

II

Pensioni - Pensione di invalidità *ante* L. n. 222/84 - Trasformazione in pensione di vecchiaia - Ammissibilità - Trasformazione in pensione di anzianità - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 06.06.2008, n. 15084 - Pres. De Luca, Est. La Terza - P.M. (Diff.) Matera - INPS (avv. Riccio, Valente, Biondi) - R.A.

Nel vigente ordinamento previdenziale non è configurabile né un principio generale di immutabilità del titolo della pensione né il principio inverso, di portata ugualmente generale, del diritto al mutamento del suddetto titolo, atteso che il carattere frammentario del sistema normativo impone soluzioni diverse in relazione alla disciplina dei singoli istituti. Pertanto deve ritenersi consentita la conversione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, ove di questa siano maturati tutti i requisiti anagrafici e contributivi, e ciò sia in forza del disposto dell'art. 1 L. n. 222 del 1984 (che ha introdotto

la regola della trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia), sia per la natura del rischio protetto, che accomuna le due forme di tutela, le quali in attuazione dell'art. 38 Cost. garantiscono il diritto dei lavoratori a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per i casi di invalidità e vecchiaia. Per contro, non è possibile la conversione del trattamento di invalidità in pensione di anzianità sulla base della anzianità contributiva e assicurativa raggiunta con la prosecuzione dell'attività lavorativa (in relazione alla quale è possibile solo la liquidazione di supplementi di pensione), in ragione della sostanziale diversità di questo beneficio, che rappresenta un riconoscimento ed un premio per la fedeltà al servizio e non è comparabile con le altre forme previdenziali comprese nell'area di tutela dell'art. 38 cost., né rileva a questo fine il disposto dell'art. 22 L. n. 153 del 1969, che stabilisce l'equiparazione tra pensione di anzianità e pensione di vecchiaia solo con riferimento al momento in cui si pervenga al compimento dell'età stabilita per il pensionamento di vecchiaia. (Nella specie, la S.C., nell'affermare il principio si esteso, ha confermato l'impugnata sentenza che aveva ritenuto che l'art. 1 L. n. 193 del 1984, di disciplina del prepensionamento per i lavoratori dell'industria siderurgica, nell'estendere il prepensionamento ai lavoratori titolari di pensione di invalidità, aveva limitato il beneficio all'attribuzione di un supplemento di pensione, escludendo il mutamento del titolo della pensione).

III

Pensioni - Pensione di invalidità ante L. n. 222/84 - Trasformazione in pensione di vecchiaia - Ammissibilità - Decorrenza - Da domanda.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 12.05.2008, n. 11670 - Pres. Mercurio, Est. La Terza - P.M. (Conf.) Salvi - INPS (Avv. Riccio, Valente, Biondi) - C.L. (Avv. Mobilio)

Ai fini del diritto alla conversione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, ricorrendone i relativi requisiti anagrafici e contributivi, l'interessato deve presentare domanda di trasformazione e la pensione di vecchiaia decorrerà dal primo giorno successivo a quello della presentazione della domanda.

I

FATTO — Con la sentenza in epigrafe indicata la Corte d'appello di Lecce confermava la statuizione resa dal locale Tribunale con cui era stata accolta la domanda proposta da R.A. nei confronti dell'INPS, intesa alla trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia. La Corte territoriale, premesso che tale trasformazione è espressamente prevista dalla L. n. 222 del 1984, art. 1, comma 10, in relazione all'assegno di invalidità, affermava non esservi motivo affinché lo stesso principio non

si applichi alla pensione di invalidità, conseguita, ai sensi della precedente normativa, prima del primo luglio 1984. Quanto all'interesse alla trasformazione del titolo pensionistico, i Giudici di merito ne affermavano la sussistenza, sul rilievo che la prestazione di invalidità è sempre revocabile ed in ogni caso la pensione di vecchiaia non può essere inferiore all'ammontare dell'assegno, ai sensi della medesima L. n. 222 del 1984, art. 1, comma 10. Quanto alla esistenza dei requisiti per la pensione di vecchiaia, i Giudici d'appello rilevavano in primo luogo che il Tribunale aveva dichiarato il diritto alla trasformazione solo nella eventuale esistenza del requisito contributivo e dell'età e che, in ogni caso, entrambi i requisiti sussistevano, avendo l'interessato raggiunto l'età pensionabile il 9 agosto 1991 ed avendo maturato oltre 780 contributi settimanali, perchè a quelli risultanti dall'estratto contributivo in atti, dovevano essere aggiunti quelli figurativi spettanti dal 1.7.1977, data di riconoscimento dell'assegno, fino al compimento dell'età pensionabile.

Avverso detta sentenza l'INPS propone ricorso affidato a due motivi.

Il R. è rimasto intimato.

DIRITTO — Con il primo motivo l'INPS denuncia violazione del R.D.L. n. 636 del 1939, art. 10, convertito nella L. n. 1272 del 1939, della L. n. 222 del 1984, art. 1, commi 6 e 10, e della L. n. 638 del 1983, art. 8, e del R.D.L. n. 1827 del 1935, art. 60, e del R.D.L. n. 636 del 1939, art. 9, della L. n. 218 del 1952, art. 2, e del D.Lgs. n. 503 del 1992, artt. 1, 2, 5, 6, perchè, con riguardo alla pensione di invalidità di cui il R. era titolare, la legge non prevede la contribuzione figurativa per il periodo di godimento, nè si potrebbe procedere alla interpretazione estensiva della normativa prevista dalla L. n. 222 del 1984, per l'assegno di invalidità, perchè solo in casi eccezionali il legislatore equipara la condizione di inattività del lavoratore a quella utile dal punto di vista assicurativo. Nella specie quindi il R. era in possesso solo di 504 contributi non sufficienti per la pensione di vecchiaia.

Con il secondo motivo, denunciando la violazione delle medesime disposizioni, si sostiene che per i titolari di pensione di invalidità non vale la regola della trasformazione in pensione di vecchiaia, che è prevista per l'assegno.

Il ricorso merita accoglimento.

Non è qui in questione il problema della mutabilità del titolo di pensione, già ammessa dalla giurisprudenza di questa Corte con la sentenza delle Sezioni unite n. 8433 del 4 maggio 2004, che, risolvendo il contrasto creatosi all'interno della sezione lavoro, ha ritenuto possibile la trasformazione della pensione di invalidità (ante L. n. 222 del 1984) in pensione di vecchiaia.

Il problema verte invece sulla possibilità del titolare della pensione di invalidità (di cui al R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827, convertito in L. 6 aprile 1936, n. 1155) di utilizzare il periodo di godimento di detta prestazione per incrementare l'anzianità assicurativa (insufficiente al momento di decorrenza della pensione di invalidità), di talchè, al compimento dell'età, consegua il diritto alla pensione di vecchiaia. Si tratta cioè di accertare se può essere applicata alla pensione di invalidità la regola prevista per l'assegno di invalidità dalla L. n. 222 del 1984, art. 1 comma 10, a norma del quale "Al compimento dell'età stabilita per il diritto a pensione di vecchiaia, l'assegno di invalidità si trasforma, in presenza dei requisiti di assicurazione e di contribuzione, in pen-

sione di vecchiaia. A tal fine i periodi di godimento dell'assegno nei quali non sia stata prestata attività lavorativa, si considerano utili ai fini del diritto e non anche della misura della pensione stessa".

3. — Al quesito occorre rispondere negativamente, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza di questa Corte n. 2785 del 7 febbraio 2008, in forza delle seguenti considerazioni.

3.1. — In primo luogo è principio consolidato (tra le tante Cass. n. 11411 del 17.11.97) che nell'ordinamento previdenziale la regola generale è nel senso della corrispondenza della posizione assicurativa allo svolgimento della prestazione lavorativa, con la conseguenza dell'impossibilità di qualsiasi incremento della prima, ancorchè già costituita, quando manchi la seconda, salve le ipotesi eccezionali, non suscettibili di interpretazione estensiva, in cui il legislatore prevede una determinata condizione di inattività del lavoratore come equipollente a quella assicurativamente utile, come nei casi di servizio militare, astensione dal lavoro per maternità e malattia, e quindi per eventi che l'ordinamento considera come meritevoli di particolare tutela, in cui si prevede che i relativi periodi siano coperti da contribuzione figurativa.

Il legislatore tace invece, sotto questo aspetto, in relazione alla pensione di invalidità, ricollegando al compimento dell'età pensionabile da parte del titolare, solo il vantaggio di acquisire il diritto alla integrazione al minimo anche in assenza del limite reddituale per la medesima prescritto (cfr. L. n. 638 del 1983, art. 8).

3.2. — La applicazione alla pensione della suddetta regola prevista per l'assegno appare preclusa considerando le profonde differenze che corrono tra le due prestazioni e che giustificano la diversa disciplina in materia, essendo la prima molto più favorevole rispetto alla seconda: in primo luogo cambiano le condizioni relative alla misura dello stato invalidante, giacchè la riduzione della capacità di "guadagno" prevista per la pensione investiva un ambito di operatività più ampio rispetto alla riduzione della capacità di "lavoro" prevista per l'assegno; inoltre la pensione di invalidità era prestazione a carattere definitivo, soggetta solo a revoca per riacquisto della capacità di guadagno (R.D.L. n. 636 del 1939, art. 10), mentre l'assegno ha durata triennale, confermabile su domanda dell'interessato; inoltre la pensione è integrabile al minimo, mentre l'assegno non lo è (se l'assicurato non possiede "redditi propri assoggettabili all'imposta sul reddito delle persone fisiche per un importo superiore a due volte l'ammontare annuo della pensione sociale, art. 1, comma 4, è prevista una integrazione dell'assegno, quando questo risulti inferiore "al trattamento minimo" ma tale integrazione non è quella della disciplina generale sui minimi di pensione); più oneroso è il requisito contributivo, poichè, se per entrambi è previsto il quinquennio di contribuzione, per l'assegno sono necessari tre anni di contribuzione nell'ultimo quinquennio (L. n. 222 del 1984, art 4), mentre per la pensione era sufficiente un solo anno.(L. n. 1272 del 1939, art. 9, n. 2, lett. b).

3.3. — Inoltre, vi è una ulteriore peculiarità che giustifica la diversità di disciplina sotto l'aspetto per cui è causa, e cioè che la pensione di invalidità era reversibile ai superstiti, mentre l'assegno non lo è. Ne consegue la impossibilità per i congiunti del titolare dell'assegno di acquisire la pensione ai superstiti, anche quando sussisterebbe la contribuzione e l'anzianità assicurativa prescritta per la predetta prestazione. Infatti, ove non fossero considerati utili i periodi di godimento dell'assegno, i superstiti non

perfezionerebbero mai (o molto raramente) il diritto a pensione, essendo necessaria, per la pensione ai superstiti, una certa contribuzione nell'ultimo quinquennio precedente al decesso (R.D.L. n. 636 del 1939, art. 13). In altri termini, la disposizione di cui alla L. n. 222 del 1984, art. 1, comma 10, è diretta a garantire ai superstiti dell'assicurato la continuità contributiva, la cui interruzione, per inattività del dante causa nel periodo di godimento dell'assegno, potrebbe recare loro pregiudizio, nel caso in cui quest'ultimo, al momento del decesso, non avesse ancora maturato il requisito di anzianità assicurativa minima.

4. — Conclusivamente, la mancanza di ogni previsione, nella normativa sulla pensione di invalidità, della utilizzazione del periodo di godimento ai fini dell'incremento della anzianità contributiva, il carattere eccezionale delle previsioni che nell'ordinamento previdenziali attribuiscono il medesimo incremento in mancanza di prestazione di attività lavorativa e di versamento dei contributi, nonché le differenze tra la normativa sulla pensione di invalidità e quella sull'assegno di invalidità, ed il fatto che il diritto a quest'ultimo sia sottoposto a condizioni più rigorose, anche e soprattutto rispetto al trattamento dei superstiti, non consentono di estendere al titolare della pensione il disposto della L. n. 222 del 1984, art. 1, comma 10, per cui i periodi di godimento dell'assegno di invalidità si considerano utili ai fini del conseguimento dei requisiti contributivi previsti per la pensione di vecchiaia.

5. — Ne consegue che è ben possibile la trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia al compimento dell'età pensionabile, giacché la contribuzione indistinta e globale versata specifica i suoi effetti rispetto ad eventi che si succedono cronologicamente durante il rapporto assicurativo, per cui è coerente con il sistema l'utilizzazione della posizione assicurativa secondo il verificarsi degli eventi, ed anche se l'assicurato ha accettato la prestazione conseguente al verificarsi del primo evento, non per questo perde il diritto alla prestazione prevista per un secondo evento, stante che la prima non ha esaurito il rapporto previdenziale e che i contributi sono versati senza distinzione per tutti i rischi coperti dall'assicurazione.

Tuttavia, in mancanza di disposizioni specifiche che prevedano interferenze e collegamenti tra il diritto all'una e l'altra prestazione, ciascuna di queste non può che restare subordinata al verificarsi dei fatti costitutivi rispettivamente prescritti, e quindi, ai fini del diritto a pensione di vecchiaia è necessario il conseguimento sia del requisito anagrafico, sia del requisito contributivo, a nulla rilevando la titolarità di altra prestazione, come la pensione di invalidità.

Essendo pacifico che il R., titolare della pensione di invalidità, non aveva i requisiti prescritti per la pensione di vecchiaia, la sentenza impugnata che gli ha riconosciuto il diritto deve essere cassata.

Non essendovi necessità di ulteriori accertamenti in fatto, la causa va decisa nel merito con il rigetto della domanda di cui al ricorso introduttivo.

Nulla per le spese dell'intero processo ex art. 152 disp. att. c.p.c., non essendo applicabile, *ratione temporis*, il disposto del D.L. 30 settembre 2003, n. 326, art. 42, comma 11, convertito nella L. 24 novembre 2003, n. 326.

(*Omissis*)

II

FATTO — 1. — Con ricorso depositato in data 5.1.1994, P. L. conveniva l'INPS dinanzi al Tribunale di Taranto e chiedeva che, previo accertamento del suo diritto al prepensionamento, il convenuto fosse condannato a pagargli la relativa prestazione previdenziale. Nel corso del giudizio l'attore chiedeva in subordine la pensione di invalidità anticipata, nel caso in cui non fossero ritenuti sussistenti i presupposti per il prepensionamento stesso. Deduciva l'attore di essere stato titolare di pensione di invalidità, ma di essere divenuto nuovamente abile al lavoro, che aveva in effetti ripreso. L'INPS eccepiva che il P., già percettore di pensione di invalidità, non poteva richiedere il prepensionamento, essendo egli già pensionato; inammissibile era il mutamento del titolo della pensione acquisita.

2. — Il Tribunale adito accoglieva la domanda, rilevando che il principio dell'immodificabilità del titolo pensionistico era stato abbandonato dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione. Proponeva appello l'INPS; si costituiva l'appellato per resistere al gravame. La Corte di Appello di Lecce, Sezione Distaccata di Taranto, riformava la sentenza di primo grado respingendo la domanda del P. Questa, in sintesi, la motivazione della sentenza di appello:

- l'appellante INPS eccepisce la “mutatio libelli” per avere l'attore proposto domanda di prepensionamento ed avere poi chiesto la pensione di invalidità anticipata; esso Istituto sostiene comunque di avere operato nel rispetto dell'art. 1 comma 4 della Legge n. 193 del 1984, norma la quale prevede che ai titolari di pensione di invalidità spetta un supplemento di pensione commisurato alle mensilità mancanti al raggiungimento della normale età pensionabile; il supplemento così calcolato, sommato alla pensione di invalidità, integra il complessivo trattamento di prepensionamento spettante ed esso è stato liquidato; nessuna norma della citata Legge n. 193 del 1984 prevede la sostituzione della pensione di invalidità;

- l'appello è fondato: all'attore è stata attribuita la pensione di vecchiaia anticipata, quando invece era stato richiesto il prepensionamento e ciò non sembra costituire una semplice “emendatio libelli”;

- nel merito la pretesa del lavoratore è infondata: egli era titolare di pensione di invalidità a partire dal 1.5.1980 fino all'agosto settembre 1984, quando l'interessato riprendeva a lavorare e pertanto la pensione veniva sospesa a sensi dell'art. 8 della Legge n. 638 del 1983;

- nell'aprile 1993 l'appellato presentava domanda di pensione anticipata di vecchiaia a sensi della Legge n. 193 del 1984, ma poiché dal 31.3.1993 era cessata l'attività lavorativa, la pensione di invalidità veniva ripristinata a partire dal 1.1.1993;

- tale essendo la situazione di fatto non contestata e documentata, al lavoratore titolare di pensione di invalidità vanno applicati gli artt. 2 comma 4 della Legge n. 181 del 1989 e 2 comma 4 della Legge n. 193 del 1984, a mente dei quali gli spetta un supplemento di pensione commisurato alle mensilità mancanti al compimento della normale età pensionabile; età che l'attore ha raggiunto nell'ottobre 2001;

- stante quanto precede, non vi è la possibilità di ottenere il prepensionamento, non essendo possibile convertire la pensione di invalidità in pensione di anzianità, come ritenuto dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 9492 del 2004;

- sussistendo quindi il diritto ai citati supplementi, va rigettata la domanda come proposta col ricorso introduttivo, unico atto al quale devesi fare riferimento.

3. — Ha proposto ricorso per Cassazione P. L., deducendo due motivi. Resiste con controricorso l'INPS.

DIRITTO — 4. — Col primo motivo del ricorso, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 n. 3 CPC, degli artt. 1 comma 10 della Legge n. 222 del 1984, 1 della Legge n. 193 del 1984, 112 Codice di Procedura Civile, 12 delle Preleggi. Contesta il ricorrente il principio di immutabilità del titolo della pensione sostenuto dall'INPS. Egli sostiene di avere recuperato l'abilità al lavoro, tanto che ha evitato di sottoporsi alle visite periodiche disposte dall'Istituto, in modo da perdere il relativo diritto.

Riprendendo il lavoro, sostiene l'attore di avere maturato i presupposti necessari al conseguimento della pensione di vecchiaia anticipata. Non sussistendo norme in contrario, deve ritenersi consentito il mutamento del titolo della pensione di invalidità in pensione di anzianità. Al compimento dell'età stabilita per conseguire la pensione di vecchiaia, l'assegno di invalidità si trasforma, in presenza dei requisiti di contribuzione, in pensione di vecchiaia, a sensi dell'art. 1 comma 10 della Legge n. 222 del 1984. Se è consentita la conversione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia, lo stesso vale anche per la trasformazione della pensione di invalidità, trattandosi di un principio generale. Il tutto anche alla luce dei principi costituzionali di tutela del lavoratore (art. 38 Cost).

5. — Con il secondo motivo del ricorso, il ricorrente deduce omessa pronuncia, per non avere il giudice di appello statuito circa la domanda subordinata proposta da esso attore, intesa al conseguimento della pensione di invalidità non corrisposta dal maggio 1983.

Replica l'INPS che effettivamente il P. è stato titolare di pensione di invalidità dal 1980 fino al settembre 1984. Detta pensione veniva sospesa in quanto il lavoratore riprendeva l'attività lavorativa ed è stata ripristinata nel gennaio 1993, alla cessazione di detta attività. Egli era dunque titolare di pensione di invalidità ed ha diritto unicamente al supplemento di pensione.

6. — Il primo motivo è infondato e va rigettato. L'art. 1 della Legge n. 222 del 1984 regola i requisiti e le modalità di riconoscimento dell'assegno di invalidità. Il comma 10 della citata norma stabilisce che al compimento dell'età stabilita per il diritto a pensione di vecchiaia, l'assegno di invalidità si trasforma in pensione di vecchiaia, computandosi ai fini della sussistenza dei requisiti i periodi di godimento dell'assegno, nei quali non sia stata prestata attività lavorativa, come utili ai fini del conseguimento del diritto ma non della misura della pensione. L'art. 9 della Legge n. 222 del 1984 regola la revisione della invalidità o inabilità, con la possibilità di passaggio dalla pensione di inabilità all'assegno di invalidità (comma 6).

7. — La Legge n. 193 del 1984 ha regolato l'attribuzione del pensionamento anticipato ai lavoratori del settore siderurgico, stabilendo in cinquanta anni il requisito dell'età per gli effetti di cui agli artt. 16 e 17 della Legge n. 155 del 1981. Il comma 4 disciplina il trattamento di prepensionamento per i lavoratori titolari di pensione di invalidità e prevede che verrà loro corrisposto un supplemento di pensione commisura-

to alle mensilità mancanti al raggiungimento della normale età pensionabile. L'art. 2 del Decreto Legge n. 120 del 1989 ha ribadito il pensionamento anticipato al compimento di 50 anni per i lavoratori del settore siderurgico, stabilendo (comma 3) che detto pensionamento spetta, sussistendone i requisiti, anche ai lavoratori titolari di pensione o di assegno di invalidità; peraltro (comma 4) a questi lavoratori spetta un supplemento di pensione commisurato alle mensilità mancanti al raggiungimento della normale età pensionabile e liquidato secondo le norme vigenti.

8. — Interpretando la normativa vigente, Cass. SU 19.5.2004 n. 9492 ha stabilito che “nel vigente ordinamento previdenziale non è configurabile né un principio generale di immutabilità del titolo della pensione né il principio inverso, di portata ugualmente generale, del diritto a mutamento del suddetto titolo, atteso che il carattere frammentario del sistema normativo impone soluzioni diverse in relazione alla disciplina dei singoli istituti. Pertanto deve ritenersi consentita la conversione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, ove di questa siano maturati tutti i requisiti anagrafici e contributivi, e ciò sia in forza dell'art. 1 della Legge n. 222 del 1984 (che ha introdotto la regola della trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia) sia per la natura del rischio protetto, che accomuna le due forme di tutela, le quali in attuazione dell'art. 38 della Costituzione garantiscono il diritto dei lavoratori a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per i casi di invalidità e vecchiaia. Per contro, non è possibile la conversione del trattamento di invalidità in pensione di anzianità, sulla base dell'anzianità contributiva e assicurativa raggiunta con la prosecuzione dell'attività lavorativa (in relazione alla quale è possibile solo la liquidazione di supplementi di pensione), in ragione della sostanziale diversità di questo beneficio, che rappresenta un riconoscimento ed un premio per la fedeltà al servizio e non è comparabile con le altre forme previdenziali comprese nell'area di tutela dell'art. 38 Cost., né rileva a questo fine il disposto dell'art. 22 della Legge n. 153 del 1969, che stabilisce l'equiparazione tra pensione di anzianità e pensione di vecchiaia solo con riferimento al momento in cui si pervenga al compimento dell'età stabilita per il pensionamento di vecchiaia”.

9. — Dai principi affermati dalle Sezioni Unite non si ravvisano motivi per discostarsi. Posto, dunque che non esiste un principio generale di conversione tra i vari tipi di pensione, come affermato dalla ricordata sentenza, occorre fare riferimento alla norma positiva. Nel caso in esame, la norma speciale contenuta nella disciplina del prepensionamento per i lavoratori dell'industria siderurgica estende bensì il prepensionamento ai lavoratori titolari di pensione di invalidità, ma nel contempo limita il beneficio all'attribuzione di un supplemento di pensione calcolato come sopra riferito.

10. — Il secondo motivo del ricorso è inammissibile. Non sussiste infatti una “omessa pronuncia” circa la domanda subordinata, ma una valutazione del giudice di merito in ordine alla preclusione processuale in cui è incorso l'attore, con la conseguenza che la relativa domanda è stata rigettata “in limine”.

11. — Il ricorso, per i suesposti motivi, deve essere rigettato. Le spese del processo non sono ripetibili, attesa la natura della controversia.

(*Omissis*)

III

FATTO — Con la sentenza in epigrafe indicata la Corte d'appello di Ancona confermava la statuizione resa dal Tribunale di Macerata, con cui era stata accolta la domanda proposta da C.L. nei confronti dell'Inps per ottenere le differenze tra la pensione di vecchiaia e la pensione di invalidità di cui era in godimento, con decorrenza dalla data di compimento dell'età pensionabile per vecchiaia, ritenendo che la trasformazione dall'una all'altra prestazione si fosse verificata in quello stesso momento, e non già alla data della domanda.

La Corte Territoriale, affermato che vi è la possibilità di mutare il titolo della pensione e che, ai sensi della L. n. 155 del 1981, art. 6, comma 1, la pensione di vecchiaia decorre dal primo giorno del mese successivo a quello di compimento dell'età pensionabile (così abrogando il D.P.R. n. 818 del 1957, art. 18, comma 1, come sostituito dal D.P.R. n. 488 del 1968, art. 18), affermava che la medesima decorrenza vale anche nel caso in cui l'assicurato sia titolare di pensione di invalidità.

Avverso questa sentenza l'Inps propone ricorso affidato ad un motivo.

Resiste il pensionato con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo l'INPS denuncia violazione della L. n. 222 del 1984, art. 1, comma 10, della L. n. 638 del 1983, art. 8, del R.D.L. n. 1827 del 1935, art. 60, del R.D.L. n. 636 del 1939, art. 9, della L. n. 218 del 1952, art. 2 e del D.Lgs. n. 503 del 1992, artt. 1, 2, 5, 6, per avere riconosciuto la trasformazione automatica della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, in virtù di una errata applicazione analogica della L. n. 222 del 1984, in tema di assegno di invalidità. Infatti, sottolinea l'Istituto, ai sensi del ricordato dalla L. n. 638 del 1983, art. 8, la pensione di invalidità si può ben conservare anche dopo il compimento dell'età pensionabile, mentre la trasformazione in pensione di vecchiaia può avvenire solo in presenza di apposita domanda dell'interessato.

Il ricorso merita accoglimento.

Per quanto riguarda la pensione di invalidità di cui al R.D.L. 14 aprile 1939, n. 636, art. 9, convertito in L. 6 luglio 1939, n. 1272, nessuna disposizione ne prevede la sua automatica trasformazione in pensione di vecchiaia al compimento dell'età, a differenza di quanto espressamente previsto per l'assegno di invalidità in cui detta trasformazione è contemplata dalla L. 12 giugno 1984, n. 222, art. 1, comma 10. Al contrario, la L. n. 638 del 1983, art. 8, comma 1, di conversione del D.L. n. 463 del 1983, laddove dispone che la regola generale della sospensione della medesima pensione di invalidità per superamento dei limiti reddituali non opera quando il suo titolare raggiunga l'età pensionabile, sta a dimostrare che anche dopo il compimento dei sessantacinque anni si rimane in possesso del trattamento di invalidità. Inoltre, anche nei casi di espressa domanda dell'assicurato, la possibilità di trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, è stata per anni oggetto di contrasto in dottrina e in giurisprudenza, e la questione è stata da ultimo risolta in senso affermativo dalle Sezioni unite di questa Corte che, con la sentenza n. 8433 del 2004, hanno appunto composto il contrasto che si era determinato. Tuttavia, proprio per la mancanza di qualsiasi previsione espressa della legge, non può ipotizzarsi la trasfor-

mazione "automatica" della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia. È quindi indispensabile in primo luogo, secondo la regola generale che presiede alla pensione di vecchiaia, la espressa domanda dell'interessato. La necessità di inoltrare domanda per la pensione di vecchiaia era invero prevista dal R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827, art. 62, convertito in L. 6 aprile 1936, n. 1155, come modificato dal D.P.R. 27 aprile 1968, n. 488, art. 18; lo si desume dal fatto che la data della domanda determinava la decorrenza della prestazione, questa infatti maturava dal primo giorno del mese successivo alla richiesta. La disciplina fu poi innovata ad opera della L. 23 aprile 1981, n. 155, art. 6, nel senso che la pensione decorre dal primo giorno del mese successivo al compimento dell'età pensionabile, il che però non fa venire meno la necessità della domanda, che viene considerata come presupposto, contemplando detta disposizione la facoltà dell'assicurato di chiederne invece la decorrenza dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda, o al perfezionamento di tutti i requisiti prescritti. Inoltre, ove si riconoscesse la trasformazione automatica, si porrebbe a carico dell'Inps il gravoso onere di verificare, per tutte le pensioni di invalidità, se al compimento dell'età pensionabile l'interessato abbia effettivamente i requisiti per la pensione di vecchiaia, che sono notoriamente diversi da quelli richiesti per la pensione di invalidità, essendo prescritti per la prima almeno quindici anni di versamenti contributivi (cit. R.D.L. n. 636 del 1939, art. 9, n. 1), successivamente aumentati aventi dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, art. 2, mentre per la seconda erano previsti solo cinque anni di contribuzione (del medesimo R.D.L. n. 636 del 1939, art. 9, n. 2).

Ha dunque errato la Corte Territoriale nell'affermare che al compimento dell'età pensionabile, la pensione di invalidità si era automaticamente trasformata in pensione di vecchiaia, mentre detta trasformazione, con il conseguente diritto alle differenze, non può che decorrere dalla data della domanda che l'interessato deve rivolgere all'Ente previdenziale (nello stesso senso, da ultimo Cass. n. 4392 del 26/02/2007).

Il ricorso va quindi accolto e la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte d'appello di Bologna che si atterrà al principio sopra enunciato.

Al Giudice del rinvio è rimessa anche la regolamentazione delle spese del presente giudizio.

(Omissis)

LE ULTIME DELLA CORTE DI CASSAZIONE SULLA TRASFORMAZIONE DEL TITOLO PENSIONISTICO

Con le decisioni in commento la Corte di Cassazione affronta molteplici delle problematiche che hanno animato (ed in buona parte animano ancora oggi) il dibattito della giurisprudenza e della dottrina in tema di trasformazione del titolo pensionistico.

In particolare la prima decisione esclude la possibilità di applicare alla pensione di invalidità la diversa regola prevista dall'art. 1, comma 10, L. n. 222 del 1984 in riferimento all'assegno di invalidità - secondo cui i periodi di godimento di detto assegno nei quali non sia stata prestata attività lavorativa si considerano utili ai fini del diritto alla pensione di vecchiaia; la seconda decisione, ribadita la possibilità di trasformare la pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, afferma, per contro, la impossibilità della conversione del trattamento di invalidità in pensione di anzianità sulla base della anzianità contributiva e assicurativa raggiunta con la prosecuzione dell'attività lavorativa, in relazione alla quale, precisa, è possibile solo la liquidazione di supplementi di pensione; la terza decisione afferma che, laddove ammessa, la decorrenza del nuovo trattamento diversamente titolato deve fissarsi al primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda amministrativa e non dalla data di maturazione dei requisiti ove anteriore.

Le ragioni che determinano la possibilità astratta di beneficiare di trattamenti pensionistici diversamente titolati, come noto, possono rinvenirsi nella circostanza che lo stato di bisogno tutelato dall'art. 38 Cost., che costituisce il presupposto per l'erogazione della prestazione pensionistica, può essere generato da molteplici cause: così infatti se il bisogno è causato dalla perdita della capacità lavorativa in conseguenza della lesione della propria integrità psico-fisica, nel concorso degli altri requisiti previsti dall'ordinamento, l'assicurato avrà diritto alla pensione di inabilità; se viceversa la perdita della capacità lavorativa è (presuntivamente) causata dal processo degenerativo connesso alla senescenza, nel concorso degli altri requisiti previsti dall'ordinamento, l'assicurato avrà diritto alla pensione di vecchiaia.

Può accadere quindi che l'assicurato, sia pure in tempi successivi, maturi i requisiti previsti per l'erogazione di più trattamenti pensionistici diversamente titolati.

Tutte e tre le fattispecie concrete portate all'esame della Corte di Cassazione hanno ad oggetto la possibilità di trasformazione della pensione di invalidità in godimento anteriormente alla riforma introdotta con la L. 12 giugno 1984, n. 222 in pensione di vecchiaia o di anzianità in applicazione analogica della previsione espressa contenuta dall'art. 1, 10° co., di tale legge, che prevede la trasformazione automatica del solo assegno di invalidità in pensione di vecchiaia al raggiungimento dell'età pensionabile.

Altra ipotesi di trasformazione normativamente disciplinata è quella prevista dall'art. 22, 6° co., L. 30 aprile 1969, n. 153, secondo cui *la pensione di anzianità è equiparata a tutti gli effetti alla pensione di vecchiaia quando il titolare di essa compie l'età stabilita per la pensione di vecchiaia.*

Il principio generale seguito dalla Corte riprende quanto già deciso in precedenza dalle sezioni unite, le quali, componendo un precedente contrasto giurisprudenziale,

hanno ritenuto che nel vigente ordinamento previdenziale non è configurabile né un principio generale di immutabilità del titolo della pensione né l'inverso principio generale di mutabilità, atteso che il carattere frammentario del sistema normativo impone soluzioni diverse in relazione alla disciplina dei singoli istituti (1).

In applicazione di tale principio, tutte e tre le pronunce ribadiscono quanto le sezioni unite hanno affermato con articolata motivazione e cioè che deve ritenersi consentita la conversione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, ove di questa siano maturati tutti i requisiti anagrafici e contributivi, e ciò sia in forza del disposto dell'art. 1 L. n. 222 del 1984 (che ha introdotto la regola della trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia), sia per la natura del rischio protetto, che accomuna le due forme di tutela, le quali in attuazione dell'art. 38 Cost. garantiscono il diritto dei lavoratori a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per i casi di invalidità e vecchiaia.

Per contro, come ribadito dalla seconda decisione, non è possibile la conversione del trattamento di invalidità in pensione di anzianità, in ragione della sostanziale diversità di questo beneficio, che rappresenta un riconoscimento ed un premio per la fedeltà al servizio e non è comparabile con le altre forme previdenziali comprese nell'area di tutela dell'art. 38 Cost., non rilevando a questo fine il disposto dell'art. 22, L. n. 153 del 1969, che stabilisce l'equiparazione tra pensione di anzianità e pensione di vecchiaia solo con riferimento al momento in cui si pervenga al compimento dell'età stabilita per il pensionamento di vecchiaia.

In nessun caso, come espressamente statuito nella prima decisione, potrà utilizzarsi la anzianità contributiva e assicurativa raggiunta con la prosecuzione dell'attività lavorativa (in relazione alla quale è possibile solo la liquidazione di supplementi di pensione), contrariamente a quanto affermato dalla sentenza della Suprema Corte del 7 febbraio 2008, n. 2785 (2).

Le argomentazioni a sostegno della tesi prospettata consistono essenzialmente, da un lato, nella circostanza che *nell'ordinamento previdenziale la regola generale è nel senso della corrispondenza della posizione assicurativa allo svolgimento della prestazione lavorativa (3), con la conseguenza dell'impossibilità di qualsiasi incremento della prima, ancorchè già costituita, quando manchi la seconda, salve le ipotesi eccezionali, non suscettibili di interpretazione estensiva, in cui il legislatore prevede una determinata condizione di inattività del lavoratore come equipollente a quella assicurativamente utile, come nei casi di servizio militare, astensione dal lavoro per maternità e malattia, e quindi per eventi che l'ordinamento considera come meritevoli di particolare tutela, in cui si prevede che i relativi periodi siano coperti da contribuzione figurativa, e dall'altro nella impossibilità di applicazione della diversa regola prevista per l'assegno, considerate*

(1) Cass., Sez. U., 19 maggio 2004, n. 9492, in GC 2004, I, 1979, che esclude la possibilità di trasformazione della pensione di invalidità in pensione di anzianità; Cass., Sez. U., 4 maggio 2004, n. 8433 in RCDL 2004, 683, che per prima ha precisato l'insussistenza di un principio generale - in un senso o nell'altro - in materia. In dottrina cfr: DE FEO P., *La trasformazione del titolo pensionistico*, in LPO 2005, 745, cui si fa generale rinvio anche per le citazioni giurisprudenziali e di dottrina, nonchè DE LUCA P., *Trasformazione del titolo pensionistico*, in questa rivista, 2005, 989.

(2) In MGC, 2008, 2.

(3) Tra le tante Cass. n. 11411 del 17.11.97, in MGC, 1997, 2198.

le profonde differenze che corrono tra le due prestazioni e che giustificano la diversa disciplina in materia. Tali differenze vengono individuate essenzialmente: a) nelle condizioni relative alla misura dello stato invalidante, giacché la riduzione della capacità di "guadagno" prevista per la pensione investiva un ambito di operatività più ampio rispetto alla riduzione della capacità di "lavoro" prevista per l'assegno; b) nel carattere definitivo della pensione di invalidità, soggetta solo a revoca per riacquisto della capacità di guadagno (R.D.L. n. 636 del 1939, art. 10), contrariamente all'assegno che ha durata triennale, confermabile su domanda dell'interessato; c) nella integrabilità della pensione a differenza dell'assegno (se l'assicurato non possiede "redditi propri assoggettabili all'imposta sul reddito delle persone fisiche per un importo superiore a due volte l'ammontare annuo della pensione sociale, art. 1, comma 4, è prevista una integrazione dell'assegno, quando questo risulti inferiore "al trattamento minimo" ma tale integrazione non è quella della disciplina generale sui minimi di pensione); d) nel diverso requisito contributivo richiesto; e) nella reversibilità della pensione, contrariamente all'assegno.

Le profonde differenze tra le due prestazioni impediscono di potere considerare estensiva l'eventuale applicazione alla pensione della diversa norma prevista per l'assegno, la cui eventuale applicazione analogica deve ritenersi esclusa perché da considerarsi norma eccezionale alla luce di quanto sopra ricordato.

Come sopra accennato la Cassazione aveva in precedenza ritenuto consentita la conversione della pensione di invalidità attribuita nel regime precedente all'entrata in vigore della legge n. 222 del 1984, in pensione di vecchiaia, giacché il disposto dell'art. 1, comma 10, della legge n. 222 del 1984, che ha introdotto la regola della trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia, trova applicazione anche per il trattamento della pensione di invalidità previsto dal precedente regime, in quanto espressivo di un principio generale, affermato con l'entrata in vigore della legge citata, di idoneità dell'unica posizione assicurativa a realizzare i presupposti delle varie forme previdenziali considerate, in funzione della protezione della stessa situazione generatrice di bisogno, atteso che la natura del rischio protetto accomuna le due forme di tutela, le quali, in attuazione dell'art. 38 Cost., garantiscono il diritto dei lavoratori a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per i casi di invalidità e vecchiaia (4).

Diverse conclusioni potrebbero trarsi ove si sviluppasse quella idea elaborata da una voce in dottrina che sembrerebbe, viceversa, riportare la pensione di anzianità nell'alveo dell'art. 38 laddove la qualifica come pensione di vecchiaia anticipata (5).

I diversi orientamenti composti dalle decisioni indicate in nota 1, avevano viceversa sostenuto la vigenza, rispettivamente, di un generale principio di mutabilità del titolo pensionistico, ovvero, in epoca più risalente, di un generale principio di immutabilità del titolo pensionistico altrimenti denominato anche di alternatività preclusiva delle prestazioni (6).

La giurisprudenza meno recente aveva affermato con numerose decisioni l'immu-

(4) Cass., Sez. U., 4 maggio 2004, n. 8433 in *RCDL* 2004, 683.

(5) ROSSI F.P. *Pensione (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1982, 895.

(6) Per un'analisi delle argomentazioni elaborate dalla risalente giurisprudenza a supporto delle due tesi cfr: FORNARI GORKI G., *Mutazioni del titolo delle pensioni previdenziali*, in *LPO*, 1986, 280.

tabilità del titolo della pensione, escludendo la possibilità della conversione della pensione di invalidità in pensione di anzianità o in pensione di vecchiaia (7).

Le ragioni poste a sostegno di questo indirizzo possono così riassumersi:

- esiste un principio generale di divieto di mutamento del titolo della pensione, risultante soprattutto dall'art. 45, r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827 e dall'art. 9, r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636 (modificato dalla L. 4 aprile 1952, n. 218), i quali escludono chiaramente la possibilità di conversione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia "nell'ipotesi in cui nei confronti del pensionato per invalidità che abbia continuato a prestare attività lavorativa con diritto di accreditamento dei contributi previdenziali si siano perfezionati i requisiti per il conseguimento della pensione di vecchiaia" (8);

- il principio in questione è soggetto ad alcune eccezioni, da interpretarsi restrittivamente e quindi non oltre i casi espressamente previsti dalla legge (art. 14, 4° co., d.p.r. 27 aprile 1968, n. 488, art. 13 L. 30 aprile 1969, n. 153, art. 4, d.l. 30 giugno 1972, n. 267, convertito, con modificazioni, in L. 11 agosto 1972, n. 485).

Il diverso successivo indirizzo negava la sussistenza del principio di immutabilità del titolo del trattamento pensionistico essendo mutato il quadro di riferimento normativo - nel quale la giurisprudenza della Corte lo ha espresso e ribadito - per effetto della previsione dell'art. 1, 10° co., L. 12 giugno 1984, n. 222 (9).

Questa norma, secondo la decisione citata, si ricollega ad un concetto di "posizione assicurativa", caratterizzata dalla sua unicità quale base fattuale che legittima tutti gli interventi di tutela economica possibili in favore del suo titolare e che è "di continuo finalizzata a soddisfare quelle esigenze sociali che il legislatore ha tipizzato nelle diverse fattispecie pensionistiche".

In questa linea si collocano poi altri precedenti. A parte Cass. 7 maggio 1993, n. 5299; 2 aprile 1996, n. 3045; 23 giugno 1999 n. 6418 (10), altre decisioni della Corte hanno riconosciuto il diritto alla conversione della pensione o dell'assegno di invalidità in pensione di anzianità (11), come in pensione di vecchiaia (12).

Tali pronunce evidenziano che se si sono realizzati i requisiti richiesti per più tipi di pensione, al soggetto protetto è dovuto un trattamento pensionistico ed uno soltanto, erogato esclusivamente nella misura di cui, a prescindere dal titolo della pensione accordata, è capace la sua posizione assicurativa (13).

Più recentemente, si registrano ancora altre decisioni che pervengono a conclu-

(7) Cass. 20 giugno 1972 n. 1971, 16 maggio 1973 n. 1402, 9 luglio 1973 n. 1982, 18 giugno 1975 n. 2451, 10 dicembre 1976 n. 4609, 25 gennaio 1977 n. 375, 10 aprile 1980 n. 2303, 9 maggio 1981 n. 3084, 7 luglio 1981 n. 4459, 9 marzo 1983 n. 1751, 22 dicembre 1983 n. 7563, 5 aprile 1991 n. 3567, in *FI* 1992, I, 187, con nota di FERRARI V..

(8) Cass. 5 aprile 1991 n. 3567, cit.

(9) Cass. 22 luglio 1992, n. 8820, in *AS*, 1992, II, 319.

(10) Rispettivamente in *MGC* 1993, 832; *Ipr.* 1996, 523; e *MGC* 1999, 1476, che escludono l'operatività del divieto di mutamento del titolo della pensione, al fine di conseguire la prestazione più favorevole in specifiche ipotesi di riconoscimento con effetto retroattivo del trattamento di invalidità in epoca successiva al conseguimento della pensione di vecchiaia.

(11) Cass. 20 febbraio 1998, n. 1821, in *MGC* 1998, 389; Cass. 12 giugno 2003, n. 9462, in *FI* 2004, I, 1216.

(12) Cass. 7 luglio 1998, n. 6603, in *GC* 1999, I, 2765.

(13) Cass. 20 febbraio 1998, n. 1821, in *MGC* 1998, 389.

sioni contrastanti in relazione alle singole tipologie delle prestazioni interessate dalla trasformazione.

Cass. 2 aprile 2003 n. 5096 ritiene consentita la conversione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia (14); la sentenza 2 aprile 2003, n. 5097 ritiene che ciò non si verifichi per la pensione di anzianità (15), operando, in mancanza di espresa previsione legislativa, il diverso generale principio del divieto di mutamento del titolo (la cui esistenza viene quindi ancora riconosciuta).

Le sezioni unite della Cassazione, con le sentenze sopra citate, operando una sintesi dei diversi orientamenti espressi, escludono dunque l'esistenza, nel vigente ordinamento, di un principio generale di immutabilità del titolo della prestazione pensionistica. Come ha osservato Cass. 7 luglio 1998, n. 6603 (16), una regola di questo tipo non può essere ricavata né dall'art. 45, r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, né dall'art. 9, r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636 (modificato dalla L. 4 aprile 1952, n. 218). La prima disposizione, nel disporre che l'assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia ha per scopo principale l'assegnazione di una pensione nel caso di invalidità al lavoro o di vecchiaia non è assolutamente di ostacolo, nel suo contenuto letterale, al mutamento del titolo della pensione, ma solo alla attribuzione congiunta dell'una e dell'altra prestazione; e un contenuto sostanzialmente identico ha la previsione dell'art. 2, 1° co., parte prima, r.d.l. 14 aprile 1939 n. 636.

Analoghe considerazioni valgono per le previsioni dell'art. 9 del medesimo r.d.l. n. 636/1939, che, stabilendo i requisiti rispettivamente necessari per l'attribuzione della pensione di vecchiaia e della pensione di invalidità, configurano indubbiamente ipotesi alternative di tutela nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria, ma non implicano di per sé l'esclusività, nel senso indicato, dell'una e dell'altra prestazione.

D'altro canto, le diverse norme, che per varie fattispecie consentono la riliquidazione della pensione in godimento in base a diversi criteri, e specialmente la regola di trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia introdotta dell'art. 1, 10° co., L. n. 222/1984, sembrano difficilmente riconducibili ad ipotesi eccezionali di deroga ad un divieto generale; esse inducono invece ad escludere la possibilità di giungere, attraverso una ricostruzione sistematica della legislazione previdenziale, all'affermazione sia di un principio generale di divieto di mutamento del titolo della prestazione pensionistica, sia del principio inverso, di portata ugualmente generale, di mutabilità del suddetto titolo, come è stato prospettato da alcune delle pronunzie più recenti.

Queste opzioni ricostruttive sono infatti destinate ad incontrare un insuperabile ostacolo nel carattere estremamente frammentario del complesso normativo, che nella sua evoluzione lascia trasparire - come è stato notato in dottrina - opzioni e politiche del diritto mutevoli, perché prevalentemente ispirate dal contingente (17).

A seguito delle pronunce delle sezioni unite, quindi, l'ipotesi più rilevante di tra-

(14) In *MGC* 2003, 4.

(15) *Ivi*.

(16) In *GC* 1999, I, 2765.

(17) Cass. 19 maggio 2004, n. 9492, cit.. In dottrina: MAZZIOTTI A., *Irrinunciabilità della pensione e immutabilità del titolo: un'equazione da riconsiderare* (Nota a Cass., sez. lav., 10 marzo 1994, n. 2364), in *RgLPs* 1995, II, 329, fa notare che *diventa sempre più difficile nel nostro ordinamento [rifarsi] a principi generali, se in realtà tutte le norme relative a pensione, ormai estremamente frammentarie e disorganiche, finiscono con l'aver carattere speciale.*

sformazione del titolo consentita al di fuori della previsione dell'art. 1, 1° co., L. 12 giugno 1984, n.222 è quella della pensione di invalidità, percepita ante riforma, in pensione di vecchiaia (18).

Le sezioni unite non hanno però avuto modo di affrontare due problemi che rimangono ad oggi aperti e che vengono trattati dalla terza pronuncia in commento: se la trasformazione debba avvenire di ufficio ovvero debba essere conseguente ad una domanda del pensionato; se la decorrenza debba retroagire al perfezionamento dei requisiti per la pensione di vecchiaia, con relativo obbligo di corresponsione di arretrati e interessi, ovvero se essa non possa essere anteriore al primo giorno del mese successivo a quello della domanda di trasformazione.

Quanto al primo problema la necessità della domanda sembra oggi pacifica atteso che la automaticità della trasformazione opera soltanto in riferimento all'assegno di invalidità giusta il tenore letterale dell'art. 1, L. 12 giugno 1984, n. 222 (19)

Quanto al secondo problema, nonostante il diverso avviso di certa giurisprudenza di merito (Trib. Macerata 21 maggio 2003, n. 270; Trib. Termini Imerese 13 febbraio 2003, n. 43, entrambe inedite), il medesimo autore citato nella precedente nota e la terza decisione in commento ritengono che la decorrenza debba necessariamente essere ancorata al primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda amministrativa perché fino a quel momento la pensione di invalidità è legittimamente erogata e la domanda di trasformazione contiene in sé un'implicita domanda di revoca ex nunc della precedente prestazione, e di conseguenza, non esistendo una espressa disposizione legislativa deve trovare applicazione la regola generale.

Inoltre, uno degli argomenti utilizzati dalla terza decisione in commento per contestare la tesi della trasformazione automatica, consiste nel fatto che, in tale caso, si porrebbe a carico dell'INPS il gravoso onere di verificare, per tutte le pensioni di invalidità, se al compimento dell'età pensionabile l'interessato abbia effettivamente i requisiti per la pensione di vecchiaia, che sono notoriamente diversi da quelli richiesti per la pensione di invalidità.

Poiché la trasformazione della pensione di invalidità è oggetto di uno specifico diritto di opzione del pensionato, ne consegue dunque che occorre presentare la domanda di trasformazione e che la data di detta domanda determina la decorrenza della pensione di vecchiaia (20).

Appare infine utile rammentare che la questione relativa alla possibilità o meno di trasformare in pensione di inabilità la pensione di invalidità ante riforma, (21) non è riconducibile alla problematica in argomento.

Gino Madonia
Avvocato INPS

(18) Può altresì ritenersi consentita anche la trasformazione in pensione di vecchiaia della pensione di inabilità, come ritenuto da Cass. 17 dicembre 2004, n. 23523, in *MGC* 2005, 1.

(19) Cass. 22 novembre 2004, n. 21974, in *MGC* 2004, 11; Cass. 14 gennaio 2005, n. 622, in *MGC* 2005, 1; Cass. 21 luglio 2005, n. 15311, in *MGC* 2005, 6. In dottrina DE FEO P., *La trasformazione...*, cit., 745.

(20) Così le quasi coeve Cass. 7 febbraio 2008, nn. 2876, 2877, 2878, 2879.

(21) Comunque negata dalla Corte costituzionale con sentenza 30 maggio 1995, n. 205, in *GI* 1995, I, 616.

Atti amministrativi - Accesso ai documenti - Con riferimento alle dichiarazioni rese agli ispettori del lavoro - Esclusione - Fattispecie.

Consiglio di Stato, 29.01.2008, n. 1842 - Presidente Varrone - Relatore De Michele - Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (Avvocatura Generale dello Stato) - C. Srl.

L'esigenza di riservatezza di chi abbia reso dichiarazioni, riguardanti sé stesso o anche altri soggetti, agli ispettori del Ministero del Lavoro, senza autorizzarne la divulgazione, non viene meno neanche a seguito dell'avvenuta cessazione del rapporto di lavoro, non attenendo la sfera di interessi in questione alla sola tutela delle posizioni del lavoratore ed essendo queste ultime, comunque, rilevanti anche in rapporto all'ambiente professionale di appartenenza, più largamente inteso.

(*Omissis*)

FATTO e DIRITTO — Attraverso l'atto di appello in esame si contesta la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria n. 629 del 7.6.2002, non notificata, con la quale veniva accolto il ricorso proposto dalla società C. s.r.l., per l'accertamento - a norma degli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990 - del diritto della medesima società a prendere visione ed estrarre copia dei documenti, inerenti l'ispezione effettuata dall'Ispettorato del Lavoro di La Spezia dal 12.1.2001 al 20.12.2001 (ispezione conclusasi con verbali di contestazione di illeciti, inerenti la posizione di numerosi collaboratori, la cui posizione veniva qualificata come rapporto di lavoro subordinato).

Il diritto di accesso in questione era stato negato dall'Amministrazione, ai sensi degli articoli 2 e 3 del D.M. n. 757 del 4.11.1994, "a motivo della salvaguardia da possibili azioni pregiudizievoli, recriminatorie e/o di pressione nei confronti ...dei lavoratori e...collaboratori della società": nella sentenza appellata, tuttavia, le ragioni così enunciate erano ritenute non condivisibili, in considerazione delle esigenze di difesa della società ricorrente, nonché della già avvenuta cessazione dei rapporti di lavoro in contestazione.

In sede di appello, l'Amministrazione sottolineava come, viceversa, il diniego di accesso dovesse ricondursi, nella fattispecie, all'esigenza di salvaguardare la riservatezza e la vita privata di soggetti terzi, in considerazione della peculiarità del rapporto sottostante, trattandosi di rapporto di lavoro normalmente caratterizzato dalla presenza di una "parte debole", il lavoratore, per il quale era giustificata una maggiore tutela da parte dell'ordinamento.

Premesso quanto sopra, una breve disamina della normativa e della giurisprudenza, rilevanti per la situazione sottoposta a giudizio, non possono che confermare la fondatezza delle ragioni difensive dell'appellante. Le disposizioni in materia di diritto di accesso, infatti, mirano a coniugare la ratio dell'istituto, quale fattore di trasparenza e garanzia di imparzialità dell'Amministrazione - come enunciato dall'art.

22 della citata legge n. 241/90 - con il bilanciamento da effettuare rispetto ad interessi contrapposti, fra cui - specificamente - quelli dei soggetti "individuati o facilmente individuabili"...che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza" (art. 22 cit., comma 1, lettera c); il successivo articolo 24 della medesima legge, che disciplina i casi di esclusione dal diritto in questione, prevede al sesto comma casi di possibile sottrazione all'accesso in via regolamentare e fra questi - al punto d) - quelli relativi a "documenti che riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'Amministrazione dagli stessi soggetti a cui si riferiscono". In via attuativa, il D.M. 4.11.1994, n. 757 (regolamento concernente le categorie di documenti, formati o stabilmente detenuti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sottratti al diritto di accesso) inserisce fra tali categorie - all'art. 2, lettere b) e c) - "i documenti contenenti le richieste di intervento dell'Ispettorato del Lavoro", nonché "i documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie, o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi".

In rapporto a tale inequivoco quadro normativo, anche la giurisprudenza ha più volte confermato la sottrazione al diritto di accesso della documentazione, acquisita dagli ispettori del lavoro nell'ambito dell'attività di controllo loro affidata (cfr., fra le tante, Cons. St., sez. VI, 27.1.1999, n. 65 e 19.11.1996, n. 1604, ricordate dalla medesima parte appellante).

Nessuna ragione, nel caso di specie, giustifica una deroga alle regole ed alle pronunce sopra ricordate: l'avvenuta cessazione di un rapporto di lavoro non esclude, infatti, l'esigenza di riservatezza di chi abbia reso dichiarazioni, riguardanti se stesso o anche altri soggetti, senza autorizzarne la divulgazione, non attenendo la sfera di interessi in questione alla sola tutela delle posizioni del lavoratore ed essendo queste ultime, comunque, rilevanti anche in rapporto all'ambiente professionale di appartenenza, più largamente inteso.

Sembra appena il caso di sottolineare, al riguardo, la prevalenza dell'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, a tutela della sicurezza e della regolarità dei rapporti di lavoro, rispetto al diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione: il primo, infatti, non potrebbe non essere compromesso dalla comprensibile reticenza di lavoratori, cui non si accordasse la tutela di cui si discute, mentre il secondo risulta comunque garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni e dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere.

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che il ricorso debba essere accolto, con conseguente annullamento della sentenza appellata e riconosciuta infondatezza della domanda di accertamento, proposta in primo grado di giudizio; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio stesso non è chiamato ad alcuna decisione, non essendosi costituita in giudizio la parte appellata.

(Omissis)

L'ACCESSO ALLE DICHIARAZIONI DEI LAVORATORI CONTENUTE NEI VERBALI ISPETTIVI (*)

1. — La fattispecie all'esame dei giudici di Palazzo Spada riguarda l'accessibilità, da parte del datore di lavoro, dei verbali degli organi ispettivi delle pubbliche amministrazioni (nel caso di specie si tratta del Ministero del Lavoro, ma la fattispecie riguarda anche i verbali dei servizi ispettivi degli enti previdenziali, specialmente INPS e INAIL) contenenti le dichiarazioni rilasciate dai lavoratori durante l'ispezione.

In particolare, l'accesso era stato negato dall'amministrazione a tutela della posizione dei lavoratori interessati, quali parte debole del rapporto di lavoro, e successivamente ammesso dalla sentenza del TAR della Liguria.

L'amministrazione ha fondato il gravame sulla necessità di salvaguardare il diritto alla riservatezza dei lavoratori.

Il Consiglio di Stato esclude che, nel caso di specie, prevalga la trasparenza dell'azione amministrativa e l'interesse all'accesso, posto a sua volta a tutela del diritto alla difesa del datore di lavoro. Nella sostanza, il Collegio giudica prevalente l'interesse pubblico ad acquisire, anche in futuro, ogni possibile informazione da parte dei lavoratori. Tale interesse pubblico verrebbe infatti compromesso, nel caso prevalesse la tesi favorevole l'accesso, dalla conseguente e quanto mai probabile reticenza dei lavoratori; questi infatti diverrebbero restii a fornire informazioni agli organi ispettivi, se sapessero che il proprio datore di lavoro può agevolmente venirne a conoscenza tramite l'accesso. Mentre il diritto di difesa del datore di lavoro sottoposto a ispezione viene garantito dall'obbligo di motivazione a carico dell'amministrazione.

Tali argomentazioni sono ritenute valide anche nel caso in cui il rapporto di lavoro del dichiarante sia già cessato, in quanto si ritiene la cessazione non faccia venir meno il diritto alla riservatezza, che va tutelato non solo nei confronti del singolo datore di lavoro, ma anche in rapporto all'ambiente professionale in generale.

La sentenza, che richiama espressamente i precedenti del medesimo Consiglio di Stato (sez. VI, 27.1.1999, n. 65 - che a sua volta cita altra sentenza dello stesso tenore della sez. VI, n. 1066 del 4.7.1997 - e 19.11.1996, n. 1604, in *Giurisprudenza Italiana*, 1997, III, 1, 249), fa anche riferimento alla mancanza di autorizzazione alla divulgazione da parte del lavoratore-dichiarante, anche se il punto non è ulteriormente approfondito.

La tesi abbracciata dal Collegio - nonostante non sia espressamente chiarito dallo stesso - comporta il riconoscimento della titolarità di un interesse contrario all'ostensione in capo ai lavoratori e, di conseguenza, questi ultimi hanno diritto alla comunicazione di avvio del procedimento di accesso ex artt. 7 L. n. 241/1990 e 3 del d.P.R. n. 184/2006 ("Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi") e a partecipare al procedimento stesso, anche mediante presentazione di memorie.

(*) I paragrafi 1 e 2 sono stati redatti dall'Avv. Lidia Carcavallo; il paragrafo 3 dall'Avv. Francesca Ferrazzoli.

2. — Il diritto di accesso (1) è disciplinato, come noto, dagli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 7 agosto 1990, come modificata da ultimo dalla legge n. 15 dell'11 febbraio 2005. Dal 2005 l'accesso agli atti amministrativi è stato riconosciuto quale principio generale dell'attività amministrativa (art. 22, comma 2, sostituito dall'art. 15 della L. n. 15/2005), in quanto finalizzato a favorire la partecipazione e ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'esercizio delle pubbliche funzioni; ne viene inoltre riconosciuta l'attinenza ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, garantiti ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione.

Tuttavia, a fronte del rafforzamento del profilo di accessibilità dei documenti in possesso delle amministrazioni pubbliche, viene ribadito che l'interesse all'accesso va bilanciato con i contrapposti interessi, tra cui in particolare, quello dei soggetti che in seguito all'esercizio dell'accesso “vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza” (così l'art. 22 comma 1 lett. c) nel dettare la definizione di “controinteressato”).

Il diritto alla riservatezza viene tutelato tramite i casi di esclusione dall'accesso disciplinati dall'art. 24. La norma prevede un primo elenco di documenti non ostensibili, per i quali l'accesso è escluso del tutto (primo comma: documenti coperti dal segreto di Stato, attinenti ai procedimenti tributari ecc); le singole Amministrazioni hanno solo il potere di specificare, mediante i propri regolamenti, quali siano gli specifici documenti in proprio possesso che rientrino nei casi di cui al primo comma e il periodo temporale della sottrazione.

Il successivo elenco, invece, (comma 6) indica i documenti in relazione ai quali le Amministrazioni hanno facoltà di impedire l'accesso, a tutela di interessi meritevoli di tutela, tra cui in particolare quelli attinenti alla “*vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono*” (lett. d).

È questa la norma che il Consiglio di Stato ha ritenuto rilevante nel caso di specie e che ha trovato attuazione nel Regolamento del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, contenuto nel D.M. n. 757 del 4 novembre 1994. L'esclusione è contenuta nell'art. 2, che elenca i documenti sottratti all'accesso, al fine di tutelare la vita privata e la riservatezza di persone fisiche e giuridiche e che al comma 1, lett. c) espressamente prevede la non ostensione dei: “documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi”.

(1) Sulla qualificazione dell'accesso in termini di interesse legittimo si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - 24.6.1999 n. 16; successivamente, la sezione VI è tornata sull'argomento, abbracciando la tesi contraria con la decisione n. 2938 del 27.5.2003. La parola fine alla questione sembra essere stata detta dal legislatore, che, intervenendo a modifica della L. n. 241, prima con la legge n. 15/2005 - ha qualificato, come detto, l'accesso principio generale dell'attività amministrativa - e poi con la legge n. 80/2005 ha esplicitamente attribuito le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in tal modo eliminando uno dei principali argomenti a favore della tesi dell'interesse legittimo. Lo stesso Consiglio di Stato ha affermato la natura di diritto soggettivo, in sede consultiva, nel parere reso sul Regolamento di attuazione della legge - D.P.R. n. 184/2006.

Il successivo art. 3 al comma 1, lett. c) prevede che il riserbo duri *“finché perduri il rapporto di lavoro, salvo che le notizie contenute nei documenti di tale categoria risultino a quella data sottoposti al segreto istruttorio penale”*. Pertanto, il Consiglio di Stato, con la sentenza che si annota, ha ritenuto necessaria una forma di tutela del lavoratore addirittura più ampia di quella stessa prevista dalla norma regolamentare, in quanto espressamente ha dichiarato che neanche la cessazione del rapporto di lavoro faccia venir meno l'interesse alla riservatezza, in quanto attinente non al rapporto di lavoro specifico, ma *“all'ambiente professionale del lavoratore, più largamente inteso”*.

Il Regolamento del Ministero del Lavoro, di cui è stata riconosciuta la legittimità dal Consiglio di Stato (2), non prevede neanche la possibilità di concedere l'accesso nella forma della sola visione, qualora questo sia necessario ai fini della difesa in giudizio della posizione giuridica soggettiva del richiedente.

Invece tale previsione è contenuta in altri Regolamenti, proprio in relazione alla documentazione inerente le ispezioni. Tra questi, il Regolamento dell'INPS (approvato con determinazione Commissariale n. 1951 del 16.2.1994), con formula analoga a quella utilizzata dal Ministero del Lavoro, prevede la non ostensione (art. 17) delle *“dichiarazioni rilasciate da lavoratori che costituiscano base per la redazione del verbale ispettivo, al fine di prevenire pressioni, discriminazioni o ritorsioni ai danni dei lavoratori stessi”* (all. A, punto II.12).

Dispongono la sottrazione all'accesso dei documenti inerenti le ispezioni, ma consentendo la presa in visione nei limiti di cui si è detto, anche i Regolamenti:

- dell'Istituto Nazionale di Previdenza per i Dipendenti dell'Amministrazione Pubblica - INPDAP - contenuto nella deliberazione n. 257 del 21.2.1996, art. 9 comma 3, che richiama l'all. B, capo II.4 *“documentazione attinente ad inchieste ed ispezioni”*;

- dell'Autorità per Vigilanza sui lavori pubblici (ora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) contenuto nella Deliberazione 1° agosto 2000 (pubblicato in G.U. n. 239 del 12.10.2000), art. 2, comma 1, lett. i);

- della Corte dei Conti, contenuto nella deliberazione n. 4 del 17.7.1996 (pubblicato in G.U. n. 176 del 29.7.1996), art. 2, comma 1, lett. i);

- dell'ex Istituto Nazionale di Previdenza per i Dirigenti di Aziende Industriali - INPDAI - ora confluito nell'INPS ex art. 42 della Legge 27.12.2002 n. 289 - contenuto nella deliberazione del 26 marzo 1999 (in G.U. n. 98 del 28.4.1999) art. 2, comma 1, lett. Ba).

Lidia Carcavallo

Avvocato INPS

(2) Sulla legittimità del medesimo articolo del Regolamento del Ministero del Lavoro il Consiglio di Stato si è pronunciato anche nella sentenza n. 7321/2006 (pubblicata in questa Rivista, 2006, p. 828, con nota di commento di Angela Laganà *“Il diritto di accesso ai verbali ispettivi e alle dichiarazioni dei lavoratori”*), che riguarda il diverso caso in cui i verbali ispettivi siano stati inviati all'autorità giudiziaria, avendo gli ispettori ministeriali ritenuto che fossero emersi elementi penalmente rilevanti durante l'indagine e, pertanto, la sottrazione all'accesso deriva dal disposto dell'art. 329 c.p.p.

3. — L'orientamento maggioritario della giurisprudenza degli anni '90 si è dimostrato favorevole a limitare il diritto di accesso alle dichiarazioni rese dai lavoratori in sede ispettiva, ritenendo necessario tutelare il diritto alla riservatezza dei lavoratori (tra le altre: Consiglio di Stato: sez. VI n. 65/1999; sez. VI n. 1604/1996; sez. VI n. 1085/1995; TAR Veneto n. 1554/1998; TAR Lombardia, Brescia n. 497/1996; TAR Veneto n. 456/1995; TAR Lazio, Roma n. 837/1995; ...).

In particolare, il Consiglio di Stato riteneva che, se è vero che l'interesse alla riservatezza diviene recessivo allorquando l'accesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, ciò avviene *“nei limiti ovviamente in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse”* (Ad. Plenaria n. 5/1997).

Affermava, altresì, che l'eventuale conoscenza delle dichiarazioni rese dai dipendenti agli ispettori del lavoro, avrebbe potuto comportare conseguenze pregiudizievoli per i dipendenti stessi, mentre l'esigenza di difesa del datore di lavoro ben poteva essere perseguita con la conoscenza del verbale, in quanto in esso sono contenuti tutti gli elementi sui quali si basa.

Per la giurisprudenza maggioritaria, quindi, non sussisteva il diritto di accesso da parte di un'impresa che avesse subito una ispezione, alla documentazione allegata al verbale ispettivo, ed in particolare alle dichiarazioni rese dai dipendenti dell'impresa stessa, dovendosi ritenere prevalente l'esigenza di salvaguardare la vita privata e la riservatezza dei dipendenti stessi.

Tuttavia, successivamente, a seguito delle modifiche apportate alla legge 241/1990, e in particolare dalla legge n. 15 dell'11 febbraio 2005, si sono ripetute pronunce giurisprudenziali (tra le altre: TAR Campania, Napoli n. 7539/2007; TAR Puglia, Lecce n. 3016/2007; TAR Calabria, Catanzaro n. 776/2007; TAR Veneto n. 301/2006; Consiglio di Stato n. 7389/2006) che, modificando l'orientamento precedente, hanno affermato la necessità di disapplicare le norme regolamentari che, a tutela della riservatezza, sottraggono dall'accesso le dichiarazioni dei lavoratori che costituiscono la base per la redazione dei verbali ispettivi.

Infatti, la predetta giurisprudenza le ha ritenute in contrasto con l'art. 24 comma 7 della legge 241 del 1990 come modificato dalla predetta legge n. 15/2005, che assicura il diritto all'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

Al più, si riteneva che, l'esigenza di evitare pressioni o discriminazioni nei confronti dei lavoratori, tali da ostacolare gli accertamenti delle omissioni contributive e l'applicazione delle relative sanzioni da parte dell'INPS, potesse giustificare solamente il differimento dell'accesso da parte del datore di lavoro alle dichiarazioni che costituiscono la base per la redazione dei verbali ispettivi (TAR Campania, Napoli n. 7539/2007).

In questo contesto, va comunque segnalata un'apertura alla necessità di tutelare la riservatezza del lavoratore, manifestata, tra le altre, dalla sentenza del TAR Sardegna n. 2451 del 2006 che ha affermato che, l'esigenza di tutelare i dipendenti da azioni discriminatorie, indebite pressioni ed eventuali ritorsioni che possono derivare dalla divulgazione di notizie o informazioni ricollegabili ad un verbale ispettivo che è stato oggetto di accesso, può comunque essere assicurata attraverso il rilascio di copia della documentazione richiesta, previa copertura dei dati e delle generalità delle perso-

ne fisiche interessate dagli atti rilasciati.

Inoltre il TAR Abruzzo, con sentenza della 11 aprile 2008 n. 403 (sede di Pescara), ha affermato comunque la necessità di ponderare di volta in volta le molteplici esigenze in gioco (quella del datore di lavoro che chiede l'accesso, di tutelare in via giudiziaria la propria posizione; quella del lavoratore, a tenere riservate le proprie dichiarazioni, potenzialmente e presumibilmente in conflitto con la posizione del datore di lavoro; quella del Ministero del Lavoro a preservare gli esiti dell'attività istruttoria, per loro natura vanificabili in caso di anticipata esternazione prima della conclusione formale dell'inchiesta amministrativa), assegnando prevalenza in base alle circostanze concrete.

Tuttavia, lo stesso TAR Abruzzo (sede di L'Aquila), con sentenza del 4 aprile 2008 n. 497, in contrasto con il TAR Pescara, ha ritenuto che *“non può essere opposto alcun diritto alla riservatezza in contrapposizione al diritto di difesa della ricorrente, posto che le dichiarazioni dei lavoratori sono state assunte nel corso di rituali verbali da parte dell'amministrazione procedente e sono dunque espressione di una attività propria della P.A. (l'assunzione di informazioni); invero, i dichiaranti, sottoponendosi all'esame, hanno evidentemente consentito ad esternare la propria posizione e le informazioni di cui erano a conoscenza, ben consapevoli delle conseguenze giuridiche delle stesse”*.

La sentenza del Consiglio di Stato del 22 aprile 2008 n. 1842 in esame riapre le porte ad una interpretazione del diritto di accesso che tutela in via principale l'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, necessaria per la tutela della sicurezza nonché della regolarità dei rapporti di lavoro e della regolarità contributiva, richiamando espressamente la giurisprudenza degli anni '90 ed in particolare le sentenze della sesta sezione n.65 del 1999 e n. 1604 del 1996.

Se così non fosse, infatti, l'interesse alla legalità verrebbe compromesso dalla comprensibile reticenza dei lavoratori, cui non si accordasse la tutela di non divulgare le dichiarazioni rese agli ispettori, mentre l'interesse del datore di lavoro risulterebbe comunque garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni.

Del resto, ove non si riconoscesse il principio in forza del quale l'accesso deve essere garantito quando ha ad oggetto un atto necessario ed indefettibile per la propria difesa in giudizio, l'esigenza di tutela di riservatezza dei terzi, che pure rappresenta uno dei valori fondamentali presi in considerazione dal legislatore, risulterebbe del tutto pretermessa.

Pertanto, l'eventuale conoscenza delle dichiarazioni rese agli ispettori da parte del datore di lavoro potrebbe comportare conseguenze pregiudizievoli per i dipendenti, mentre l'esigenza di difesa della società appare ampiamente soddisfatta dalla semplice conoscenza del verbale ispettivo nel quale sono riportati tutti gli elementi di fatto sui quali è basata l'ispezione.

I giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato, altresì, che il lavoratore si pone come diretto controinteressato all'accesso, sia quando abbia reso dichiarazioni che riguardano se stesso, sia quando tali dichiarazioni riguardino altri soggetti, in quanto potrebbe subire ripercussioni sia relativamente alla propria posizione all'interno dell'azienda che in rapporto all'ambiente professionale largamente inteso. In questo senso, il diniego all'accesso si propone di prevenire discriminazioni, pressioni o ritorsioni ai

danni del dipendente - che potrebbero essere poste in essere non solo da parte del datore di lavoro ma anche da terzi -, oltre che di perseguire l'interesse pubblico al rispetto della legalità, tanto nella regolarità dei rapporti di lavoro quanto nell'accertamento delle omissioni contributive.

Il Consiglio di Stato, inoltre, (anche nei precedenti conformi citati dalla sentenza n. 1842/2008) ha ritenuto che non possano ritenersi "indispensabili" per il datore di lavoro i documenti contenenti le dichiarazioni dei suoi dipendenti, in considerazione del fatto che egli è adeguatamente tutelato dall'obbligo di motivazione in capo all'amministrazione, dai controlli giurisdizionali che sulla stessa possono essere condotti e dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere.

Pertanto, deve ritenersi che i Regolamenti richiamati tutelino il diritto alla riservatezza solo in quanto strumento necessario a prevenire un danno ingiusto, identificato a titolo esemplificativo in quelle "pressioni, discriminazioni o ritorsioni" che il datore di lavoro potrebbe porre in essere a danno del lavoratore. Si tratta di uno strumento che l'ordinamento utilizza al fine di prevenire comportamenti *contra legem* che non sempre è possibile impedire in altro modo. Si prenda ad esempio il caso della simulazione di un rapporto di collaborazione, che mascheri un rapporto di lavoro subordinato: l'eventuale ritorsione del datore di lavoro consisterà quasi sempre nel licenziamento del lavoratore che, solo nei casi di cui all'art. 18 della legge n. 300/1970 (cd. tutela reale) e dopo un lungo procedimento giudiziario potrebbe essere reintegrato nel posto di lavoro. Lo strumento preventivo, pertanto, è in tali casi necessario e serve a realizzare il duplice obiettivo di tutelare la parte debole del rapporto di lavoro e di preservare l'efficacia degli strumenti ispettivi.

È pertanto auspicabile che la giurisprudenza si conformi a quest'ultimo orientamento, espresso dal Consiglio di Stato, peraltro pienamente conforme al quadro normativo attualmente vigente, che garantisce il rispetto, da un lato, dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, dall'altro del diritto alla riservatezza dei lavoratori, coniugandoli con l'interesse pubblico alla legalità e pur sempre senza compromettere il diritto alla difesa del datore di lavoro.

Francesca Ferrazzoli
Avvocato INPS

CORTE COSTITUZIONALE
Sentenza

Pensioni - Indennità di accompagnamento - Attribuzione agli stranieri extracomunitari non in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno - Esclusione - Incostituzionalità.

Corte Costituzionale - Sentenza 30.07.2008, n. 306 - Pres. Bile - Rel. Amirante.

Sono incostituzionali l'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e l'art 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

FATTO 1. — Nel corso di una controversia in materia di assistenza obbligatoria, promossa da una cittadina albanese nei confronti dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Tribunale di Brescia, sezione lavoro, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 11, 32, 35, 38 e 117, primo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001), e dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dall'art. 9 della legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18: a) in via principale, nella parte relativa all'inibizione della fruizione delle provvidenze assistenziali, e in particolare dell'indennità di accompagnamento, allo straniero, stabilmente e regolarmente presente nel territorio nazionale, ma privo della carta di soggiorno, in quanto in condizioni di salute che lo rendono totalmente inidoneo al lavoro e gli impediscono, quindi, di produrre un reddito sufficiente per mantenere se stesso e i suoi familiari; b) in via subordinata, nella parte relativa alla subordinazione dell'erogabilità allo straniero - regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato da almeno sei anni e titolare di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi - alla condizione reddituale richiesta per la carta di soggiorno.

Espone il giudice *a quo* che la ricorrente, coniugata con due figlie minori e pre-

sente nel territorio nazionale da più di sei anni, a seguito di un incidente stradale versa in stato di coma vegetativo e, conseguentemente, il 24 marzo 2005 ha presentato domanda per il riconoscimento del diritto all'indennità di accompagnamento la quale, in sede amministrativa, è stata respinta in quanto, pur essendole stato riconosciuto il possesso dei prescritti requisiti sanitari, si è rilevata la mancanza della titolarità della carta di soggiorno (della quale non può ottenere il richiesto rilascio per mancanza del requisito reddituale), che, a partire dal 1° gennaio 2001, il censurato art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 richiede per l'attribuzione della provvidenza in oggetto.

Conseguentemente, ha rinnovato la domanda in sede giudiziaria, previa proposizione della questione di legittimità costituzionale relativa alla richiamata disposizione, chiedendo, altresì, l'adozione di un provvedimento di urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. al fine di ottenere, in via cautelare, la condanna dell'INPS al pagamento della prestazione in oggetto con decorrenza dalla data della domanda presentata in sede amministrativa.

Il Tribunale adito, dopo aver accertato in via istruttoria il possesso da parte della ricorrente dei prescritti requisiti sanitari e l'onerosità del suo attuale ricovero presso una struttura sanitaria (la cui retta è a carico della famiglia dell'infortunata), ha accolto l'istanza cautelare e, con il medesimo provvedimento, ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale di cui si tratta.

Quanto alla rilevanza, il remittente osserva che, nella specie, il diniego della provvidenza costituisce un atto dovuto in applicazione del censurato art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, sicché soltanto la declaratoria di illegittimità costituzionale di tale norma potrebbe consentire l'accoglimento della domanda giudiziale.

In relazione al merito delle questioni, il giudice *a quo* sostiene, in primo luogo, che la normativa censurata viola gli artt. 2, 3 e 38 Cost. in quanto condiziona la fruizione di provvidenze di carattere universalistico, poste a tutela di diritti fondamentali della persona - quali sono quelle dell'assistenza sociale, tra le quali rientra l'indennità di accompagnamento - al possesso di un requisito - la titolarità della carta di soggiorno - inidoneo a fungere da elemento discriminante. Infatti, la principale diversità tra la carta e il permesso di soggiorno è rappresentata dalla dimostrazione - richiesta solo per la prima, ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dall'art. 9 della legge n. 189 del 2002 - di un reddito sufficiente per il sostentamento dello straniero e dei suoi familiari, sicché la scelta del legislatore appare non solo irrispettosa dei valori di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., ma anche contraddittoria sul piano logico e contrastante con le finalità proprie dell'assistenza, quali emergono dall'art. 38 Cost., dal momento che comporta il riconoscimento delle relative provvidenze ai soggetti economicamente autosufficienti, mentre lo esclude proprio per le ipotesi nelle quali la situazione di bisogno è più intensa.

Né tale scelta può fondarsi sul principio di reciprocità dei rapporti internazionali, visto che il legislatore italiano ha fatto propria la regola dell'universalità dei diritti umani, come si desume dall'art. 10, primo comma, Cost. (ove si afferma che l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute), dall'art. 11 Cost. (ove è stabilito che la Repubblica promuove e favorisce le organizzazioni rivolte allo scopo della costituzione di un ordinamento internazionale che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni) e dall'art. 35 Cost. (secondo il quale la

Repubblica promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro). Da questi tre parametri - e, in particolare, dagli ultimi due - si dovrebbe desumere che al nostro legislatore è inibito di introdurre norme che neghino l'esercizio di diritti riconosciuti dalle convenzioni internazionali in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale. Ciò, invece, si verifica nella specie, visto che l'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) n. 97 del 1949 (ratificata e resa esecutiva dalla legge 2 agosto 1952, n. 1305) vincola gli Stati aderenti ad assicurare agli immigrati trattamenti in materia di sicurezza sociale non meno favorevoli di quelli riconosciuti ai propri cittadini e l'art. 10 della Convenzione OIL n. 143 del 1975 (ratificata e resa esecutiva dalla legge 10 aprile 1981, n. 158) garantisce ai lavoratori migranti parità di opportunità e di trattamento anche in materia di sicurezza sociale.

Va, inoltre, considerato che, sulla base di quanto stabilito dai primi tre commi dell'art. 2 e dall'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, l'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge n. 18 del 1980 - al pari del trattamento di inabilità civile di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118 - rientra tra le provvidenze che, in presenza dei relativi presupposti di carattere sanitario, devono essere riconosciute a chiunque, purché legittimamente presente in modo stabile sul territorio nazionale.

2. — Si è costituito dinanzi a questa Corte l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), chiedendo che la questione venga dichiarata inammissibile ovvero infondata.

Ricorda l'Istituto che l'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998 aveva previsto per gli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno per durata non inferiore all'anno l'equiparazione ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e prestazioni di assistenza sociale, incluse quelle previste in favore di ciechi, sordomuti ed invalidi civili. Successivamente, l'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 ha stabilito che le provvidenze economiche in favore dei minorati civili spettano soltanto agli stranieri titolari di carta di soggiorno, mentre nei confronti degli stranieri titolari di permesso di soggiorno è fatto salvo esclusivamente il godimento delle altre prestazioni sociali, ivi compreso l'assegno di maternità. In tal modo il legislatore è intervenuto, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge n. 388 del 2000, nel senso di restringere le condizioni di accesso a determinate prestazioni assistenziali e di far venir meno, sulla base di un chiaro parametro di riferimento, l'equiparazione degli stranieri titolari di permesso di soggiorno ai cittadini italiani.

Tale scelta, secondo l'INPS, non sarebbe di per sé incostituzionale, in quanto, come chiarito da questa Corte, al legislatore è consentito dettare norme che modificano in senso meno favorevole la disciplina dei rapporti di durata (sentenza n. 324 del 2006 (1)) e, quindi, mutare i requisiti per la percezione delle prestazioni previdenziali o assistenziali, tanto più che lo stesso fluire del tempo costituisce un elemento idoneo a giustificare l'applicazione di trattamenti diversi, in differenti momenti temporali, a soggetti appartenenti alla medesima categoria.

D'altra parte, non vi sarebbe alcuna illegittimità nel differenziare le suddette prestazioni assumendo come criterio quello di favorire i soggetti che hanno una maggiore stabilità di residenza nel nostro Paese, tanto più che l'art. 80, comma 19, oggetto di contestazione, è stato dettato per evidenti finalità di contenimento della spesa pubblica.

3. — È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'inammissibilità e la non fondatezza della questione.

Alla prima conclusione potrebbe pervenirsi, in primo luogo, per il fatto che l'ordinanza di rimessione è carente di motivazione sulla rilevanza, non essendovi descritta in modo esauriente la fattispecie *sub indice*. Infatti, il giudice *a quo* omette di riferire: a) se la ricorrente sia dotata di un titolo - diverso dalla carta di soggiorno - che ne legittimi la permanenza in Italia; b) se il coniuge della ricorrente sia o meno titolare di permesso o di carta di soggiorno; e) se, quindi, la ricorrente sia in condizione di ottenere la richiesta indennità in conseguenza del suo *status* di coniuge di soggetto regolarmente soggiornante in Italia, in applicazione di una norma diversa da quella oggetto della sollevata questione (cioè l'art. 30 del d.lgs. n. 286 del 1998).

Alla medesima conclusione potrebbe giungersi anche sul rilievo che il remittente ha omesso di sperimentare la possibilità di concedere il beneficio sulla base di una diversa interpretazione della normativa censurata, come è stato fatto, per la stessa e consimili provvidenze, da altri giudici di merito.

Inoltre, anche la motivazione sulla non manifesta infondatezza sarebbe carente, essendo generico il richiamo degli invocati parametri costituzionali, sicché, pure per questa ragione, si potrebbe arrivare ad un declaratoria di inammissibilità.

Nel merito, la questione non sarebbe comunque fondata.

In linea generale, la determinazione dei presupposti cui ricollegare la spettanza del beneficio in argomento è di competenza del legislatore, le cui scelte discrezionali, nella specie, non sono sindacabili in questa sede non essendo palesemente irragionevoli.

Del resto, al legislatore è consentito limitare l'accesso dei cittadini extracomunitari a determinati benefici riconosciuti ai cittadini italiani - anche se, in ipotesi, ciò possa comportare una parziale compressione di diritti coperti da garanzia costituzionale - tutte le volte in cui sia necessario - principalmente per la scarsità delle risorse disponibili - operare una scelta di prevalenza tra posizioni giuridiche concorrenti, tutte parimenti costituzionalmente tutelate. In questa ottica appare del tutto comprensibile che la platea dei beneficiari sia stata, nella specie, ridotta ai cittadini italiani e agli stranieri che abbiano un rapporto serio e duraturo con lo Stato italiano, rapporto oggi rappresentato dalla situazione che consente il rilascio del permesso di soggiorno per i soggiornanti di lungo periodo.

Comunque, il riferimento all'art. 2 Cost. sarebbe - per l'interveniente - del tutto inconferente, visto che il riconoscimento dell'indennità in oggetto sicuramente non rientra tra i diritti inviolabili della persona ovvero tra i doveri inderogabili di solidarietà sociale, né pone in discussione un preteso diritto di reciprocità, in quanto si tratta di una provvidenza peculiare della legislazione italiana e che non trova riscontro nelle legislazioni di tanti altri Paesi.

Altrettanto ultroneo sarebbe il richiamo all'art. 3 Cost., perché una differenza di trattamento tra diverse categorie di cittadini extracomunitari ben può essere giustificata dal possesso di differenti titoli di soggiorno, "espressione di una diversa *affectio societatis*".

Impropria sarebbe anche l'invocazione degli artt. 32 e 35 Cost., che si occupano

di diritti diversi da quello in contestazione, mentre il richiamo all'art. 38 Cost. (peraltro, non presente nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione) sarebbe generico e, comunque, privo di fondamento, dal momento che la suddetta norma, di carattere programmatico, non comprende la pretesa ad ogni trattamento assistenziale, ma si limita a garantire una tutela minima, anche se adeguata alle esigenze di vita, nella quale non sembra rientrare l'indennità di accompagnamento.

Neppure persuasivo sarebbe il riferimento alle disposizioni costituzionali disciplinanti l'adeguamento del nostro ordinamento agli accordi internazionali e, in particolare, alle convenzioni OIL, in quanto da tali atti non nascono posizioni soggettive direttamente tutelabili dinanzi al giudice nazionale.

DIRITTO 1. — Il Tribunale di Brescia, in riferimento agli articoli 2, 3, 10, 11, 32, 35, 38 e 117, primo comma, della Costituzione, sospetta di illegittimità costituzionale l'articolo 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001), e l'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dall'art. 9 della legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18 (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili).

Il remittente espone di essere stato adito da una cittadina albanese, regolarmente soggiornante in Italia da oltre sei anni, coniugata con due figlie e totalmente inabile al lavoro, in stato di coma vegetativo a seguito di incidente stradale, per ottenere la condanna dell'INPS, convenuto in giudizio insieme con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, a corrisponderle l'indennità di accompagnamento.

Il remittente premette in fatto che, ad esclusione del possesso della carta di soggiorno, ricorrono tutte le condizioni perché la ricorrente possa fruire della indennità e che ella non può ottenere la suddetta carta soltanto per la carenza dei requisiti di reddito per il sostentamento proprio e dei suoi familiari.

2. — Motivata in tal modo la rilevanza della questione, il remittente afferma anzitutto l'illogicità delle norme e l'ingiustificata disparità di trattamento, relativamente ad una provvidenza assistenziale, degli stranieri extracomunitari rispetto ai comunitari e, quindi, il contrasto con gli artt. 2 e 3, con riguardo anche agli artt. 32 e 38 della Costituzione.

Censura, inoltre, le disposizioni suindicate per violazione degli artt. 10, 11 e 117, primo comma, Cost., in particolare in riferimento alle Convenzioni OIL n. 97 del 1949 (ratificata e resa esecutiva dalla legge 2 agosto 1952, n. 1305) e n. 143 del 1975 (ratificata e resa esecutiva con legge 10 aprile 1981, n. 158), le quali garantiscono ai lavoratori migranti parità di condizioni in materia di sicurezza sociale e, quindi, di godimento di prestazioni previdenziali e assistenziali; sostiene, altresì, la violazione dell'art. 10, primo comma, Cost., disposizione che sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

In subordine, richiamando gli stessi parametri, il remittente censura le medesime norme nella parte in cui subordinano la concessione dell'indennità di accompagnamento allo straniero extracomunitario, "regolarmente soggiornante in Italia da oltre sei

anni, che sia in possesso di permesso di soggiorno che consente un numero indeterminato di rinnovi, alla condizione del possesso del reddito richiesto per la carta di soggiorno".

3. — L'INPS, costituitosi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità della questione o la sua infondatezza in quanto, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il legislatore può intervenire sulla disciplina dei rapporti di durata, dettando norme peggiorative riguardo alle posizioni soggettive ad essi inerenti e, a tal proposito, ha invocato la sentenza n. 324 del 2006.

4. — L'Avvocatura dello Stato ha, a sua volta, eccepito l'inammissibilità della questione perché il remittente non avrebbe espressamente motivato sul possesso da parte della ricorrente di un titolo giustificativo della sua presenza in Italia, né sulla impossibilità di ottenere la carta di soggiorno in quanto coniuge di persona che potrebbe essere titolare di carta di soggiorno.

5. — Le eccezioni di inammissibilità non possono essere accolte.

Quella dell'INPS non è sorretta da alcuna argomentazione, mentre quelle dell'Avvocatura dello Stato non tengono conto, da un lato, che nell'ordinanza di remissione si afferma espressamente che la disabile è regolarmente soggiornante in Italia da oltre sei anni e che la carta di soggiorno non può esserle rilasciata soltanto per carenza del requisito reddituale - circostanze che non risultano contestate specificamente nel giudizio *a quo* - dall'altro, che la disposizione prevedente il diritto alla carta di soggiorno per il coniuge di chi ne è titolare è stata soppressa con il sopravvenuto art. 2, comma 1, del decreto-legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo), anche a voler trascurare il rilievo che non è affermata, ma soltanto genericamente ipotizzata, la titolarità della carta di soggiorno in capo al marito della ricorrente.

6. — È necessaria, in via preliminare, la precisazione che il remittente formalmente propone due questioni, la seconda in subordine al mancato accoglimento della prima, ma, in effetti, per l'identità delle disposizioni censurate e dei parametri evocati, ne solleva una sola, limitandosi esclusivamente a prospettare due possibili dispositivi, diversi soltanto nella loro ipotizzata formulazione letterale, ma non nella sostanza, essendo, in realtà, diretti entrambi ad escludere - per ricondurre la normativa a legittimità costituzionale, in base alle medesime ragioni - la necessità, per l'attribuzione del diritto all'indennità di accompagnamento, della ricorrenza della condizione di percettore di un reddito idoneo a soddisfare le esigenze di sostentamento proprie e dei familiari.

7. — Ancora in via preliminare, va affermata la non implausibilità della motivazione sulla rilevanza.

Non viene in questione il diritto comunitario e la sua diretta applicabilità, perché la vicenda non vede coinvolta una pluralità di Stati membri, come specificamente richiesto dall'art. 1 del Regolamento (CE) n. 859/2003 del Consiglio, in data 14 maggio 2003.

A prescindere, quindi, dalla sua fondatezza, non è pertinente la tesi, pur seguita da alcuni giudici di merito, secondo la quale le disposizioni della CEDU che vietano discriminazioni tra cittadini e stranieri riguardo all'applicazione di norme inerenti alla sicurezza sociale, tra le quali rientrano quelle che prevedono prestazioni assistenziali,

sarebbero entrate a far parte del diritto comunitario e sarebbero perciò direttamente applicabili.

D'altra parte, la diretta applicazione delle disposizioni della CEDU, in quanto tali, è da escludere, secondo quanto ritenuto da questa Corte nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, nonché n. 39 del 2008.

Né può pervenirsi ad un diverso risultato ipotizzando una diretta applicabilità delle convenzioni OIL, perché questa presuppone la condizione di lavoratore (o, quanto meno, di aspirante lavoratore, come si argomenta dalla richiamata sentenza n. 454 del 1998., oppure di familiare del lavoratore) dello straniero e, invece, nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Brescia non si fa menzione di tali condizioni.

8. — Per concludere l'esame dei profili preliminari, è necessario osservare che la sopravvenienza rispetto all'ordinanza di rimessione, depositata in cancelleria il 15 gennaio 2007, del d.lgs. n. 3 del 2007, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 30 gennaio 2007, n. 24, non ha mutato, nella sostanza, i termini della questione, né inciso sulla sua rilevanza nel giudizio di provenienza.

Il provvedimento legislativo suddetto, infatti, per quanto qui interessa, nel novellare l'art. 9 del d.lgs. n. 286 del 1998, ha sostituito - con valenza generale ed immediata, ai sensi dell'art. 2, comma 3, dello stesso d.lgs. n. 3 del 2007 - il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo alla carta di soggiorno, riducendo da sei a cinque anni il periodo di permanenza in Italia e determinando, come requisiti reddituali, la titolarità di un reddito almeno non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e la disponibilità di un alloggio idoneo "che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio" (art. 9, comma 1, citato).

Poiché dalla descrizione della fattispecie contenuta nell'ordinanza di rimessione la titolarità del reddito suddetto in capo all'aspirante alla prestazione assistenziale è da escludere, non è necessario disporre la restituzione degli atti al giudice del giudizio di merito per un nuovo esame della rilevanza e dei termini della questione.

9. — Quest'ultima, da scrutinare quindi nel merito, è fondata.

È opportuno premettere che l'indennità di accompagnamento - spettante ai disabili non autonomamente deambulanti, o che non siano in grado di compiere da soli gli atti quotidiani della vita, per il solo fatto delle minorazioni e, quindi, indipendentemente da qualsiasi requisito reddituale - rientra nelle prestazioni assistenziali e, più in generale, anche nella terminologia adottata dalla Corte di Strasburgo, attiene alla "sicurezza o assistenza sociale".

In tale ambito, questa Corte ha affermato che "le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari - necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie - debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza", ma anche che al legislatore è consentito "introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una "causa" normativa non palesemente irragionevole o, peggio, arbitraria" (sentenza n. 432 del 2005).

10. — Tutto ciò premesso, la Corte ritiene che sia manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accom-

pagnamento - i cui presupposti sono, come si è detto, la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita - al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito.

Tale irragionevolezza incide sul diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza. Ne consegue il contrasto delle disposizioni censurate non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con gli artt. 32 e 38 Cost., nonché - tenuto conto che quello alla salute è diritto fondamentale della persona (vedi, per tutte, le sentenze n. 252 del 2001 e n. 432 del 2005) - con l'art. 2 della Costituzione.

Sotto tale profilo e per i medesimi motivi, la normativa censurata viola l'art. 10, primo comma, della Costituzione, dal momento che tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato.

Al legislatore italiano è certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia (da ultimo, sentenza n. 148 del 2008). È possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni - non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza - alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini.

Le disposizioni censurate sono, pertanto, illegittime nella parte in cui - oltre ai requisiti sanitari e di durata del soggiorno in Italia e comunque attinenti alla persona, già stabiliti per il rilascio della carta di soggiorno ed ora (per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007) del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, non sospettati di illegittimità dal remittente - esigono, ai fini dell'attribuzione dell'indennità di accompagnamento, anche requisiti reddituali, ivi compresa la disponibilità di un alloggio, avente le caratteristiche indicate dal nuovo testo dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2006, p. 511

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Prestazioni - Assicurazione contro la disoccupazione - In genere - Piani di inserimento professionale dei giovani privi di occupazione (PIP) - Cumulo tra indennità oraria di cui all'art. 15 del d.l. n. 299 del 1994 (convertite con modificazioni nella legge n. 451 del 1994) e l'indennità di disoccupazione ordinaria - Esclusione - Applicazione analogica dell'art 8, comma 7, del d. lgs. n. 468 del 1997, relativo ai lavori socialmente utili (LSU) - Configurabilità - Fondamento.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro - 12.09. 2008, n. 23572 - Pres. De Luca - Rel. La Terza - P.M. Salvi (Diff.) - S. G. (Avv. Maffei) - INPS (Avv.ti Triolo e Fabiani).

In materia di piani di inserimento professionale dei giovani privi di occupazione (Pip), il soggetto che vi sia inserito è tenuto ad optare tra il mantenimento della indennità oraria di cui all'art. 15 del d.l. n. 299 del 1994 (conv., con modificazioni, nella l. n. 451 del 1994), e successive modificazioni, corrisposta per l'attività prestata e la formazione svolta, e la percezione dell'indennità di disoccupazione ordinaria, erogata dall'Inps, non essendo consentito il cumulo tra i due anzidetti trattamenti, giacché il pagamento dell'indennità oraria suddetta, unitamente al vantaggio della formazione impartita, è sufficiente a tutelare l'interessato assorbendo il generale rimedio della indennità di disoccupazione ordinaria. Infatti, in assenza di disposizioni specifiche, la disciplina che regola la compatibilità del compenso per la partecipazione al PIP e l'indennità di disoccupazione deve essere rinvenuta in quella dell'art. 8, comma 7, d.lg. n. 468 del 1997 per i lavori socialmente utili (Lsu) - che, appunto, prevede l'opzione tra trattamento per attività di lavoro socialmente utile ed indennità di disoccupazione - essendo ravvisabile una analogia tra i Pip e gli Lsu, avuto riguardo ai lavoratori che non godono di cassa integrazione o di indennità di mobilità, posto che entrambi gli istituti sono stati originariamente previsti dal citato d.l. n. 299 del 1994, che il Pip si risolve sostanzialmente nell'espletamento di un lavoro socialmente utile (seppure accompagnato da attività formativa) e che il suo compenso è pari a quanto in origine fissato per gli Lsu.

FATTO — S. G. in data 9 novembre 1998 aveva presentato domanda di disoccupazione ordinaria all'Inps, a seguito di cessazione, il 17 settembre 1998, del precedente rapporto di lavoro; il 13 gennaio 1999 l'Inps comunicava l'accoglimento della domanda ed il giorno successivo il lavoratore comunicava di avere ripreso lavoro il precedente giorno 11, partecipando ad un PIP (piano di inserimento professionale) con orario di 20 ore setti-

manali; l'Istituto chiedeva quindi il rimborso della somma pagata per la disoccupazione ordinaria per il periodo 11 gennaio - 31 gennaio 1999, pari a lire 2.331.840. Il Tribunale di La Spezia, cui lo S. si era rivolto per la declaratoria di compatibilità tra indennità di disoccupazione e il compenso ricevuto per il PIP, rigettava la domanda e la statuizione veniva confermata dalla Corte d'appello di Genova con la sentenza in epigrafe indicata.

Affermavano i Giudici di merito che, secondo il dettato costituzionale, l'obbligo dello Stato è di intervenire solo nei casi in cui la condizione di disoccupazione privi il lavoratore dei mezzi indispensabili per far fronte alle esigenze di vita primarie, per cui vi è decadenza dal trattamento in caso di chiamata al servizio militare, in caso di malattia e di maternità, nonché in caso di arresto e detenzione, per cui non è rilevante il requisito formale della inesistenza del rapporto di lavoro subordinato, ma quello sostanziale, inteso come mancanza di occupazione che determina la mancanza di mezzi adeguati. I PIP costituiscono una opportunità fornita ai giovani iscritti nelle liste di collocamento per acquisire una concreta qualifica professionale, perché al termine viene rilasciato un attestato di qualifica. Per espressa disposizione legislativa non si determina alcun rapporto di lavoro, al fine di incentivare i datori al ricorso a questo strumento, ma si instaura un contratto a causa mista, perché al periodo di formazione si affianca lo svolgimento di una esperienza lavorativa; è poi prevista la corresponsione di una indennità anche per le ore di formazione pari a 7.500 lire l'ora a carico dell'imprenditore, mentre l'orario è di 20 ore settimanali, per non più di 8 ore giornaliere e per un massimo di 12 mesi. Inoltre, non è vero che la esclusione della indennità di disoccupazione costituirebbe un forte disincentivo all'adesione al PIP proprio per l'opportunità di riqualificazione che esso offre. Stante quindi la regola per cui la indennità deve essere sospesa in caso di lavoro occasionale per più di due giorni, doveva comminarsi la decadenza dell'intero trattamento percepito e quindi la totalità dell'indebito.

Avverso detta sentenza lo S. propone ricorso con un unico motivo illustrato da memoria.

Resiste l'Inps con controricorso.

DIRITTO — Con un unico motivo si denuncia violazione della legge 451/94, di conversione del DL 299/94, difetto di motivazione e violazione delle regole concernenti il trattamento ordinario di disoccupazione, per non avere la Corte territoriale tenuto conto che la remunerazione ricavata dal PIP era del tutto insufficiente rispetto al principio dettato dall'art. 38 Costituzione, perché - essendo limitato alla misura massima di 80 ore mensili per 12 mesi, con una indennità oraria di 7.500 lire - il giovane percepisce al massimo 600.000 lire mensili, mentre la indennità di disoccupazione essendo all'epoca pari al 30% dell'ultima retribuzione (art. 4 comma 16 DL 510/96) sarebbe stata notevolmente superiore.

Il ricorso non merita accoglimento.

1. — I piani di inserimento professionale si iscrivono nel nuovo sistema introdotto da alcuni anni nel nostro ordinamento, che, a differenza di quello precedente, aspira ad offrire la tutela non solo "per" la disoccupazione, ma soprattutto "dalla" disoccupazione. Ed infatti, accanto alla forma di garanzia classica, costituita dalla corresponsione di una indennità per fornire mezzi di sostentamento a colui che non può trarli dal rapporto di lavoro, sono stati affiancati istituti di carattere "misto" che oltre a questa finalità, perse-

guono lo scopo di favorire l'inserimento, ovvero il reperimento nel mondo lavorativo in varie guise, con i nuovi istituti dei lavori socialmente utili, i Piani per l'inserimento professionale, le borse di lavoro di cui all'art. 5 del d.lgs 7 agosto 1997, n.280, il tirocinio formativo e di orientamento (art. 18 legge 196/97). Si parla a proposito di "politiche attive" del lavoro, intese ad evitare che lo stato di disoccupazione divenga perenne, con conseguente progressiva difficoltà dell'inserimento lavorativo.

2. — I piani di inserimento professionale sono stati introdotti dall'art. 15 del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 229, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451: sono diretti ai giovani di età compresa dai 19 fino ai 32 anni, nonché ai disoccupati di lunga durata e l'ambito di utilizzazione era, all'inizio, limitato alle aree svantaggiate dal punto di vista occupazionale (di cui all'art. 1 DL 148/93, convertito in legge 236/93). I Pip intendono quindi agevolare le scelte professionali, mediante la conoscenza diretta del modo del lavoro con inserimento che avviene (art. 15 comma 1 lettera A) attraverso la partecipazione a lavori socialmente utili, nonché ad iniziative formative, volte al recupero della istruzione di base; oppure (art. 15 comma 1 lettera B) attraverso la partecipazione a progetti che prevedono periodi di formazione e lo svolgimento di una esperienza lavorativa per figure professionalmente qualificate; la partecipazione dei giovani ai progetti non può essere superiore alle ottanta ore mensili, per un periodo massimo di dodici mesi, e, per ogni ora, sia di formazione, sia di attività al giovane è corrisposta una indennità pari a lire 7.500; l'utilizzazione nei progetti non determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro, non comporta la cancellazione dalle liste di collocamento e non preclude la stipulazione, al termine, di un contratto di formazione e lavoro.

La permanenza nelle liste di collocamento garantisce quindi all'interessato la possibilità di reperire un vero e proprio rapporto di lavoro, risultato che dovrebbe essere più facilmente conseguibile attraverso l'attività di formazione. Modifiche a questo impianto sono state introdotte dall'art 9 octies del DL 1 ottobre 1996, n.510, convertito in legge di conversione 8 novembre 1996, n. 608, ed ancora dall'art 1 del DL 20 gennaio 1998, n.4 convertite in legge 20 marzo 1998, n. 52.

La vigenza di detti piani è stata poi prorogata da leggi successive: legge 448/98 art. 81 comma 8, dalla legge 144/99 art. 66, dalla legge 388/2000 art 78, dalla legge 448/2001 art. 72 e dalla legge 289/2002 art. 41.

3. — I piani per l'inserimento professionale (quando si esplicano attraverso la partecipazione ai lavori socialmente utili, ai sensi della lettera A dell'art. 15, ma anche quando si esplicano secondo l'altra modalità prevista alla lettera B del medesimo articolo), si inseriscono nella disciplina dei lavori socialmente utili (LSU) come prevista all'art. 14 della medesima legge 451/94.

È noto che ai lavori socialmente utili vengono avviate due categorie: i titolari di trattamenti straordinari della cassa integrazione guadagni e i titolari della indennità di mobilità; in tal caso vi è uno scambio tra la prestazione per la disoccupazione che viene erogata, giacché entrambi i trattamenti citati hanno essenzialmente detto carattere, e l'attività resa a vantaggio delle generalità dei consociati, attraverso i lavori socialmente utili, prova ne sia il fatto che il diritto alle medesime prestazioni si può perdere in caso di rifiuto ingiustificato dell'assegnazione agli LSU (cfr. comma 3 del citato art. 14). Il lavoratore impegnato nell'attività socialmente utile non percepisce un compenso diverso ed ulteriore rispetto alla indennità di mobilità ovvero alla cassa integrazione di cui è in godimento,

perché sono queste prestazioni che valgono a compensare l'attività svolta nel LSU.

Successivamente è stata ammessa agli LSU un'altra categoria ed infatti il d.lgs n. 468 del primo dicembre 1997 (emesso in forza delle delega di cui all'art. 22 della legge n. 196/97) ha previsto che possano essere utilizzati negli LSU, ma solo su base volontaria, anche soggetti che non fruiscano né di indennità di mobilità né di cassa integrazione (art. 6 d.lgs 468/97); in tal caso (art. 8) a costoro viene erogato un assegno di 800.000 lire mensili.

4. — La differenza tra il compenso erogato per i Pip, pari al massimo a lire 600.000 (lire 7.500 l'ora per 80 ore mensili) e l'assegno di 800.000 lire erogato agli LSU, è giustificata dal fatto che solo per i primi è prevista una attività formativa, la quale viene compensata con una somma oraria pari a quella dell'ora lavorata, mentre gli addetti agli LSU svolgono esclusivamente attività lavorativa. Vi è da aggiungere che per i lavori socialmente utili il compenso spettante per chi non fruiva né di cassa integrazione, né di indennità di mobilità, era pari, all'origine, proprio alla medesima somma di 7.500 lire l'ora, anche in questo caso nel limite di ottanta ore mensili per non più di dodici mesi (art. 14 comma 4 legge 451/94), mentre solo con l'art. 8 comma 3 del d.lgs 468/97 l'assegno mensile fu portato a 800.000 lire.

5. — Nessuna norma regola espressamente la questione che interessa la fattispecie in esame, ossia la compatibilità del compenso per la partecipazione al Pip e l'indennità di disoccupazione.

Tuttavia, stante la analogia tra Pip ed LSU (per quanto concerne i lavoratori che non godono né di cassa integrazione né dell'indennità di mobilità), considerato anche il fatto che entrambi gli istituti sono stati previsti dalla stessa legge 451/94, che il Pip si risolve sostanzialmente nell'espletamento di un lavoro socialmente utile (ancorché accompagnato dall'attività formativa) e che il suo compenso è pari a quanto in origine fissato per gli LSU, per cui i due istituti rispondono tendenzialmente allo stesso modello, la soluzione va reperita nella normativa prevista per gli LSU.

Al riguardo l'art. 8 del citato d.lgs 468/97, dopo avere previsto al comma 5 che l'assegno per LSU è incompatibile con i trattamenti pensionistici diretti, prevede al comma 7 che i lavoratori che percepiscono l'indennità di disoccupazione ordinaria e che sono avviati agli LSU, possono optare per il trattamento previsto per gli LSU, ossia la somma di lire 800.000 mensili (come prevede il comma 3 dello stesso art. 8), oppure possono essere utilizzati negli LSU senza percepire alcunché in aggiunta, come previsto per i lavoratori titolari o dell'indennità di cassa integrazione, ovvero dell'indennità di mobilità.

Da ciò si evince che non è consentito il cumulo dei trattamenti legati alla disoccupazione e i compensi previsti per l'attività prestata al LSU.

Il che si iscrive nel sistema complessivo che si articola come segue: i titolari di cassa integrazione e di indennità di mobilità, quando sono occupati in questi lavori, non percepiscono alcunché; coloro invece che non sono titolari dei suddetti trattamenti e vengono occupati, percepiscono l'apposito compenso per LSU; se vengono occupati negli LSU i titolari di indennità di disoccupazione vi è possibilità di opzione: o si mantiene il trattamento in atto, ovvero lo si perde, scegliendo il compenso previsto per l'attività lavorativa svolta.

Si deve concludere, anche in assenza di un riferimento normativo preciso, che per i lavoratori assegnati ai Pip valga la stessa normativa prevista per gli LSU, nel senso

che si deve optare tra indennità di disoccupazione e compenso; né è ragionevolmente ipotizzabile un trattamento più favorevole per il lavoratore assegnato al Pip, perché egli usufruisce anche della formazione, che non è invece prevista per il lavoratore in LSU, il quale presta ordinaria attività lavorativa.

Si ritiene pertanto che l'inserimento nei Pip, con il pagamento dell'assegno corrispettivo alla prestazione resa, unitamente al vantaggio della formazione impartita, valga a tutelare l'interessato assorbendo il generale rimedio della indennità di disoccupazione.

Il ricorso va quindi rigettato.

Nulla per le spese ex art. 152 disp. att cod. proc. civ., non essendo applicabile *ratione temporis* il disposto dell'art. 42 comma 11 del DL 30 settembre 2003 n. 326, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326.

(Omissis)

Prestazioni - Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Tutela contro la disoccupazione ordinaria ed in agricoltura - Presupposto comune - Involontarietà dello stato di disoccupazione - Sussistenza - Liquidazione delle relative indennità - Periodo di disoccupazione involontaria nel territorio italiano - Necessità - Fondamento - Limiti - Fattispecie.

Corte di Cassazione - Sez. Lav. - 03.09.2008, n. 22151 - Pres. Mercurio - Rel. La Terza - P.M. Matera - T. L., S. B. e W. G. (Avv. Andreoni) - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo).

Posto che la tutela contro la disoccupazione opera sul presupposto - comune alla disoccupazione ordinaria ed a quella agricola - della "involontarietà" dello stato di disoccupazione medesimo, affinché sia possibile la liquidazione della relativa indennità è necessario che il suddetto presupposto sussista nello Stato italiano, giacché il sistema assicurativo nazionale è pur sempre improntato, in assenza di convenzioni internazionali di sicurezza sociale, al principio della territorialità, nel senso che gli eventi rilevanti per il rapporto assicurativo, e cioè sia il periodo di espletamento dell'attività lavorativa, sia il periodo di mancanza involontaria di lavoro, sono quelli trascorsi nel territorio nazionale, restando influente ogni evento che occorra in periodo trascorso all'estero. (Nella specie, la S.C., enunciando l'anzidetto principio, ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittima la trattenuta effettuata dall'Inps sull'indennità di disoccupazione, per taluni agricola e per altri ordinaria, in corrispondenza delle giornate coincidenti con il ritorno degli assicurati, cittadini stranieri, nei loro Paesi di origine, non legati da convenzioni di sicurezza sociale).

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Ravenna S. B. e T. L., legalmente residenti in Italia esponevano di avere presentato domanda all'Inps per ottenere l'indennità di disoccupazione agricola per l'anno 1998, avendo lavorato per un numero di giornate superiori alle 151 ed avendo quindi diritto al trattamento speciale ex art. 25 legge 457/72; W. G. aveva invece chiesto la indennità di disoccupazione per il 1999, in parte come lavoratore agricolo avente diritto al trattamento speciale ed in parte come lavoratore non agricolo avente diritto alla indennità di disoccupazione con i requisiti ridotti; tutti si dolevano che l'Istituto, nell'erogare la prestazione, avesse scomputato, dall'intero importo erogato, le giornate coincidenti con il loro ritorno nei paesi di origine, per illegittimità della trattenuta, giacché l'unica condizione per il diritto all'indennità, era lo svolgimento delle 151 giornate lavorative.

Nel contraddittorio con l'Inps, il Tribunale adito accoglieva la domanda, ma la statuizione veniva riformata dalla Corte d'appello di Bologna che, con la sentenza in epigrafe indicata, rigettava la domanda dichiarando legittima la ritenuta operata.

La Corte territoriale, contrariamente a quanto affermato dal primo Giudice, escludeva che fosse diversa la finalità delle due prestazioni, per cui quella ordinaria sosterebbe il lavoratore nei periodi di disoccupazione, mentre quella acquisita con i requisiti ridotti assumerebbe la funzione di integrazione del reddito a prescindere dallo stato di inoccupazione e dal suo controllo, dal momento che detta indennità era stata estesa, ad opera dell'art. 7 comma 3 legge 160/88, alle categorie prima escluse dalla applicazione dell'art. 37 r.d.l. 1827 del 1935, segno quindi che non si trattava di una prestazione nuova, ma della estensione della prestazione già esistente e come tale sottoposta anche alla condizione della involontarietà della disoccupazione.

Avverso detta sentenza i soccombenti propongono ricorso con un unico complesso motivo.

Resiste l'Inps con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso si censura la sentenza per violazione dell'art. 7 comma 3 L.160/88 perche il sistema prefigurato per la disoccupazione ordinaria e speciale e con i requisiti ridotti in agricoltura (art. 25 legge 457/72 e art.7 legge 160/88) impone limiti di accesso, ma non prevederebbe procedimenti di verifica e controllo dello stato di disoccupazione.

La mancanza di nesso tra lo stato di disoccupazione ed il diritto all'indennità sarebbe comprovata dal fatto che le giornate indennizzate sono relazionate a quelle lavorate nell'anno precedente, sia pure entro un limite massimo, ciò al fine di far emergere il lavoro sommerso, avendo il lavoratore interesse, per incrementare le giornate indennizzabili, a denunciare tutte quelle lavorate. Inoltre mentre l'indennità di disoccupazione ordinaria ha mantenuto nel corso del tempo la originaria funzione mutualistico assicurativa di sostegno al reddito del lavoratore che ha perso l'impiego, le altre tipologie di indennità, intervenendo a garanzia di situazioni intrinsecamente precarie, fungono da integrazione di un reddito annuo di per sé intermittente, a protezione di una disoccupazione certa e già maturata.

Il ricorso non merita accoglimento.

In primo luogo la tutela contro la disoccupazione è stata estesa ai lavoratori agricoli che in precedenza ne erano privi (art. 73 R.D. 4 ottobre 1935 n. 1827, convertito in legge 6 aprile 1936 n. 1155), ad opera della legge n. 264 del 29 aprile 1949 contenente "Provvedimenti in materia di avviamento al lavoro e di assistenza ai lavoratori involon-

tariamente disoccupati", di talché anche la indennità di disoccupazione agricola presuppone, a prescindere dai particolari sistemi di calcolo della indennità, la "involontarietà" dello stato di disoccupazione. È infatti su questo presupposto che trovano fondamento le disposizioni successive (D.P.R.3 dicembre 1970 n. 1049, legge 8 agosto 1972 n. 457, 27 novembre 1973 n. 852, 16 febbraio 1977 n. 37, art. 7 D.L. 86 del 1988 conv. in legge 160/88, interpretato autenticamente dall'art. 11 comma 23 legge 537/93).

Inoltre, ciò che conta è che lo stato di disoccupazione involontario sussista nello Stato Italiano, giacché il sistema assicurativo nazionale è pur sempre improntato, in assenza di convenzioni di sicurezza sociale, al principio della territorialità, nel senso che gli eventi rilevanti per il rapporto assicurativo, e cioè sia il periodo di espletamento dell'attività lavorativa, sia il periodo di mancanza involontaria di lavoro, sono quelli trascorsi nel territorio nazionale, restando invece ininfluyente ogni evento che occorra in periodo trascorso all'estero.

Ne consegue che il pagamento dell'indennità di disoccupazione che copra anche giornate trascorse in paesi non legati da convenzioni di sicurezza sociale, determinerebbe la "esportazione" di tale prestazione, che all'Istituto non è consentita. Si consideri che invece lo stato di disoccupazione all'interno dell'Unione europea riceve tutela ad opera del regolamento 1408/71, artt. 67 - 71.

È ben vero che la misura della indennità per i lavoratori agricoli a tempo determinato viene in qualche modo commisurata al numero di giorni lavorati nell'anno precedente, al fine evidente di disincentivare l'interesse del lavoratore a rapporti "in nero", ma ciò attiene solo al sistema di calcolo, senza però derogare al criterio fondamentale per cui scopo della indennità è quello di assicurare un reddito per un periodo che si considera essere di disoccupazione involontaria trascorso in Italia, in un periodo cioè in cui il lavoratore sarebbe disponibile a lavorare nel paese, senza però riuscire a trovare una collocazione lavorativa. I periodi di allontanamento dal territorio nazionale non possono quindi intrinsecamente ricevere tutela.

Il ricorso va quindi rigettato.

Nulla per le spese ex art. 152 disp. att. cod. proc. civ., non essendo applicabile *ratione temporis* il disposto dell'art. 42 comma 11 del D.L. 30 settembre 2003 n. 326, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326.

(Omissis)

Pensioni - Cumulo dei periodi assicurativi - Contribuzione utilmente valutabile - Limite massimo di quaranta anni - Sussistenza.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 07.07.2008 n. 18569 - Pres. Sciarelli - Rel. Toffoli - PM Pivetti - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Patteri) - C.E. (Avv. Medici).

La pensione liquidata nell'assicurazione generale obbligatoria in virtù del cumulo, ai sensi dell'articolo 16 della legge 233/1990, dei contributi accreditati in parte presso il fondo pensioni lavoratori dipendenti ed in parte presso le gestioni speciali per i lavoratori autonomi deve essere calcolata entro il limite complessivo di 40 anni di contribuzione.

FATTO — La Corte d'appello di Ancona, confermando la sentenza di primo grado, ha riconosciuto il diritto di E. C. di fruire, invece che di una pensione di anzianità liquidata nel fondo per i lavoratori dipendenti sulla base dei 40 anni di contribuzione presso lo stesso accreditati a suo favore (compresa una maggiorazione contributiva per esposizione all'amianto), di una pensione di anzianità liquidata, nell'ambito della gestione speciale dell'assicurazione obbligatoria IVS per coltivatori diretti, mezzadri e coloni, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 233/1990, sulla base del cumulo sia dei contributi accreditati presso il fondo lavoratori dipendenti che di quelli (relativi al periodo 5.4.1962-30.11.1971) accreditati presso la gestione speciale coltivatori, mezzadri e coloni, e quindi mediante la somma delle quote di pensione calcolate con le norme delle due gestioni e in relazione ai rispettivi contributi.

Secondo la Corte d'appello, infatti il tetto contributivo dei 40 anni è previsto ai fini della liquidazione delle pensioni nelle singole gestioni e non è operante rispetto al cumulo di quote di pensione contemplato dal citato art. 16.

L'Inps propone ricorso per cassazione affidato ad unico motivo.

L'assicurato resiste con controricorso.

DIRITTO — L'Inps, con l'unico motivo di ricorso, denuncia violazione dell'art. 9 della legge n. 463/1959; degli artt. 11 e 22 della legge n. 153/1969; dell'art. 7 della legge n. 9/1963; degli artt. 8, 9 e 16 della legge n. 233/1990; dell'art. 13 della legge n. 257/1992.

Si sostiene che in ogni caso deve essere rispettato, nella liquidazione della pensione, il limite massimo di anzianità contributiva di 40 anni, stante il principio dell'unità del rapporto previdenziale anche in caso di contributi versati alle varie gestioni dell'assicurazione obbligatoria.

Si osserva anche che nella specie l'art. 16 della legge n. 233/1990 non aveva avuto ragione di operare, dato che la pensione era stata liquidata nella gestione lavoratori dipendenti, senza ricorrere ad alcun cumulo, non necessario ai fini di conseguire il diritto al trattamento.

Si deduce ancora, in relazione al beneficio della maggiorazione contributiva per esposizione all'amianto ex art. 13 legge n. 257/1992, che la giurisprudenza ha chiarito che dello stesso possono fruire solo gli assicurati che non abbiano già raggiunto il massimo della prestazione conseguibile, sulla base di 40 anni di contribuzione.

Infine si osserva che l'assicurato nella specie avrebbe diritto al più, se in possesso dei requisiti di legge, ai supplementi di pensione secondo quanto previsto dalla normativa in materia (art. 7 legge n. 9/1963 e art. 9 legge n. 233/1990).

Il ricorso, che propone una questione interpretativa nuova, appare meritevole di

accoglimento.

È opportuno premettere che il regime dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, pur articolandosi nelle quattro diverse gestioni dei lavoratori dipendenti, dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, degli artigiani e dei commercianti, ha struttura unitaria, configurandosi, in relazione ad ogni assicurato, un rapporto assicurativo-previdenziale unico, in base al quale l'assicurato può conseguire la liquidazione di una sola unitaria pensione, mediante la valorizzazione dei contributi versati nelle varie gestioni, anche se con modalità diverse a seconda delle situazioni ed anche delle discipline normative succedutesi nel tempo (cfr. Cass. 9 novembre 1985 n. 5495 (1), 13 ottobre 1995 n. 10699, 20 gennaio 2003 n. 771 (2), 7 agosto 2003 n. 11930).

Per quanto riguarda in particolare il diritto alla pensione e la liquidazione della stessa, anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 233/1990 era previsto dall'art. 9, 1° comma, l. 4 luglio 1959 n. 463 e dagli artt. 20 e 21 l. 22 luglio 1966 n. 613 l'obbligatorio cumulo delle contribuzioni accreditate in più gestioni ai fini del conseguimento del diritto alla pensione e alla liquidazione della medesima, secondo criteri appositamente specificati (cfr. l'art. 21 cit.). Tale cumulo, però, poteva verificarsi solo ai fini della liquidazione, anche con il concorso dei contributi versati nella gestione per i lavoratori dipendenti, di una pensione secondo le regole delle gestioni speciali per i lavoratori autonomi, che comportavano la liquidazione della pensione con il metodo contributivo anche dopo che per i lavoratori dipendenti era entrato in vigore il metodo c.d. retributivo, mentre il pensionamento nell'ambito del fondo per lavoratori dipendenti - in relazione ai diversi criteri di liquidazione delle pensioni - poteva usufruire solo dei relativi contributi, salva la prevista valorizzazione in via di supplemento di pensione di contributi versati presso le gestioni autonome, prima del pensionamento (cfr. art. 25 l. 613/1966 con riferimento all'ipotesi di limite di età più elevato per la pensione di vecchiaia in una gestione speciale) o dopo lo stesso (cfr. art. 7 l. 23 aprile 1981). Inoltre l'art. 2-ter d.l. 2 marzo 1974, n. 30, convertito con modificazioni dalla l. 16 aprile 1974, n. 114, prevedeva che il pensionato a carico delle gestioni speciali per i coltivatori diretti, mezzadri e coloni, per gli artigiani e per gli esercenti attività commerciali aveva diritto alla liquidazione della pensione prevista dalle norme sulla assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti, con la decorrenza di legge e la contestuale revoca della precedente pensione, quando in un secondo momento tutti i requisiti si erano perfezionati nella assicurazione stessa indipendentemente dai contributi accreditati nelle gestioni speciali.

La legge 2 agosto 1990 n. 213, di riforma dei trattamenti pensionistici dei lavoratori autonomi, ha abbandonato la tecnica di liquidazione della pensione con il metodo contributivo anche nell'ambito delle gestioni speciali per i lavoratori autonomi, facendo riferimento sia per il versamento dei contributi che per la liquidazione della pensione, al reddito di impresa, effettivo (artigiani ed esercenti attività commerciali) o convenzionale (coltivatori diretti mezzadri e coloni), che assume quindi un ruolo analogo a quello svolto dalla retribuzione per i lavoratori dipendenti. Il rendimento ai fini pensionistici del reddito medio del periodo di riferimento (da rivalutarsi in base all'indice annuo del costo della vita) è fissato, come per i lavoratori dipendenti, nel 2 per cento per ogni anni di contribuzione, con l'analogo limite massimo dell'80 per cento, corri-

spondente a 40 anni di contribuzione (cfr. tabella C allegata alla legge 30 aprile 1969 n. 153, richiamata dagli artt. 5 e 8 della legge). È estesa, con i necessari minimi adattamenti, la disciplina sui cd. tetti di retribuzione pensionabile previsti per i lavoratori dipendenti (art. 5 e art. 8 della legge cit.).

Lo stesso nuovo metodo di liquidazione delle pensioni è stato esteso alla liquidazione di supplementi di pensione cui hanno diritto, per periodi di prestazione di attività come lavoratore autonomo successivamente al pensionamento, i titolari di pensione liquidata nell'assicurazione generale obbligatoria, vuoi nella gestione ordinaria che in una delle gestioni speciali per i lavoratori autonomi (artt. 6 e 9 della medesima legge).

A completamento della esposta riforma, l'art. 16 della legge innova in materia di liquidazione della pensione con il cumulo dei periodi assicurativi di cui il lavoratore sia titolare presso varie gestioni speciali per i lavoratori autonomi o presso una o più di tali gestioni e presso la gestione per i lavoratori dipendenti. Rimane ferma la regola che in tal caso la liquidazione avviene presso una delle gestioni speciali, ma l'importo della pensione è liquidato sulla base della somma delle quote calcolate con riferimento ai contributi versati presso le varie gestioni, secondo le regole applicabili a ciascuna di esse.

Tanto premesso, deve ora esaminarsi la questione se, in caso di liquidazione della pensione a norma dell'art. 16 cit., il limite massimo di 40 anni di contribuzione utilmente valutabile opera solo nell'ambito di ciascuna delle gestioni presso cui sono stati versati i contributi oppure anche complessivamente.

Appare da condividersi la seconda di tali ipotesi, e cioè quella secondo cui non è consentito superare, ai fini della liquidazione della pensione, i 40 anni di contribuzione. In tal senso depongono, pur in mancanza di dati testuali che espressamente la confermino, elementi di carattere logico-sistematico.

In primo luogo deve tenersi presente che l'art. 16, pur facendo riferimento alla tecnica di riconoscimento del diritto alla pensione e di liquidazione della stessa utilizzata ai fini del coordinamento di sistemi pensionistici diversi sul piano comunitario o internazionale e più di recente anche sul piano interno (sistema della totalizzazione dei periodi contributivi e delle liquidazioni di "pro-rata" nell'ambito di ciascuno di essi), presenta la particolarità sostanziale di essere funzionale al semplice coordinamento della gestione ordinaria e delle gestioni speciali nell'ambito dell'unitario regime di assicurazione generale obbligatoria, caratterizzato da regole di base uniformi e ormai anche da ampia omogeneità riguardo alle tecniche operative di dettaglio. Si verifica quindi un cumulo di contributi effettivo e non meramente virtuale e la liquidazione di una pensione unitaria e non di pensioni diverse, collegate, in qualche misura, solo funzionalmente.

In secondo luogo deve riconoscersi che il limite massimo di anni di contribuzione è stato introdotto, sia nel fondo lavoratori dipendenti (cfr. l'art. 5, primo comma, della legge 27 aprile 1968 n. 488 e la relativa tabella D, successivamente sostituita dalla tabella B e poi dalla tabella C, allegata alla legge n. 153/1969, a norma dell'art. 11 di questo testo), sia nei fondi speciali per i lavoratori autonomi, contemporaneamente all'introduzione del sistema ed. retributivo (o analogo) di liquidazione delle pensioni (ricalcandosi anche sotto tale profilo le regole dei sistemi pensionistici del pubblico

impiego), quale limite dei benefici che ordinariamente arreca al lavoratore il sistema retributivo di calcolo delle pensioni, con la sua valorizzazione, tendenzialmente, dei livelli di retribuzione (o di reddito) degli anni più favorevoli anche con riferimento ai periodi iniziali o comunque meno fortunati dell'attività lavorativa.

Il primo di tali elementi autorizza la considerazione unitaria del sistema pensionistico e il secondo evidenzia che non vi è ragione perché non operi il limite in questione nel caso di liquidazione di una pensione col sistema c.d. retributivo (o corrispondente) per il solo fatto che si procede al cumulo di contributi relativi a gestioni diverse. E proprio il caso in esame mette in luce la ingiustificata disparità di trattamento a cui condurrebbe una diversa soluzione. Otterrebbe infatti un più favorevole trattamento il lavoratore che possa cumulare ai quaranta anni di contribuzione nel fondo per i lavoratori dipendenti.

Con riferimento alla specie, quindi, non deve ritenersi possibile, diversamente da quanto ritenuto dal giudice *a quo*, cumulare alla quota di pensione derivante da 40 anni di contribuzione nel fondo per i lavoratori dipendenti una quota di pensione calcolata sulla base della contribuzione versata nel fondo per i coltivatori diretti e gli altri lavoratori autonomi dell'agricoltura. Viceversa deve riconoscersi che correttamente l'Inps ha liquidato la pensione nel fondo per i lavoratori dipendenti sulla base del massimo di contribuzione valutabile (non essendo neanche formulata l'ipotesi che avrebbe potuto assicurare un migliore risultato la valorizzazione di alcuni anni di lavoro autonomo in luogo di un numero corrispondente di anni di lavoro subordinato).

Quanto alle argomentazioni formulate dall'Inps con riferimento all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il beneficio della maggiorazione del periodo di contribuzione ultradecennale caratterizzato dall'esposizione all'amianto del lavoratore non è utilizzabile oltre il raggiungimento dei 40 anni di contribuzione, esse appaiono assorbite dalle considerazioni che precedono. È opportuno comunque rilevare la non plausibilità della ipotesi che rilevino ad ostacolare il raggiungimento di 40 anni di contribuzione (effettiva e convenzionale) presso il fondo lavoratori dipendenti da parte dei lavoratori esposti all'amianto le contribuzioni esistenti presso altre gestioni dell'assicurazione obbligatoria, in quanto non è ragionevole che la presenza di tale ulteriore contribuzione possa operare a detrimento dell'assicurato (stante la possibile e probabile più favorevole incidenza in concreto degli anni di contribuzione presso il fondo lavoratori dipendenti).

In conclusione, il ricorso deve essere accolto, con cassazione della sentenza impugnata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito con il rigetto della domanda.

Non deve disporsi per le spese del giudizio, ex art. 152 disp. att. c.p.c. nel testo anteriore a quello di cui all'art. 42, comma 11, del d.l. 30.9.2003 n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24.11.2003 n. 326, non applicabile *ratione temporis*.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1986, p. 499

(2) *Idem*, 2003, p. 855

Prestazioni - Assegni familiari - In genere - Braccianti agricole - Diritto agli assegni per il nucleo familiare - Presupposti oggettivi - Art. 14 D.P.R. n. 797 del 1955 - Applicabilità - Fondamento.

Corte di Cassazione - Sez. Lav. - 04.07.2008, n. 18490 - Pres. De Luca - Rel. Lamorgese - P.M. Matera (Diff.) - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo) - A. A.

Ai fini del riconoscimento del diritto delle lavoratrici agricole giornaliera all'erogazione dell'assegno per il nucleo familiare, l'art. 2 del d.l. 13 maggio 1988 n. 69 (conv., con modificazioni, nella l. 13 marzo 1988 n. 153), ha lasciato in vigore, per quanto riguarda i presupposti oggettivi e le modalità di erogazione, la disciplina di cui al D.P.R. 30 maggio 1955 n. 797; ne consegue che costituisce requisito indispensabile per la corresponsione dell'assegno, in ispecie relativo all'astensione obbligatoria e facoltativa di maternità fino al primo anno di vita del bambino, l'accertamento, ai sensi dell'art. 14 del citato D.P.R. n. 797 del 1955, di un rapporto di lavoro per un periodo minimo di almeno una settimana, dovendosi ritenere che, in relazione alla natura previdenziale degli assegni per il nucleo familiare (in quanto finalizzati ad eliminare, o a ridurre, l'accertata situazione di bisogno determinata dal carico di famiglia ove il sostentamento della stessa derivi dallo svolgimento di una attività lavorativa), sia necessario, in mancanza di una esplicita deroga, lo svolgimento effettivo dell'attività lavorativa.

FATTO — Con sentenza depositata il 18 aprile 2005 la Corte di appello di Lecce ha rigettato l'impugnazione dell'INPS avverso la decisione con la quale il Pretore di Brindisi aveva riconosciuto ad A. A. il diritto a percepire l'indennità di disoccupazione e l'assegno per il nucleo familiare per le giornate di assenza dal lavoro nell'anno 2000, durante il periodo di astensione facoltativa dopo la gravidanza.

Il giudice del gravame ha ritenuto, per quanto qui ancora interessa, che ai fini dell'assegno del nucleo familiare (il contrasto tra le parti permane solo su questa prestazione) sia sufficiente l'espletamento di cinquantuno giornate di lavoro nell'anno, senza che si debba accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato e continuativo per almeno una settimana prima dell'evento protetto, requisito previsto dall'art. 14 del T.U. approvato con il D.P.R. 30 maggio 1955 n. 797: questa norma, ad avviso del medesimo giudice, non è applicabile ai lavoratori agricoli giornalieri, perché incompatibile con il loro particolare stato giuridico o con le modalità delle loro attività lavorative.

La cassazione della sentenza è domandata dall'INPS con ricorso basato su un motivo.

L'intimata non ha svolto attività difensiva in questa sede.

DIRITTO — Con l'unico motivo l'INPS denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 14, primo comma n. 3, e 17 D.P.R. 30 maggio 1955 n. 797, in relazione agli artt. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. La disciplina dettata dall'art. 2 del decre-

to-legge 13 marzo 1988 n. 69, convertito, con modificazioni, nella legge 13 maggio 1988 n. 153, che ha istituito l'assegno per il nucleo familiare in favore dei lavoratori dipendenti e dei titolari di pensioni o di prestazioni previdenziali in sostituzione degli assegni familiari, al terzo comma del medesimo articolo ha rinviato, per quanto non previsto, alle disposizioni del T.U. sugli assegni familiari, approvato con il D.P.R. 30 maggio 1955 n. 797. Per i lavoratori dipendenti del settore dell'agricoltura, gli artt. 65 e 66 della normativa ora citata delimitano l'ambito soggettivo di spettanza e le modalità di corresponsione degli assegni, nulla disponendo quanto all'insorgenza del diritto e alla decorrenza della prestazione, aspetti che sono invece regolati dalla disciplina generale riguardante indistintamente i lavoratori dipendenti dei vari settori produttivi negli artt. 11 e ss. e, in particolare, le lavoratrici madri negli artt. 14 e 17. Non condivisibili, ad avviso dell'Istituto, sono le ragioni addotte dalla Corte di merito per escludere l'applicabilità del citato art. 14, in quanto privo di rilievo è il richiamo all'art. 8 della legge 12 marzo 1968 n. 334, che contempla fattispecie diversa, mentre il "particolare stato giuridico del lavoratore agricolo giornaliero, che presta la sua attività lavorativa occasionalmente e alle dipendenze di più datori di lavoro", non rende difficoltoso l'accertamento del rapporto di lavoro dato il nuovo sistema di rilevamento della mano d'opera (decreti-legge n. 7 del 1970 e 287 del 1972).

Il ricorso è fondato.

In ordine alla questione sottoposta all'esame della Corte, si devono registrare indirizzi contrastanti. La sentenza 22 febbraio 2006 n. 3864 ha negato che il diritto dei lavoratori agricoli giornalieri all'assegno per il nucleo familiare nei casi di assenza dal lavoro per infortunio sul lavoro, malattia e di assenza obbligatoria dal lavoro a causa di gravidanza o puerperio sia subordinato al presupposto previsto dall'art. 14 del D.P.R. 30 maggio 1955 n. 797, in considerazione della particolarità della loro prestazione lavorativa, priva del carattere della continuità e abitualmente prestata alle dipendenze di più datori di lavoro, ed essendo sufficiente, ai fini della continuazione dell'erogazione della prestazione, l'accertamento del numero delle giornate lavorative nel corso dell'anno, in base al quale è determinata l'entità della prestazione.

Tale indirizzo è stato di recente conformato da Cass. 8 febbraio 2008 n. 3081.

Invece, la pronuncia 23 giugno 2006 n. 14608 ha ritenuto l'applicabilità del citato art. 14, considerando la sussistenza di un rapporto di lavoro non inferiore ad una settimana prima dell'evento protetto presupposto necessario ai fini della continuazione della erogazione dell'assegno per il nucleo familiare alle lavoratrici madri nel periodo di astensione dal lavoro obbligatoria o facoltativa. Questa pronuncia ha sottolineato la *ratio* della norma, diretta ad evitare che venga attribuita la prestazione previdenziale "sulla base di assunzioni fittizie, particolarmente facili quando per la loro minima durata (inferiore ad una settimana) comportino oneri minimi o addirittura inesistenti a carico del datore di lavoro".

Il Collegio presta adesione a questo secondo orientamento. Sulla scorta di autorevole dottrina che nel contrasto circa la natura degli assegni familiari, se cioè retributiva o previdenziale, ha ritenuto preferibile quest'ultima soluzione, si deve infatti rilevare che essi erano vere e proprie prestazioni previdenziali erogate al fine di eliminare, o

quanto meno di ridurre, la accertata situazione di bisogno determinata dal carico di famiglia, in tutti quei casi in cui il sostentamento di questa è tratto dallo svolgimento di un'attività lavorativa, subordinata od autonoma, oppure dipenda dall'erogazione di prestazioni previdenziale.

L'art. 2 della legge 13 maggio 1988 n. 153 (di conversione del citato decreto-legge n. 69 del 1988), che ha sostituito agli assegni familiari l'assegno per il nucleo familiare, ha lasciato in vigore la disciplina preesistente per quello che riguarda i presupposti oggettivi e le modalità di erogazione della prestazione, la quale assume a parametro, per il riconoscimento del diritto, il reddito familiare. E si è evidenziato (v. Cass. 27 marzo 2004 n. 6155) come per il tenore letterale di talune delle disposizioni tuttora vigenti del richiamato testo unico sugli assegni familiari (in particolare gli artt. 1 e 12), la corresponsione di quella prestazione, ed oggi dell'assegno per il nucleo familiare, presupponga lo svolgimento effettivo presupponga lo svolgimento effettivo dell'attività lavorativa familiare, collegamento confermato dalla previsione normativa di situazioni nelle quali il mancato svolgimento dell'attività di lavoro è equiparato alla prestazione effettiva, rimarcandosi in relazione a tali situazioni la eccezionalità della disciplina rispetto alla regola generale, "atteso che la previsione sarebbe superflua ove si configurasse un collegamento esclusivo fra il diritto all'assegno e la retribuzione, si da far ritenere la corresponsione dell'assegno in carenza di prestazione effettiva, ma in presenza di retribuzione, come un'ipotesi normale all'interno del suddetto collegamento esclusivo".

Riferimento a questo collegamento deve rinvenirsi anche nella disposizione contenuta nel comma decimo dell'art. 2 del citato d.l. n. 69 del 1988, ove è specificato che l'assegno non spetta se la somma dei redditi da lavoro dipendente, da pensione o da altra prestazione previdenziale derivante da lavoro dipendente è inferiore al settanta per cento del reddito complessivo del nucleo familiare.

Alla stregua delle suesposte considerazioni, deve concludersi che ai fini del riconoscimento del diritto delle lavoratrici madri all'assegno per il nucleo, obbligatoria precedente e successiva al parto, e di quella facoltativa nel primo anno di vita del bambino, requisito necessario, in base a quanto disposto dall'art. 14 T.U. sugli assegni familiari, l'accertamento di un rapporto di lavoro, almeno nella durata minima stabilita dalla medesima.

Il giudice di merito ha deciso in modo difforme dal principio ora esposto, per cui il ricorso dell'Istituto va accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata.

Poiché da quello che risulta dalla stessa sentenza, la lavoratrice non ha neppure prospettato di avere prestato attività lavorativa per un periodo di tempo non inferiore ad una settimana (o di sei giorni anche non consecutivi, secondo la precisazione contenuta nella deliberazione dell'INPS n. 32 del 1° aprile 1997) alle dipendenze di uno o più datori di lavoro prima dell'evento protetto, la causa va decisa nel merito, con il rigetto della domanda.

L'intimata, sebbene soccombente, resta esonerata, ai sensi dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ., dal pagamento delle spese del presente giudizio e delle precedenti fasi di merito.

(Omissis)

Prestazioni - Assicurazione contro la disoccupazione - Indennità di mobilità - Misura - Determinazione su base giornaliera - Corresponsione - Cadenza mensile - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 20.05.2008, n. 12747 - Pres. Mercurio - Rel. Morcavallo - P.M. Riello - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo) - M. P.

L'indennità di mobilità, di cui all'art. 7 della legge n. 223 del 1991, pur essendo determinata, alla stregua della disciplina dell'indennità di disoccupazione, su base giornaliera, deve essere corrisposta con cadenza mensile, attese le peculiarità della relativa disciplina che si riferisce 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, per questo aspetto, 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 — Con ricorso al Tribunale di Napoli, in funzione di giudice del lavoro, M. P., premesso di avere percepito dall'INPS l'indennità di mobilità di cui alla legge n. 223 del 1991 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, chiedeva la condanna dell'Istituto al pagamento degli interessi legali sulle prestazioni ricevute in ritardo, nella misura dei conteggi allegati ai ricorsi, oltre interessi ulteriori dai rispettivi pagamenti al soddisfo ex art. 1194 c.c.

Il Tribunale, con sentenza 16 ottobre 2000, respingeva la domanda, 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 della lavoratrice e condannava l'Istituto al pagamento degli interessi legali così come richiesti, 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.

Di questa decisione l'INPS domanda la cassazione con ricorso affidato ad un unico motivo.

La lavoratrice è rimasta intimata.

DIRITTO — 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, 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.

Il motivo è fondato.

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).

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 disci-

plina 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.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, con il rigetto della domanda originariamente proposta dalla odierna intimata.

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

Lavoro (Rapporto di) - Lavoro subordinato - Indennità - Di fine rapporto di lavoro - In genere - Insolvenza del datore di lavoro - Fondo di garanzia gestito dall'INPS - Credito del lavoratore relativo al trattamento di fine rapporto e alla retribuzione dell'ultimo trimestre, ammessi al passivo del fallimento - Interessi dovuti su tali somme - Determinazione - Contratto collettivo applicabile al rapporto - Commisurazione - Necessità.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro - 05.05.2008, n. 11009 - Pres. Ciciretti - Rel. Bandini - P.M. Lo Voi - D.P. G.A., M. R. e P. A (Avv.ti Massidda e Signorelli) -INPS (Avv.ti Triolo e Fabiani).

Il t.f.r. che il Fondo di garanzia dell'Inps, di cui all'art. 21. n. 297 del 1982, è tenuto a pagare ai lavoratori, in sostituzione del datore di lavoro insolvente, si identifica con l'oggetto del credito che, allo stesso titolo, risulta ammesso al passivo del fallimento. Ne consegue che l'obbligazione del Fondo comprende, oltre al capitale, gli accessori - con decorrenza dal giorno della maturazione del diritto e fino al giorno dell'effettivo pagamento - dovuti dal datore di lavoro insolvente in base alle previsioni contenute nel c.c.n.l. dal medesimo applicato ed ammessi al passivo fallimentare. (Nella specie, i lavoratori avevano chiesto il pagamento degli interessi previsti dal contratto collettivo nazionale di lavoro del settore tessile abbigliamento, come ammesso allo stato passivo del fallimento, mentre l'Inps aveva corrisposto l'importo capitale con rivalutazione monetaria ed interessi legali; la S.C., nell'affermare il principio su esteso, ha cassato con rinvio la sentenza che aveva rigettato la domanda di pagamento degli importi differenziali avanzata dai lavoratori).

FATTO — Le odierne ricorrenti D. P. B. A., M. R. e P. A., già dipendenti della fallita K. B. spa, chiesero in via amministrativa all'Inps, a mente dell'art. 2 legge n. 297/82, il pagamento del TFR, nonché degli interessi contrattuali (TUS + 5%, giusta la previsione dell'art 47 CCNL Tessili Abbigliamento), come ammessi allo stato passivo del fallimento; l'Inps corrispose invece l'importo capitale con rivalutazione monetaria e interessi legali.

Da ciò il ricorso delle lavoratrici al Tribunale di Bergamo - Giudice del Lavoro per ottenere la condanna dell'Inps al pagamento degli importi differenziali tra quanto loro dovuto per interessi contrattuali maturati sul TFR e quanto loro già corrisposto per interessi e rivalutazione monetaria.

Il Giudice adito, sulla resistenza dell'Istituto, respinse la domanda e la Corte d'Appello di Brescia, con sentenza del 9.2 - 31.3.2006, rigettò l'impugnazione spiegata dalle lavoratrici.

La Corte territoriale osservò, a sostegno del *decisimi*, che:

1) dal testo del contratto collettivo prodotto in giudizio risultava chiaramente che gli interessi convenzionali erano stati pattuiti quali interessi moratori, con finalità sanzionatorie del ritardo nei pagamenti, della sola retribuzione mensile e non del TFR, cosicché, trattandosi di clausola contrattuale, non poteva essere operata, in assenza di richiami diretti o indiretti, alcuna interpretazione estensiva o per analogia;

2) dalla natura di accollo *ex lege* dell'obbligazione a carico del Fondo di garanzia non poteva essere desunto anche l'obbligo del pagamento degli interessi al tasso convenzionale, potendo tale accollo essere stato limitato, quanto al recepimento della disciplina contrattuale del credito del lavoratore, alla sola sorte capitale senza estensione agli accessori (così come espressamente previsto dall'art. 2 comma 5 del dl.vo n. 80/92 per quanto riguarda le ultime tre mensilità) ed essendo contrario alla finalità dell'intervento sostitutivo del Fondo consentire un aggravio di interessi, in misura superiore a quella legale, in forza di una disposizione contrattuale diretta a sanzionare un ritardo al quale l'Istituto previdenziale era estraneo e sul quale non poteva intervenire prima degli accertamenti di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 2 legge n. 297/82 e della domanda degli interessati.

Avverso l'anzidetta sentenza della Corte territoriale D. P. B. A., M. R. e P. A. hanno proposto ricorso per cassazione fondato su un unico motivo, con formulazione del questo di diritto ai sensi dell'art 366 bis cpc.

L'Inps ha resistito con controricorso.

DIRITTO 1. — Con l'unico complesso motivo le ricorrenti lamentano, in relazione all'art 360, comma 1, n. 3, cpc, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1 e 2 legge n. 297/82 in relazione agli artt. 1124 e 1282 cc, 429, comma 3, cpc e 47 CCNL Tessili Abbigliamento, in particolare osservando che:

- la natura retribuiva del TFR rimane sempre tale, ancorché, in base ad accollo *ex lege*, il trattamento di fine rapporto debba essere erogato dall'Inps, cosicché anche relativamente a detto trattamento, deve riconoscersi il diritto del lavoratore a percepire gli interessi nella misura pattizia;

- il diritto del lavoratore alla percezione degli interessi pattizi, con esclusione della possibilità di loro cumulo con la rivalutazione monetaria, comporta l'obbligo del

Fondo di Garanzia di corrisponderli, posto che l'Inps si sostituisce al datore di lavoro e non alla procedura fallimentare, cosicché gli accessori del credito per TFR, spettanti nella stessa misura dovuta dal datore di lavoro, sono dovuti anche dall'Istituto così come ammessi allo stato passivo a carico del datore di lavoro insolvente, con decorrenza dalla cessazione del rapporto e fino alla data del pagamento; inoltre gli accertamenti di cui all'art. 2 legge n. 297/82 e la domanda degli interessati non determinano il sorgere del diritto del lavoratore al percepimento di capitale e accessori, ma costituiscono soltanto le condizioni per consentire all'Istituto la verifica dell'effettiva esistenza del credito e della sua entità.

2. — Osserva la Corte che il Fondo di garanzia è stato istituito presso l'Inps 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 ai loro aventi diritto; il lavoratore, al fine di ottenere la prestazione da parte del Fondo, deve presentare apposita domanda amministrativa, la quale, a sua volta, presuppone - per l'ipotesi che qui specificamente rileva - l'avvenuta verifica dell'esistenza e della misura del credito in sede di ammissione al passivo fallimentare.

Appare quindi condivisibile quanto già affermato dalla giurisprudenza di questa Corte secondo cui il diritto alla prestazione da parte del Fondo non nasce direttamente dal rapporto di lavoro, ma dal distinto rapporto assicurativo - previdenziale (cfr, Cass., n. 27917/2005) e nella concorrenza dei presupposti previsti dalla legge, costituiti (sempre con riferimento all'ipotesi qui presa in esame) dall'insolvenza del datore di lavoro e dall'accertamento del credito nell'ambito della procedura concorsuale, secondo le regole specifiche di quest'ultima.

Deve 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, attribuendo al credito verso l'organo di garanzia una natura diversa, finisca per ridurne in qualche modo l'importo rispetto a quello dovuto dal datore di lavoro (cfr, *ex plurimis*, Cass., n. 27917/2005, cit.).

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.

Va al riguardo osservato che le previsioni di cui all'art. 2 legge n. 297/82 da un lato escludono che il Fondo debba intervenire prima della dichiarazione di insolvenza e di ammissione al passivo del credito fatto valere; dall'altro non dettano alcuna disposizione affinché l'Inps venga informato degli elementi necessari per l'accertamento del diritto e della misura della prestazione, essendo sufficiente a sorreggere la pretesa di pagamento nei confronti del Fondo di garanzia la dimostrazione che il credito sia stato

ammesso al passivo; dal che è stato desunto *"che la verifica sull'esistenza del credito non compete all'Istituto"* (cfr, Cass., n. 3939/2004, in motivazione).

Ed invero, attesa la già rilevata autonomia dell'obbligazione del Fondo rispetto a quella del datore di lavoro (non trattandosi di un'unica obbligazione con pluralità di debitori, ma di distinte obbligazioni, l'una nascente dal rapporto assicurativo - previdenziale, l'altra dal rapporto di lavoro), ne deriva l'inapplicabilità della disciplina relativa alle obbligazioni solidali, cosicché deve escludersi che l'Inps sia abilitato, secondo le regole di queste ultime, a contestare l'esistenza e l'ammontare del credito retributivo, esprimendo invece la legge la regola opposta, vale a dire che il presupposto dell'obbligazione del Fondo è che sia stato accertato, nei modi tassativamente specificati, un credito nei confronti del datore di lavoro.

Tale conclusione non solo appare coerente con la procedura per l'accertamento ed il conseguimento di quanto dovuto dal Fondo di garanzia, ma risulta, altresì, funzionale allo scopo della norma di garantire al lavoratore proprio il pagamento di quel credito di lavoro (TFR) che sia rimasto insoddisfatto per l'insolvenza del datore di lavoro.

Ne discende che il trattamento di fine rapporto che il Fondo di garanzia è tenuto a pagare ai lavoratori, in sostituzione del datore di lavoro insolvente, si identifica con l'oggetto del credito che, allo stesso titolo, risulta ammesso al passivo del fallimento.

3. — A diverse conclusioni non può condurre la disposizione del comma 7 dell'art. 2 legge n. 297/82, secondo cui il Fondo deve provvedere al pagamento del credito del lavoratore entro lo *spatium* deliberandi di sessanta giorni dalla domanda dell'interessato, poiché tale termine è stato fissato dal legislatore per permettere lo svolgimento delle necessarie indagini sulla richiesta formulata dal lavoratore, ma non può incidere sulla natura sostanziale del credito e non può quindi pregiudicare, con riferimento al suo ammontare, il credito del lavoratore, *"...il quale, in forza della disciplina in esame, ha il diritto di ottenere il medesimo bene che dovrebbe essergli corrisposto dal datore di lavoro, salvo l'eventuale maggior danno risarcibile in via autonoma dall'Istituto, ai sensi dell'art. 1224 cod. civ., per il mancato rispetto del predetto termine"* (cfr, Cass., SU, n. 14220/2002; nonché, Cass, n. 10968/1995).

4. — Non può poi condividersi l'avviso della Corte territoriale che, traendo spunto dalla disciplina dettata dall'art. 2, comma 5, dl.vo n. 80/92 (secondo la quale, in relazione a) pagamento degli emolumenti diversi dal trattamento di fine rapporto e inerenti agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, gli interessi e la rivalutazione monetaria sono dovuti dalla data di presentazione della domanda), ha ritenuto che l'accollo ex lege a carico del Fondo possa essere *"...stato limitato, quanto al recedimento della disciplina contrattuale del credito del lavoratore, alla sola sorte capitale senza estensione agli accessori"*; infatti, come già osservato dalle Sezioni Unite di questa Corte, le anzidette previsioni legislative costituiscono *"...un apposito dettato normativo, avente carattere di eccezione - non influente sulla natura dell'erogazione dovuta dal Fondo -, e confermativo della regola generale relativa all'obbligo di pagamento del trattamento di fine rapporto"* (cfr, Cass., SU, n. 14220/2002).

5. — Atteso infine il dato fattuale, invero pacifico, secondo cui le lavoratrici ricorrenti sono state ammesse al passivo per l'importo capitale *"oltre interessi contrattuali"*, deve convenirsi, sulla base delle considerazioni che precedono, che gli accessori sul TFR (dovuti dal Fondo a far tempo dalla maturazione del credito a mente dell'art. 2

legge n. 297/82) si identificano appunto con gli interessi dovuti dal datore di lavoro in base al CCNL applicato e restano determinati nei termini previsti in sede di ammissione al passivo fallimentare del credito stesso, senza che residui spazio, in relazione alla fissazione dell'ammontare complessivo dell'obbligazione gravante sul Fondo, per altra difforme valutazione sulla loro spettanza.

Resta pertanto assorbito il profilo del motivo di ricorso relativo all'applicabilità ai crediti da TFR degli interessi contrattuali previsti dal CCNL di settore per il ritardo nel pagamento delle retribuzioni.

6. — In base alle considerazioni che precedono il ricorso va accolto, la sentenza impugnata va cassata e la causa va rinviata ad altro Giudice di pari grado, indicato in dispositivo, che giudicherà attenendosi al seguente principio di diritto: *"Il trattamento di fine rapporto, che il Fondo di Garanzia di cui all'art. 2 della legge n. 297 del 1982, gestito dall'Inps, è tenuto a versare in sostituzione del datore di lavoro in caso di insolvenza di quest'ultimo, comprende, oltre al capitale, gli accessori - con decorrenza dal giorno della maturazione del diritto e fino al giorno dell'effettivo pagamento - dovuti dal datore di lavoro insolvente in base alla previsioni contenute nel CCNL dal medesimo applicato e che restano determinati nei termini previsti in sede di ammissione del credito al passivo fallimentare"*.

Il Giudice di rinvio provvede altresì sulle spese di lite del giudizio di cassazione.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Lavoro subordinato - Indennità - Di fine rapporto di lavoro - In genere - Insolvenza del datore di lavoro - Fondo di garanzia gestito dall'INPS - Cessione del credito - Rilevanza ostativa all'intervento del fondo - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro - 08.04.2008, n. 10208 - Pres. Mattone - Rel. Di Nubila - P.M. Matera - L. F. S.p.A. (Avv. Hinna Danesi) - INPS (Avv.ti Triolo e Fabiani).

La funzione previdenziale dell'intervento del Fondo di garanzia dell'Inps, di cui all'art. 2 l. n. 297 del 1982, non osta all'intervento del Fondo a favore del cessionario a titolo oneroso del credito relativo al t.f.r. spettante al lavoratore, in quanto l'intervento è previsto in favore degli "aventi diritto" e, con tale termine, che non può che essere inteso nel medesimo significato attribuito all'identica espressione contenuta nell'art. 2122 c.c., si fa riferimento agli aventi causa in genere del lavoratore, a prescindere dal titolo, universale o particolare, della successione nel diritto.

FATTO 1. — La L. F. s.p.a, quale cessionaria dei crediti per TFR dei lavoratori R. G. e M. M., adiva il Tribunale di Como per chiedere nei confronti dell'INPS la corresponsione dei relativi importi ai sensi dell'art. 2 della Legge n. 297.1982, importi per i quali vi era stata insinuazione nel passivo del fallimento della U.T. Il Tribunale respingeva la domanda. Proponeva appello la L. la Corte di Appello di Milano confermava la sentenza di primo grado così motivando:

- lo scopo della legge è quello di assicurare ai lavoratori il pagamento del TFR contro il rischio dell'insolvenza dei datori di lavoro;

- la relativa azione è data al lavoratore o agli aventi diritto del medesimo; non quindi a qualsiasi cessionario del credito, ma solo ai soggetti indicati dall'art. 2122 con l'espressione "aventi diritto".

2. — Ha proposto ricorso per Cassazione la L. deducendo un motivo. Resiste con controricorso l'INPS. Parte ricorrente ha presentato memoria integrativa.

DIRITTO 3. — Con l'unico motivo del ricorso, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360 n. 3 CPC, degli artt. 2 della Legge n. 297.1982, 12 delle Preleggi, 2122 e 1949 Codice Civile: l'espressione "aventi diritto" contenuta nell'art. 2 citato non significa un rinvio all'analoga espressione contenuta nell'art. 2122 comma 2 Codice Civile, laddove sarebbe stato agevole inserire nell'art. 2 un espresso rinvio all'art. 2122.

Né giova l'art. 2 comma 8 della ridetta Legge n. 297.1982, che dispone il divieto di utilizzare le disponibilità del fondo di garanzia al di fuori delle finalità istituzionali, trattandosi di norma che rafforza il vincolo di destinazione precludendo erogazioni che non si identifichino nel TFR. Non dubitandosi della cedibilità del credito per TFR, ne deriva che tra gli aventi diritto che possono richiedere il pagamento all'INPS rientra anche il cessionario.

4. — Sostiene in contrario l'INPS che la Legge n. 297.1982, in attuazione della Direttiva CE n. 987.1980, ha la finalità di tutelare i lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, onde la relativa erogazione deve essere circoscritta a coloro che direttamente risentono del rischio protetto. Unico soggetto legittimato è quindi il lavoratore, cui possono sostituirsi gli "aventi diritto" che si identificano, stante l'uso di espressione identica, nei soggetti indicati dall'art. 2122 Codice Civile come coloro che hanno diritto di percepire il TFR in sostituzione del lavoratore deceduto. La dicitura "aventi diritto" non può essere equiparata ad "aventi causa".

5. — Replica in memoria integrativa la L. spa che la stessa espressione "aventi diritto" si rinviene anche nell'art. 1 del Decreto Legislativo n. 80.1992, il quale ha istituito l'intervento del Fondo per il pagamento degli ultimi tre mesi di retribuzione. È noto che il credito per retribuzione non spetta "iure proprio" ma si trasferisce "mortis causa" e pertanto non trova ingresso la disciplina di cui all'art. 2122 Codice Civile. Ma la norma usa la stessa espressione, e quindi rimane dimostrato che per "aventi diritto" non si deve intendere in senso restrittivo i soli soggetti legittimati a percepire "iure proprio" il TFR in caso di decesso, ma gli aventi causa.

6. — Va premesso che l'INPS non contesta la cedibilità in sé del credito per TFR; cosa che del resto è ammessa dalla giurisprudenza Vedi al riguardo Cass. 1.4.2003 n. 44930: "Qualora il lavoratore abbia ceduto, a garanzia di un finanziamento ricevuto, il

proprio futuro credito per TFR, va escluso che la cessione integri un'ipotesi di frode alla legge, consistente nella violazione del divieto di patto commissorio relativo al credito suddetto, essendo legittima (la) cessione del credito a fini di garanzia e non essendo estensibile in via analogica, oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e di pegni anche di crediti, la disciplina di cui all'art. 2744 Codice Civile, costituente norma di natura eccezionale”.

7. — La posizione assunta dall'INPS quale ente gestore del Fondo e condivisa dai giudici di merito appare ispirata all'esigenza di circoscrivere il novero dei soggetti legittimati a valersi di fondi di solidarietà ed è innegabile come una certa perplessità possa cogliere l'interprete nell'ipotizzare che ad una erogazione avente tali caratteri possa accedere una finanziaria, beninteso previa cessione a titolo oneroso del credito relativo. A tale osservazione va peraltro contrapposta la considerazione che, ove la società cessionaria non ottenga soddisfacimento del credito acquisito, la cessione fatta “prò solvendo” espone il lavoratore ed i suoi aventi causa o aventi diritto all'azione di restituzione, dato che il cedente garantisce “ex lege” l'esistenza del credito (art. 1266 Codice Civile) e può garantire nel contratto di cessione la bontà del credito ceduto (art. 1267 stesso codice: il che sarà la regola in caso di contratti scritti predisposti dalla finanziaria).

8. — Giova altresì ricordare che a sensi dell'art. 1263 Codice Civile il credito ceduto non perde la propria natura, ma si trasferisce al cessionario con i privilegi, le garanzie personali e reali e con gli altri accessori. Essendo il giudizio di legittimità circoscritto in qualche misura dai motivi addotti, non è possibile affrontare in questa sede la questione se nella fattispecie considerata possa ipotizzarsi l'esistenza di una sorta di garanzia “ex lege”, quale sarebbe desumibile dalla stessa intitolazione del Fondo (di garanzia) contenuta nella normativa di riferimento e dalla funzione (di garanzia) delle erogazioni previste.

9. — A prescindere dalle suesposte considerazioni, va peraltro posta la questione se l'art. 2 della Legge n. 297.1982, nell'istituire il Fondo perché si sostituisca al datore di lavoro nel pagamento del TFR “spettante ai lavoratori o loro aventi diritto”, abbia inteso riferirsi ai soli aventi diritto indicati nell'art. 2122 comma 2 Codice Civile, ovvero a qualunque avente diritto del lavoratore, cioè agli aventi causa in genere e quindi anche ad un cessionario a titolo oneroso, come nella specie. La tesi dell'INPS, fatta propria dalla Corte di Appello, è che per aventi diritto si debbano intendere il coniuge, i figli, i parenti viventi a carico del defunto entro il terzo grado e gli affini pure viventi a carico entro il secondo grado. La tesi poggia sul fatto che tali soggetti sono indicati dal secondo comma dell'art. 2122 cit.: “la ripartizione delle indennità, se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il bisogno di ciascuno”.

10. — L'espressione usata nell'art. 2122 comma 2 non appare una espressione tecnica, ma indica soltanto riassuntivamente i soggetti citati nel primo comma, vale a dire coloro che “hanno diritto” alla percezione del TFR e del preavviso. Varrà la pena di ricordare che la Corte Costituzionale con sentenza n. 8.1972 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui non prevede che in mancanza *delle persone indicate nel primo comma* il lavoratore non possa disporre per testamento delle proprie indennità. Ne deriva che al TFR di un lavoratore defunto si può accedere anche per successione testamentaria, in mancanza di coniuge e di prossimi congiunti. In questo caso l'erede non è tra gli “aventi diritto”, ma è certamente legittimato ad esi-

gere il TFR. Dal secondo comma dell'art. 2122 Codice Civile non pare possa ricavarsi una nozione di “aventi diritto” connotata da un contenuto tecnico, al pari di una definizione legislativa, apparendo piuttosto che la norma abbia inteso riassuntivamente indicare “coloro che hanno diritto secondo il comma precedente”.

11. — L'argomentazione esposta dalla ricorrente in memoria integrativa costituisce la riprova di quanto precede. L'art. 1 del Decreto Legislativo n. 80.1992 sulla garanzia dei crediti di lavoro, dispone che in caso di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, procedura di amministrazione straordinaria, il lavoratore o i suoi *aventi diritto* possono ottenere a domanda il pagamento dei crediti di lavoro a carico del Fondo di garanzia. Nel caso in cui il datore di lavoro non sia assoggettabile ad una procedura concorsuale, il lavoratore o i suoi *aventi diritto* possono chiedere il pagamento delle retribuzioni al Fondo a seguito dell'infruttuoso esperimento di una esecuzione forzata. Appare evidente che in questo caso l'uso dell'espressione “aventi diritto non può assumere, neppure per ipotesi, la portata pregnante che l'INPS intende conferirle, perché i crediti per retribuzioni non vengono attribuiti “ope legis” in caso di morte del lavoratore, ma seguono le regole della successione. Quindi per “aventi diritto” si deve intendere, in questo caso con certezza, gli aventi causa. Ora non appare possibile ipotizzare che il legislatore abbia usato una identica espressione (*aventi diritto*) in due diverse fonti normative, attinenti rispettivamente alla garanzia del salario e del TFR, una volta in senso, per così dire, tecnico o limitativo ed altra volta in senso atecnico”.

12. — Appare quindi preferibile la soluzione che, senza attribuire alla dicitura “aventi diritto” un particolare significato tecnico ed una pregnanza limitativa, privilegi il senso comune delle parole e porti alla conclusione che la richiesta di pagamento del TFR presso il Fondo di Garanzia possa essere effettuata dal lavoratore o da un soggetto che abbia acquisito a titolo derivativo il diritto azionato. Trattasi della successione a titolo universale o particolare nel diritto soggettivo.

13. — La sentenza impugnata deve essere pertanto cassata ed il processo, non essendo possibile una decisione di merito sulla base degli atti, va rinviato alla Corte di Appello di Milano in diversa composizione, anche per le statuizioni circa le spese.

(*Omissis*)

Prestazioni - Assegni familiari - In genere - Braccianti agricoli - Diritto agli assegni per il nucleo familiare - Presupposti oggettivi - Applicabilità dell'art. 14 D.P.R. n. 797 del 1955 - Esclusione - Svolgimento di prestazione lavorativa continua per una settimana precedente l'impedimento al lavoro - Necessità - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro - 08.02.2008, n. 3081 - Pres. Sciarelli - Rel. Celentano - P.M. Matera (Diff.) - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo) - S. R.

Ai fini di valutare la sussistenza del diritto dei lavoratori agricoli giornalieri all'erogazione dell'assegno per il nucleo familiare, previsto dall'art. 2 d.l. 13 marzo 1988 n. 69 (conv., con modificazioni, nella l. 13 maggio 1988 n. 153) non può applicarsi la disposizione contenuta nell'art 14 D.P.R. 30 maggio 1955 n. 797, che prevede la continuazione del diritto agli assegni solo in favore di quei lavoratori che risultino alle dipendenze di un datore di lavoro da un periodo di tempo non inferiore ad una settimana, essendo invece sufficiente accertare che il lavoratore abbia effettuato il numero minimo di giornate lavorative necessarie ai fini della copertura assicurativa per ottenere l'indennità per astensione obbligatoria e facoltativa per maternità, atteso che la prestazione lavorativa dei giornalieri agricoli è, per definizione, saltuaria e che, diversamente argomentando, l'applicazione dell'art. 14 D.P.R. n. 797 del 1955 citato determinerebbe la subordinazione del diritto delle braccianti agricole madri a fattori statisticamente indipendenti dalla natura del lavoro svolto.

FATTO — Con ricorso al Pretore di Brindisi, depositato il 4 dicembre 1997, R. S. esponeva che aveva chiesto all'INPS la liquidazione della indennità di disoccupazione agricola e dell'assegno per il nucleo familiare per l'anno 1996; che l'Istituto non le aveva però corrisposto l'assegno per le giornate di assenza per astensione facoltativa per maternità; chiedeva pertanto la condanna dell'INPS al pagamento dell'assegno per il nucleo familiare in relazione al predetto periodo di astensione facoltativa.

L'INPS si costituiva e si opponeva.

Con sentenza del 24 febbraio 2003 il Tribunale di Brindisi, succeduto al Pretore a seguito della istituzione del giudice unico di primo grado, accoglieva la domanda.

L'appello dell'INPS veniva rigettato dalla Corte di Appello di Lecce con sentenza del 15/27 gennaio 2004.

I giudici di secondo grado osservavano che, in considerazione del particolare stato del lavoratore agricolo giornaliero, che presta la sua attività in via occasionale e per datori di lavoro diversi, l'art. 8 della legge n. 334 del 1968 prevede l'espletamento di 51 giornate di effettivo lavoro nell'anno ai fini del conseguimento delle prestazioni previdenziali temporanee.

Dovendosi valutare, per tale categoria di lavoratori, il requisito della dipendenza con riferimento alle prestazioni effettuate nell'arco di un anno, non poteva trovare applicazione l'art 14 del D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797, invocato dall'INPS per escludere il beneficio richiesto. Non poteva quindi pretendersi il requisito della protrazione di un rapporto di lavoro per almeno una settimana alle dipendenze di un datore di lavoro prima dell'evento protetto.

Né poteva applicarsi la circolare INPS n. 32 del 1° aprile 1977, che, sostituendosi al legislatore, aveva previsto come requisito sei giorni di lavoro, anche non continuativi, nei trenta giorni precedenti l'evento protetto. Osservavano che l'INPS aveva adottato un diverso criterio per le lavoratrici impiegate nei lavori socialmente utili, disponendo, con circolare n. 138 del 18 giugno 1999, che l'assegno per il nucleo familiare sulla indennità di maternità poteva essere a queste corrisposto in presenza di una copertura

assicurativa in qualunque tempo conseguita, così ritenendosi realizzati i requisiti richiesti dagli artt. 14 e 17 del D.P.R. n. 797 del 1955.

Per la cassazione di tale decisione ricorre, formulando un unico motivo di ricorso, illustrato con memoria, l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS).'

La lavoratrice non si è costituita.

DIRITTO 1. — La difesa dell'INPS denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 14, comma 1 n. 3, e 17 del D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797, nonché vizio di motivazione.

Esponde che il d.l. n. 69 del 1988, convertito con modificazioni nella legge n. 153/1988, ha istituito l'assegno per il nucleo familiare, rinviando, per quanto non previsto, alle norme contenute nel testo unico sugli assegni familiari (TUAFF).

Gli assegni familiari per i lavoratori agricoli sono previsti dagli artt. 65 e 66 del TUAFF; nulla disponendo tali articoli quanto al sorgere del diritto, deve trovare applicazione l'art. 14, il cui terzo comma stabilisce che le lavoratrici madri, cui il diritto agli assegni familiari è riconosciuto dall'art. 17 per tutto il periodo di astensione obbligatoria e facoltativa, possono continuare a beneficiarne in tali periodi di assenza dal lavoro purché risultino alle dipendenze di un datore di lavoro per un periodo di tempo non inferiore ad una settimana prima che si verifichi l'evento protetto.

Deduce che il richiamo all'art. 8 della legge 12 marzo 1968, n. 334 è inconferente; che la soluzione accolta dalla corte leccese poteva sostenersi con qualche fondamento nel passato, allorché l'erogazione degli assegni familiari ai lavoratori agricoli prescindeva dalla effettiva occupazione e veniva effettuata sulla base di un numero di giornate preventivamente attribuite; che, una volta sostituito l'accertamento presuntivo con quello effettivo (d.l. n. 7 del 1970 e n. 287 del 1972), il nuovo sistema di rilevamento della mano d'opera consente di verificare la ricorrenza del requisito occupazionale.

Aggiunge che, per superare le incertezze che ancora potevano aversi nell'accertamento, il Consiglio di Amministrazione dell'INPS, con deliberazione n. 32 del 1° aprile 1977 ha deciso di ritenere sussistenti i requisiti di legge allorché sia dimostrata da parte dei lavoratori, compresi gli agricoli, una prestazione d'opera per sei giorni non consecutivi nei trenta giorni precedenti il verificarsi dell'evento che da diritto alla continuazione della corresponsione degli assegni.

2. — Il ricorso sottopone alla Corte una questione sulla quale si è manifestato un contrasto di giurisprudenza.

Con la sentenza n. 3864 del 16 novembre 2005/22 febbraio 2006 è stato affermato che, per valutare la sussistenza del diritto dei lavoratori agricoli giornalieri alla continuazione della erogazione dell'assegno per il nucleo familiare, previsto dall'art. 2 del d.l. 13 marzo 1988, n. 69, convertito, con modificazioni, nella legge 13 maggio 1988, n. 153, non può applicarsi la disposizione contenuta nell'art. 14 del D.P.R. n. 797 del 1955, attesa la particolarità della prestazione lavorativa dei giornalieri, priva del carattere della continuità e abitualmente prestata alle dipendenze di più datori di lavoro.

La sentenza n. 14608 del 12 dicembre 2005/23 giugno 2006 ha invece affermato che anche per i braccianti agricoli occorre fare riferimento, per accertare i presupposti per l'insorgenza del diritto all'assegno per il nucleo familiare e alla sua decorrenza in caso di astensione dal lavoro per maternità, alla normativa generale dettata dagli artt. 14

e 17 del D.P.R. n. 797 del 1955: le lavoratrici agricole giornalieri possono continuare a fruire dell'assegno per il nucleo familiare per i periodi di astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro per maternità a condizione che, immediatamente prima dell'evento protetto, risultino alle dipendenze di un datore di lavoro da almeno una settimana.

3. — Ritiene il Collegio che meriti di essere condivisa, per le argomentazioni che seguono, la decisione n. 3864 del 2006.

L'art. 2 del d.l. 13 marzo 1988, n. 69, convertito, con modifiche, nella legge 13 maggio 1988, n. 153, ha introdotto per i lavoratori dipendenti ed i pensionati da lavoro dipendente, oltre che per i lavoratori assistiti dall'assicurazione contro la tubercolosi, l'assegno per il nucleo familiare in sostituzione degli assegni familiari e delle quote di aggiunta di famiglia.

Il comma 3 dell'art. 2 dispone che si osservano, per quanto non previsto, le norme contenute nel testo unico sugli assegni familiari, approvato con D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797, e successive modificazioni ed integrazioni.

Vanno quindi esaminati gli artt. 14 e 17 del D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797; nonché, per quanto concerne gli avventizi o giornalieri di campagna (come il D.P.R. n. 797/55 definisce i braccianti agricoli), gli artt. 65 e 66 dello stesso testo unico.

L'art. 14 dispone al primo comma: *"Ai lavoratori che risultino alle dipendenze di un datore di lavoro per un periodo di tempo non inferiore ad una settimana, gli assegni familiari continuano ad essere corrisposti, subordinatamente alle condizioni e ai limiti stabiliti negli articoli 15, 16 e 17:*

- 1) *in caso di infortunio sul lavoro o di malattia professionale;*
- 2) *in caso di assenza dal lavoro per malattia;*
- 3) *in caso di assenza obbligatoria dal lavoro a causa di gravidanza o puerperio".*

Il primo comma dell'art. 17 dispone: *"In caso di assenza dal lavoro per gravidanza o puerperio, gli assegni familiari sono dovuti per tutto il periodo di astensione dal lavoro obbligatoria o facoltativa, precedente o successiva al parto, di cui alla legge 26 agosto 1950, n. 860, modificata con la legge 23 maggio 1951, n. 394".*

Per quanto concerne i braccianti agricoli la spettanza e le modalità di erogazione degli assegni familiari sono previste dagli artt. 65 e 66 del T.U.

L'art. 65 statuisce: *"Per l'agricoltura gli assegni familiari vengono corrisposti:*

- 1) *per gli impiegati, per i salariati fissi e per i partecipanti collettivi in ragione di 26 giornate per ciascun mese;*
- 2) *per gli obbligati o braccianti fissi in ragione del numero annuo delle giornate di lavoro ad esse contrattualmente assegnate;*
- 3) *per gli avventizi o giornalieri di campagna e per i partecipanti individuali in ragione del numero delle giornate di occupazione accertate per ciascun lavoratore, o allo stesso attribuite in base alla sua appartenenza ad una delle quattro sottocategorie dei permanenti, abituali, occasionali ed eccezionali, di cui alle lettere c), d), e), f) dell'art. 3 del decreto legislativo luogotenenziale 9 aprile 1946, n. 212, secondo le deliberazioni adottate dalla Commissione provinciale prevista dall'art. 5 del regio decreto 24 settembre 1940, n. 1949".*

L'art. 66 dispone: *"Ai lavoratori dell'agricoltura per i quali si applicano le norme sui contributi unificati di cui al regio decreto-legge 28 novembre 1938, n. 739, convertito nella legge 2 giugno 1939, n. 739, e successive modificazioni e integrazioni, gli*

assegni familiari sono annualmente erogati dall'Istituto nazionale della previdenza sociale;

a) per i salariati fissi, obbligati e categorie assimilabili in quattro rate trimestrali uguali;

b) per gli avventizi e giornalieri di campagna nei primi tre trimestri in ragione di un quarto delle giornate attribuite nell'anno precedente e nell'ultimo trimestre nell'ammontare corrispondente alla differenza tra gli assegni familiari liquidati a titolo di acconti nei precedenti trimestri e quelli spettanti in base al numero di giornate attribuite per l'anno".

Il capo secondo del titolo terzo del D.P.R. n. 797, sugli occupati in agricoltura, non detta regole particolari per quanto concerne la spettanza degli assegni familiari durante i periodi di assenza dal lavoro per malattia, comune o professionale, infortunio, gravidanza o puerperio.

Questa Corte (Cass., 11 ottobre 2004 n. 20014) ha già sottolineato che il legislatore, "proprio in considerazione della aleatorietà e saltuarietà del lavoro dei braccianti agricoli, ha ritenuto equo e sufficiente l'espletamento di 51 giornate lavorative nell'arco dell'intero anno ai fini dell'instaurarsi di un valido rapporto assicurativo con conseguente diritto alle prestazioni dell'assicurazione contro le malattie e quelle in favore delle lavoratrici madri".

Tale orientamento, ripreso dalla decisione n. 3864 del 2006, merita di essere condiviso.

Il lavoro dei giornalieri di campagna è, per definizione, saltuario. Ove dovesse applicarsi la disposizione di cui all'art. 14 (sui presupposti per la sussistenza del diritto a continuare a percepire gli assegni durante determinate assenze per eventi protetti), il diritto all'assegno delle braccianti agricole madri resterebbe subordinato, come ha rilevato la sentenza n. 3864/06, ad un fatto statisticamente non connesso all'oggettiva natura del lavoro svolto, comportando la negazione del diritto nella maggior parte dei casi.

Una interpretazione costituzionalmente orientata del testo unico del 1955 induce quindi ad affermare il seguente principio di diritto: "Per valutare la sussistenza del diritto dei lavoratori agricoli giornalieri a continuare a fruire dell'assegno per il nucleo familiare, di cui all'art. 2 del d.l. 13 marzo 1988, n. 69, convertito, con modificazioni, nella legge 13 maggio 1988, n. 153, durante i periodi di astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro per gravidanza o puerperio, non può applicarsi la disposizione contenuta nell'art. 14 del D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797 (che prevede la continuazione del diritto agli assegni in favore di quei lavoratori che risultino alle dipendenze di un datore di lavoro per un periodo di tempo non inferiore ad una settimana), essendo invece sufficiente accertare che il lavoratore abbia effettuato il numero minimo di giornate lavorative necessarie ai fini della copertura assicurativa per ottenere l'indennità per astensione obbligatoria e facoltativa per maternità".

Il ricorso dell'INPS va pertanto rigettato.

La mancata costituzione della signora S. esonera l'Istituto soccombente dall'onere del rimborso delle spese di giudizio.

(Omissis)

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

Pensioni - Benefici per esposizione a fibre di amianto - Periodi di cassa integrazione - Esclusione - Rilevabilità in appello - Ammissibilità.

Corte d'Appello di Genova - 11.01/18.02.2008, n. 21 - Pres. Russo - Rel. Ghinoy - INPS (Avv.ti Matranga, Capurso) - L. (Cogliolo).

I periodi di cassa integrazione non possono essere calcolati ai fini del raggiungimento del decennio di esposizione a fibre di amianto, utile per l'accesso al beneficio pensionistico, e tale rilievo può essere svolto anche in grado d'appello, dal momento che la sussistenza dei presupposti per l'accesso al beneficio integra un elemento costitutivo della domanda, che deve essere dimostrato dal richiedente.

FATTO — L'INPS interpone appello avverso la sentenza del Tribunale di Massa che ha condannato l'istituto alla rivalutazione dell'anzianità contributiva del sig. L. P., mediante applicazione del coefficiente 1,5 in relazione al periodo di esposizione all'amianto dal 1.2.1982 al 31.12.1992.

Assume che, come rilevato dallo stesso c.t.u. di primo grado, l'appellato è stato in CIGS per 37 mesi e che pertanto, dedotto tale periodo, non raggiunge le 521 settimane lavorative di esposizione concreta all'amianto richiesta dal legislatore nella L. 257 del 1992. La domanda pertanto avrebbe dovuto essere respinta.

Si è costituito il sig. L., che rileva come l'assunto dell'INPS sia in contrasto con le stesse circolari dell'ente, che hanno sempre riconosciuto la rivalutazione dell'anzianità contributiva per l'intero periodo per il quale vi è stato il versamento dei contributi.

Aggiunge che l'Inail in via amministrativa ha riconosciuto ulteriori periodi di esposizione, ed in particolare: dal 12.11.1975 al 20.9.1976, dal 20.9.1977 al 31.1.1982 e dal 1.2.1982 al 31.12.1986.

Il computo di tali ulteriori periodi, pur detraendo i periodi di CIGS, consentirebbe di ottenere la protrazione superiore al decennio dell'esposizione.

Chiede quindi il rigetto dell'appello.

All'udienza odierna, la causa è stata discussa e decisa come da dispositivo in atti del quale si è data lettura.

DIRITTO — L'appello è fondato.

In merito ai requisiti soggettivi per l'accesso alla rivalutazione contributiva, la Corte di Cassazione (v. da ultimo Cass. n. 400 del 11.1.2007) ha condivisibilmente affermato che "l'attribuzione del beneficio cui all'art. 13, ottavo comma, legge n. 257 del 1992 (nel

testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, primo comma, decreto legge n. 169 del 1993, convertito in legge n. 271 del 1993) presuppone l'adibizione ultradecennale del lavoratore a mansioni comportanti un effettivo e personale rischio morbigeno a causa della presenza, nei luoghi di lavoro, di una concentrazione di fibre di amianto che, per essere superiore ai valori limite indicati nella legislazione prevenzionale di cui al D.Lgs n. 277 del 1991 e successive modifiche (valori espressamente richiamati dall'art. 3 della predetta legge n. 257 del 1991, così come modificato dall'art. 16 legge n. 128 del 1998), renda concreta e non solo presunta la possibilità del manifestarsi delle patologie che la sostanza è idonea a generare. La esplicita previsione normativa di tale doppia "soglia" (riguardante cioè sia la durata che l'intensità dell'esposizione) non contrasta con i principi costituzionali di parità di trattamento di situazioni uniformi, come riconosciuto dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 5 del 2000 (1) e 127 del 2002".

La tesi adottata dalla Corte di Cassazione è del tutto conforme al dettato normativo e coerente con lo spirito della legge, il cui intervento è finalizzato a sostenere coloro che hanno effettivamente risentito della presenza dell'amianto sui luoghi di lavoro.

Non possono pertanto considerarsi utili i periodi di CIGS, nei quali non vi è stata attività lavorativa e quindi esposizione a rischio.

Né la difesa dell'INPS in appello appare tardiva, dal momento che la sussistenza dei presupposti per l'accesso al beneficio integra un elemento costitutivo della domanda, che deve essere dimostrato dal richiedente e l'INPS in primo grado ne aveva contestato la sussistenza.

Nel merito, l'INPS ha prodotto l'estratto conto contributi del sig. L., dal quale risulta che egli nel periodo dal 1.2.1982 al 31.12.1992 può far valere n. 516 settimane di contributi di lavoro dipendente, non sufficienti quindi a superare il decennio normativamente richiesto (520 settimane).

Né possono considerarsi gli ulteriori periodi di contribuzione figurativa comunque utile a pensione, non essendo conseguenza di lavoro effettivo.

Quanto poi alla possibilità di valutare un'ulteriore attività che ha comportato esposizione all'amianto al fine del raggiungimento della soglia del decennio, si osserva che in primo grado non era fatta menzione alcuna di tale ulteriore periodo di lavoro, anteriore rispetto a quello oggetto di causa, ritenendosi sufficiente ai fini del raggiungimento del decennio il periodo recepito in sentenza.

La deduzione formulata in questo grado integra quindi una *causa petendi* diversa e più ampia rispetto a quella contenuta nel ricorso introduttivo, oltre che trarre origine da circostanze e prove del tutto nuove.

Le nuove deduzioni sono però certamente tardive e come tali inammissibili ex art. 437 comma 2 c.p.c.

Il ricorso proposto in primo grado dal sig. L. deve quindi essere respinto.

Costituisce giusto motivo per la compensazione delle spese processuali la circostanza che solo in questa sede sia emersa l'effettiva durata del periodo di CIGS, mentre l'onere di pagare le spese di c.t.u. segue la soccombenza del L.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 84

Prestazioni - Fondo di garanzia - Soci di cooperativa - Rapporti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 196/1997 - Automaticità delle prestazioni - Esclusione

Corte d'Appello di Genova - 26.10/11.12.2007, n. 6856 - Pres. Russo - rel. Haupt - S. (Avv. Lalli) - Inps (Avv. Capurso e Cabani).

Il diritto al trattamento di fine rapporto a carico del Fondo di garanzia in favore dei soci di cooperativa è stato introdotto con la legge n. 196 del 1997, mentre per i rapporti precedenti l'entrata di questa legge la norma pone il versamento della contribuzione come elemento costitutivo della domanda, sicché non è applicabile alla fattispecie il principio generale di automaticità delle prestazioni.

FATTO — S. O. e M. M., già socie lavoratrici Coop. D. a.r.l., posta in liquidazione coatta amministrativa con D.M. 403/2003, chiedevano ed ottenevano dal Giudice del Lavoro della Spezia decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo a carico dell'Inps avente ad oggetto differenze di TFR per il periodo anteriore all'entrata in vigore della L. 196/1997 relative al pregresso rapporto di lavoro.

Si opponeva l'INPS, che rilevava che il diritto al TFR a carico del fondo di garanzia per i soci di cooperative è stato introdotto solo dalla L. n. 196 del 1997, ma a far data dalla sua entrata in vigore. La stessa L. n. 196 introduce poi una norma di sanatoria, non suscettibile di interpretazione analogica, che prevede l'intervento del Fondo di garanzia esclusivamente per i soci delle cooperative che avessero effettivamente versato i contributi al Fondo di garanzia prima della L. n. 196 ed esclusivamente per i periodi per i quali tali contributi erano stati versati.

Contestava che nel caso la cooperativa avesse versato i contributi per i dipendenti *de quo*.

Il Tribunale, accogliendo la prospettazione dell'INPS, revocava i decreti ingiuntivi e compensava le spese.

Avverso tale sentenza hanno interposto separati appelli S. e M., che rilevano che i loro rapporti di lavoro erano cessati successivamente all'entrata in vigore della L. 196/1997, il che comportava che il versamento dei contributi fosse obbligatorio per legge, stante la sinallagmaticità tra contribuzione e prestazione, con conseguente obbligo dell'INPS di versare l'intero TFR. Citano a sostegno della loro tesi le sentenze della Corte di Cassazione n. 304, 80869 e 9965 del 2000.

Si è costituito l'INPS, che rileva che prima dell'entrata in vigore della L. 196 del 1997 non esisteva l'obbligo delle cooperative di versare la contribuzione per il fondo di garanzia ed infatti essa non era stata versata nel caso.

Chiede pertanto il rigetto dell'appello.

Disposta la riunione dei due appelli, la causa è stata discussa dalla sola difesa dell'INPS all'udienza del 26.10.1997, quindi decisa come da dispositivo in atti del quale si è data lettura.

DIRITTO — Come esattamente rilevato dal primo Giudice e ribadito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 30 del 12.12.1996 (1), i soci lavoratori di cooperative non sono lavoratori subordinati, né destinatari delle garanzie di cui alla L. 297 del 1982.

Il diritto al TFR a carico del fondo di garanzia per tale categoria di lavoratori è stato introdotto solo dalla citata L. n. 196 del 1997, con decorrenza dalla sua entrata in vigore. La stessa legge ha introdotto una norma di sanatoria, non suscettibile di interpretazione analogica, che prevede l'intervento del Fondo di garanzia per il periodo precedente esclusivamente per i soci delle cooperative che avessero versato i contributi al Fondo di garanzia prima della L. n. 196, per i periodi per i quali tali contributi erano stati effettivamente versati.

Tale normativa pone quindi il versamento dei contributi come elemento costitutivo della domanda avente ad oggetto l'intervento del Fondo per il periodo anteriore all'entrata in vigore della legge. Tali contributi nel caso non risultano essere stati versati dalla Coop D.

La contribuzione per il Fondo di garanzia non era del resto obbligatoria per il periodo anteriore alla L. 196, sicché non può operare neppure il principio di automaticità delle prestazioni invocato dalle appellanti, previsto dall'art. 40 della L. 30.2.1969 che prevede che il requisito contributivo stabilito per il diritto alle prestazioni di vecchiaia, invalidità e superstiti si intende verificato anche quando i contributi non siano stati effettivamente versati ma risultino dovuti nei limiti della prescrizione decennale.

Le sentenze citate a sostegno della propria tesi dalle appellanti si riferisce a fattispecie diverse da quella in esame, nelle quali i contributi per il finanziamento del Fondo di Garanzia erano stati effettivamente versati dalle cooperative, pur non essendovi esse tenute, anche per il periodo anteriore al 1997, e per tale motivo la Corte ne ha affermato la validità ai fini delle prestazioni a carico del Fondo.

Gli appelli devono quindi essere respinti.

La natura della controversia e la qualità delle parti costituiscono giusti motivi per la compensazione tra le parti delle spese processuali del grado.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 206

Prestazioni - Fondo di garanzia - Soci di cooperativa - Rapporti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 196/1997 - Automaticità delle prestazioni - Esclusione.

Corte d'Appello di Genova - 09.11.2007/08.01.2008, n. 1252/07 - Pres. Diomeda - rel. Ghinoy - Inps (Avv. Lolli) - S. R. s.r.l. (Avv. Ferrando).

Anche dopo la riforma del sistema sanzionatorio dell'inadempimento delle obbligazioni contributive (art. 116, legge 388 del 2000), che prevede la più severa fattispecie della evasione qualora il datore di lavoro occulti le retribuzioni erogate "con l'intenzione specifica di non versare i contributi", deve ricomprendersi in tale categoria l'ipotesi in cui l'erogazione di denaro non sia stata annotata nelle scritture, poiché la mancata corretta annotazione produce come conseguenza necessaria - anche se non unica - il mancato assoggettamento a contribuzione, sicché rientra - quantomeno a titolo di quello che in termini penalistici sarebbe definito dolo eventuale - nella volontà dell'agente.

FATTO — Con ricorso al Tribunale del Lavoro la S. R. s.r.l. proponeva opposizione avverso la cartella di pagamento notificata dal concessionario per la riscossione G. L. s.p.a. per l'importo di € 22.864,07 richiesto a titolo di sanzioni civili.

Contestava la legittimità della pretesa sanzionatoria come quantificata dall'istituto, ritenendo non applicabile alla fattispecie la disciplina dettata dall'art. 166 comma 8 lettera b) della L. 388/2000 per i casi di "evasione" contributiva.

Il tribunale, condividendo tale tesi, revocava la cartella opposta dichiarando che la società opponente "non è obbligata al pagamento della somma per € 16.720,20"; dichiarava tenuta e condannava la stessa al pagamento della somma di € 6.143,80 dovuta a titolo di interessi di mora; compensava per metà le spese di lite ponendone l'altra metà a carico dell'INPS.

Avverso tale sentenza ha interposto appello l'istituto previdenziale, anche nella qualità di mandatario della SCCI, che sostiene l'erroneità della soluzione adottata dal Tribunale in quanto alla fattispecie dovrebbe essere applicata la disciplina sanzionatoria prevista per i casi di evasione contributiva considerato che:

a - la Società non ha provveduto al versamento dei contributi ed alla relativa comunicazione con la prevista dichiarazione alla competente sede INPS;

b - solo a seguito di apposito accertamento, conseguente ad una denuncia da parte del lavoratore, è stato possibile quantificare e richiedere alla Società il pagamento degli importi dovuti per i contributi di cui è causa

c - il successivo versamento della sola contribuzione non esclude il realizzarsi della ipotesi di evasione contributiva.

Il Tribunale avrebbe inoltre comunque errato nel revocare totalmente la cartella, senza dar modo all'INPS di riquantificare le sanzioni dovute per l'omissione contributiva. Conclude quindi come trascritto in epigrafe.

G. L. s.p.a. è rimasta contumace, mentre si è costituita S. R. s.r.l., che sostiene la correttezza della soluzione adottata dal Tribunale nella parte in cui ha ritenuto che non possa essere configurata un'ipotesi di evasione ex art.116 comma 8 lettera b) L. 388/2000. Richiama la sentenza della Corte di Cassazione n. 533 del 2003 secondo la quale sussiste evasione quando:

- sotto il profilo oggettivo, il credito dell'ente previdenziale non risulti da alcuna documentazione di provenienza del soggetto obbligato;

- sotto il profilo soggettivo, il soggetto obbligato abbia serbato il dolo specifico di

non versare i contributi.

Propone poi appello incidentale chiedendo la riforma della sentenza nella parte in cui ha condannato l'opponente al pagamento della somma di € 6.143,80, oltre agli interessi maturati sino alla data della pubblicazione della sentenza, nonché al pagamento della metà delle spese processuali. Rileva che gli interessi di mora sono stati calcolati sulla base delle sanzioni calcolate secondo l'art. 166 comma 8 lettera b), ritenuto inapplicabile dallo stesso Tribunale, e che le spese avrebbero dovuto essere poste a carico dell'INPS, attesa la sua prevalente soccombenza.

All'udienza del 9.11.2007, la causa è stata discussa e decisa come da dispositivo in atti del quale si è data lettura.

DIRITTO — Pacifica in causa è l'omissione, da parte della società, della contribuzione dovuta per l'indennità di mancato preavviso riconosciuta al dirigente B. P., per il periodo dal 17-11-1997 al 31-10-1998.

A seguito di denuncia da parte dello stesso lavoratore, il Servizio ispettivo dell'INPS, con verbale di accertamento del 30-1-2002, provvedeva a quantificare l'importo della contribuzione omessa e delle somme aggiuntive.

In data 5-7-2002 la società versava le somme dovute a titolo di contribuzione IVS (pari € 27.867,00), e per SSN (pari ad € 7.446,00) ma non quelle dovute a titolo di sanzioni civili, che venivano pertanto iscritte a ruolo.

Nell'opporre la cartella esattoriale - successivamente notificata - la società contestava la debenza di tali somme, in particolare la ricorrenza dei presupposti per la applicazione della sanzione di cui alla lettera b) del comma 8 dell'art 116 della L. 388/2002, non trattandosi, a suo dire, di una fattispecie di evasione.

Occorre quindi preliminarmente definire la portata della fattispecie dell'evasione, definita dalla norma in esame come *"evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, cioè nel caso in cui il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate"*. Tale ipotesi si contrappone all'omissione, descritta dalla precedente lettera a) come il *"mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è ricavabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie"*.

È stato osservato che detta disciplina, "nel modificare la normativa precedente, configura la fattispecie dell'evasione contributiva in termini diversi e più favorevoli al datore di lavoro. Ed infatti, detta norma - come emerge dal testo sopra riportato - dopo aver reiterato la precedente dizione (...in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero...), specifica, diversamente che in passato, la circostanza secondo cui è legittimo parlare di evasione solo...nel caso in cui il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare contributi o premi, occulta il rapporto di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate..., fornendo oggi un criterio discrezionale ben più netto tra la pura e semplice morosità e l'evasione vera e propria, ed attribuendo per la prima volta rilievo decisivo allo specifico elemento intenzionale dell'evasore, assente nel testo previgente" (così in motivazione Cass. S.U. n. 4808/2005 (1)).

Nel caso che ci occupa, rileva questa Corte che - pacifico essendo che gli importi oggetto di mancata contribuzione non sono stati indicati nelle denunce dell'azienda (DM10)- neppure risulta in causa che l'indennità di mancato preavviso corrisposta al

sig. P. risultasse dalle registrazioni obbligatorie (scritture aziendali): la S. R. ha prodotto unicamente la copia del bilancio al 31.12.1997, nel quale è annotato un importo forfaitario a titolo di esposizione debitoria nei confronti del sig. P. Tale indicazione è tuttavia insufficiente allo scopo: essa non indica la causale dell'esborso e l'annotazione è distinta da quella relativa ai "debiti v/s dipendenti", sicché l'assoggettabilità a contribuzione non era comunque percepibile dalla visione del bilancio. Non risultano inoltre cedolini paga recanti tali importo, né annotazioni sul libro paga.

Può quindi ritenersi che l'importo relativo erogato a titolo di indennità di mancato preavviso non sia stato regolarmente annotato; ciò è sufficiente ad avviso di questa Corte a configurare l'ipotesi di evasione, dal momento che la mancata corretta annotazione produce come conseguenza necessaria - anche se non unica- il mancato assoggettamento a contribuzione, sicché esso rientra - quantomeno a titolo di quello che in termini penalistici sarebbe definito dolo eventuale- nella volontà dell'agente.

La quantificazione delle sanzioni operata dall'INPS era quindi corretta, il che comporta la correttezza anche degli importi richiesti a titolo di interessi di mora. Il ricorso in opposizione di primo grado doveva quindi essere respinto.

Segue la condanna al pagamento delle spese processuali dei due gradi di giudizio a carico della parte soccombente.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 629

Pensioni - Benefici per esposizione a fibre di amianto - Domanda amministrativa nei confronti dell'INPS - Necessità.

Corte d'Appello di Genova - 22.06/09.08.2007, n. 830 - Pres. e rel. Russo - INPS (Avv. Lolli) - M. (Avv. Mamone).

Il principio della necessità della previa domanda amministrativa nei confronti dell'ente previdenziale tenuto ad erogare la prestazione - che opera come condizione di improponibilità del ricorso - opera anche con riguardo al procedimento per il riconoscimento del beneficio pensionistico per esposizione ultradecennale a fibre di amianto

FATTO — Il signor G. M. adiva il Tribunale di Genova per sentir dichiarare il diritto alla rivalutazione dell'anzianità contributiva - con coefficiente 1,5 - del periodo di esposizione all'amianto dal 17-11-1975 al 31-8-1999 presso l'ospedale S. Martino di Genova.

Il Tribunale, nella contumacia dell'INPS, sentito un teste disponeva CTU ed

accoglieva, la domanda solo relativamente al periodo dal 17-11-1975 al 31-7-1989.

Avverso detta sentenza ha proposto appello l'INPS che eccepiva in via preliminare l'inammissibilità della domanda per mancanza della previa richiesta in via amministrativa del beneficio richiesto; ciò risultava dall'esame dello stesso ricorso avverso ove si affermava che il ricorrente aveva presentato una domanda in data 22-3-2000 e 6 giugno 2000 rispettivamente all'Ospedale S. Martino ed all'INAIL, l'unica domanda presentata all'INPS pare essere quella di ricongiunzione presso unica gestione dei diversi periodi di contribuzione obbligatoria.

Contestava, in ogni caso l'esposizione all'amianto rilevando che l'unico teste sentito in primo grado aveva affermato di non conoscere che lavoro specifico svolgeva il ricorrente ed osservava che non era stato versato il premio all'INAIL per amianto.

All'udienza fissata veniva dichiarata l'interruzione del processo essendo nelle more deceduto il legale che aveva difeso il M. in primo grado. Riassunto dall'INPS il giudizio, l'appellato si costituiva e osservava che risultava documentalmente provato che aveva presentato la domanda sia all'INPDAP che all'INPS Relativamente alla circostanza che non sarebbero stati versati i premi all'INAIL, ne rilevava la tardività, l'irrelevanza e, comunque, che risultava il contrario documentalmente.

Produceva copiosa documentazione e concludeva come in epigrafe trascritto.

La causa veniva decisa all'udienza del 22 giugno 2007 mediante lettura del dispositivo.

DIRITTO — Ritiene questa Corte che la proposta impugnazione debba essere accolta, apparendo fondata sia la preliminare tesi sostenuta dall'INPS sia quella di merito.

Invero l'istituto ha sostenuto l'inammissibilità della domanda per mancanza della previa richiesta in via amministrativa del beneficio richiesto; ciò, secondo quanto sostenuto dall'Istituto, risulterebbe dall'esame dello stesso ricorso avverso ove si affermava che il ricorrente aveva presentato una domanda in data 22-3-2000 e l'altra il 6 giugno 2000, rispettivamente all'Ospedale S. Martino ed all'INAIL.

Invero se si esamina il ricorso di primo grado, l'elenco dei documenti allegati al ricorso non contiene la domanda proposta all'INPS, ma quelle inoltrate all'ospedale datore di lavoro - e all'INAIL, rispettivamente in data 22 marzo e 2 giugno 2000.

Si è in presenza non del difetto di documentazione relativo al regolare svolgimento del procedimento amministrativo ma della totale mancanza dell'inizio del predetto procedimento, con la conseguente inammissibilità della domanda proposta: se il documento non risulta prodotto, mancando l'annotazione dello stesso nel ricorso e nell'elenco vistato dal cancelliere, deve ritenersi che non sia stato prodotto.

Si osserva che la domanda giudiziale deve essere preceduta dalla domanda amministrativa. Ne consegue la improponibilità della domanda, che può essere rilevata d'ufficio dal Giudice in quanto la preventiva proposizione della domanda amministrativa costituisce un presupposto dell'azione giudiziaria, la mancanza della quale determina l'improponibilità dell'azione".

La Suprema Corte in numerose occasioni ha affermato il principio - in tema di combinato disposto degli art. 443 c.p.c. e art. 148 disp.att.c.p.c. e di rapporto tra procedimento amministrativo ed azione giudiziaria "che la preventiva presentazione della domanda

amministrativa costituisce un presupposto dell'azione mancando il quale la domanda giudiziaria è improponibile, senza che - in contrario - possano trarsi argomenti né dall'art. 8 della legge n. 533 del 1973, che si limita a negare rilevanza ai vizi, alle preclusioni e alle decadenze verificatisi nel corso della procedura amministrativa, né dall'art. 443 c.p.c. che, con disposizione non suscettibile di interpretazione estensiva, prevede la mera improcedibilità - anziché l'improponibilità - della domanda soltanto per il caso del mancato esaurimento del provvedimento amministrativo, che sia stato però iniziato (cfr. al riguardo; Cass. 11 dicembre 1995 n. 12661; Cass. 4 novembre 1983 n. 6526).

In tale ottica è stato anche precisato dalla Suprema Corte che la mancata presentazione della domanda amministrativa di prestazione previdenziale determina non già la mera improcedibilità ex art. 443 c.p.c. ma la radicale "improponibilità" della domanda giudiziale, e si è anche aggiunto che tale vizio, rendendo nulli tutti gli atti del processo, in quanto presuppone "una temporanea carenza di giurisdizione", è rilevabile anche dopo la prima udienza di discussione ed "in qualsiasi stato e grado del giudizio" (cfr. in tali sensi ancora: Cass. 11 dicembre 1995 n. 12661; Cass. 2 luglio 1992 n. 8111; Cass. 23 agosto 1990 n. 8575).

In questa stessa ottica è stato anche affermato che la domanda amministrativa di prestazione previdenziale costituisce condizione di ammissibilità della domanda giudiziaria, il cui difetto deve essere rilevato d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, senza che tale difetto possa essere sanato in relazione alla presentazione di domanda amministrativa concernente prestazione previdenziale diversa ancorché "compatibile" con la prestazione poi richiesta in sede, giudiziaria (cfr. in tali termini: Cass. 8 aprile 2000 n. 4463). Cass. 5149/2004 (1).

Inoltre, la domanda del M. va respinta anche nel merito. Invero è il ricorrente che ha l'onere di provare di essere stato esposto a fibre di amianto aerodisperse in misura superiore a quanto previsto dall'art. 24 D.Lgs. 277/91: allo scopo, il lavoratore deve fornire la prova delle mansioni svolte, con la relativa esposizione diretta ed ambientale, per almeno dieci anni.

Il M. nel ricorso introduttivo di primo grado ha descritto, anche se non con molta precisione, le mansioni alle quali era addetto e l'ambiente nel quale operava e avrebbe dovuto dimostrare che le deduzioni corrispondevano alla realtà. E' stato sentito un solo teste, che ha ammesso di non esserne a conoscenza, dato che non seguiva di persona i lavori; non è stato nemmeno in grado di indicare per quanti anni è stata svolta la prima attività e per quanti la seconda.

Ne è conseguito che il CTU ha elaborato la sua relazione sulla base di quanto affermato dal CTP (v. pag. 9 della perizia espletata in primo grado).

D'altronde, in questo grado, davanti alle argomentazioni svolte dall'INPS nell'atto di appello, il M. non ha chiesto di completare od integrare le (carenti) prove espletate in primo grado: ne consegue che anche nel merito la domanda doveva essere respinta.

Trattandosi di vertenza iniziata in primo grado in data anteriore all'ottobre 2003, non si assoggetta il M. al pagamento delle spese processuali dei due gradi del giudizio.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 696

Contributi - Prescrizione - Denuncia lavoratore - Effetti.

Corte di Appello di Torino - 13.11.2007, n. 1263 - Pres. Barbero - Rel. Ramella Trafighet - INPS-S.C.C.I. (Avv. Conrotto) - C.L.L. s.r.l. (Avv.ti Fontanazza - Mingrino).

La denuncia del lavoratore, anche se presentata dopo la data dell'1 gennaio 1996, purché intervenuta entro il decennio dall'insorgenza del credito contributivo vantato dagli enti previdenziali, produce l'effetto di escludere la riduzione del termine di prescrizione da decennale a quinquennale e comporta, pertanto, a carico dell'INPS, la permanenza dell'onere di attivarsi prima del compimento del termine per la messa in mora del debitore a fini interruttivi.

FATTO — C.L.L. Centro lavorazioni L. evocava avanti al Tribunale di Torino l'INPS in opposizione a tre cartelle esattoriali riguardanti omissioni contributive relative alla posizione dei lavoratori C. (ritenuto lavoratore subordinato e non mero collaboratore), B. (riguardo a contribuzioni dei mesi di dicembre 1994 e marzo 1995 ed ad illegittima forfetizzazione degli straordinari in periodo successivo, con conseguente perdita da parte della società del beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali), la contribuzione sullo straordinario corrisposto ad altri lavoratori, di cui parte in nero, l'asserita illegittimità della messa in c.i.g.o. di alcuni dipendenti in assenza di causa integrabile (periodo aprile 1996 / aprile 1997); illegittima messa in c.i.g.o. dei lavoratori D., Z. e D. L. in periodi successivi, come da questi denunciato; exceptiva la prescrizione di alcuni dei crediti contributivi e la non sussistenza degli altri.

Costituitasi l'INPS, riunite le opposizioni, con sentenza non definitiva 1.2.2005, il tribunale adito riteneva provato da parte dell'INPS lo straordinario e l'illegittimità del solo periodo di c.i.g.o. agosto / novembre 1998 riguardante la posizione dei lavoratori D., Z. e D. L., escludendo gli addebiti riguardanti le posizioni dei lavoratori C. e B., nonché l'illegittimità della c.i.g.o. per il periodo aprile 1996/aprile1997.

Con sentenza definitiva 19.10.2005, ritenuta denuncia completa per gli effetti dell'art. 3 della legge 335/1995, solo quella del D. L., dichiarava applicarsi la prescrizione quinquennale a tutti i contributi SSN, la prescrizione quinquennale per i lavoratori Z. e D. e decennale per il D. L. per quanto riguarda i contributi relativi al periodo 1990/1993, 1994/1997 (straordinari) e 1998 (c.i.g.o.), dichiarando altresì relativamente a tali lavoratori l'illegittimità della messa in c.i.g.o. anche per il 2000.

Avverso dette sentenze propone appello L'INPS, in particolare:

- quanto alla posizione del C. il primo giudice aveva frainteso le risultanze istruttorie (tra l'altro il C. non era ex pensionato dalla società appellata ma di altra società);
- quanto alla posizione del B., la cui attendibilità insieme a quella dell'altro teste su cui si era basato il primo giudice, era stata già messa in dubbio in una precedente sentenza, in merito agli straordinari svolti in azienda, la forfetizzazione degli straordinari non era consentita dalla contrattazione collettiva, essendo lui operaio, per cui la società non aveva diritto alla conseguente fiscalizzazione degli oneri sociali;

- quanto agli straordinari essi erano stati ritenuti provati e ciò si poneva in contrasto con l'asserita legittimità della cassa integrazione nel periodo 1996/1997, periodo in cui erano stati provati gli stessi livelli produttivi e conseguentemente l'assenza di causa integrabile;

- quanto alle denunce presentate dal D. L., dallo Z. e dal D. esse avevano la stessa valenza con ciò mantenendo la durata decennale della prescrizione.

Si è costituita la società appellata, precisando come la sentenza non definitiva avesse invece deciso definitivamente in merito alla posizione del C., del B. (tra l'altro impiegato con mansioni direttive dall'aprile 1995 per cui la forfetizzazione degli straordinari era contrattualmente consentita) e della legittimità della c.i.g.o. per il periodo 1996/1997, per cui, essendo stata depositata la sentenza in data 22.2.2005 ed il ricorso in appello il 20.10.2006, questo appariva inammissibile in quanto tardivo (né valeva la riserva di appello presentata successivamente alla lettura del dispositivo della pronuncia non definitiva).

In via incidentale rilevava che, anche per i contributi relativi allo straordinario effettuato dal D. L., dopo l'entrata in vigore della L. 335/1995, si doveva applicare la prescrizione quinquennale (non essendo detta denuncia intervenuta prima dell'entrata in vigore della legge stessa), così come doveva intendersi quinquennale la prescrizione in punto straordinari, relativamente agli altri lavoratori, che non avevano presentato alcuna denuncia.

La causa è stata discussa e decisa nella pubblica udienza dell'8.11.2007, come da dispositivo in calce.

DIRITTO

(Omissis)

D - Straordinari

Il primo giudice, nella sentenza non definitiva, ha ritenuto provati gli straordinari nella misura di cui al verbale di accertamento 19.11.1999.

Si ritiene peraltro di trattare unitamente a questa problematica, quella specifica dei lavoratori Z., D. e D. L., unici dipendenti ad aver sottoscritto denuncia nei confronti del loro datore di lavoro, stante l'appello principale relativo alla posizione Z. e D. e quello incidentale formulato dalla società appellata relativo alla posizione D. L. e D. nonché in generale agli straordinari dei lavoratori.

Premesso che l'effettuazione di straordinari in nero di fatto non viene contestata dalla società appellata, che ha provveduto a fornire documentazione al riguardo ai funzionari accertatori (vedasi anche testimonianza M.), e che sulla decisione in punto non vi è appello incidentale, unica problematica è quella relativa al regime prescrizione da applicarsi ai relativi contributivi.

Il primo giudice infatti, a parte le posizioni D., Z. e D. L., nulla dice espressamente in generale sul regime prescrizione da applicarsi agli straordinari; il riferimento alla misura del verbale di accertamento ed al riconoscimento da parte della società, unitamente al fatto che per alcuni degli altri lavoratori interessati (vedasi in particolare M., M., C., V.) il periodo contestato va oltre la prescrizione quinquennale, depone per una ritenuta prescrizione decennale.

Al riguardo ritiene la Corte che, nel caso di specie, non possa parlarsi tecnica-

mente di riconoscimento di debito come vuole l'appellante principale nel richiedere la conferma della prima pronuncia, atteso che, come già detto, la documentazione è stata fornita durante l'accertamento stesso.

Né ha carattere estensivo la denuncia presentata da un lavoratore.

Pertanto, l'appello incidentale va accolto in relazione alla prescrizione quinquennale della contribuzione sugli straordinari in generale (fatte salve le tre posizioni trattate a parte).

Considerato che vi è appello principale sulla ritenuta prescrizione quinquennale per i lavoratori Z. e D. ed appello incidentale per le posizioni D. e D. L., occorre quindi esaminare la questione relativa al valore della denuncia del lavoratore.

L'appellata, in via incidentale, sostiene (in relazione alla ritenuta prescrizione decennale della posizione D. L.) che, dopo l'1.1.1996, in assenza di atti interruttivi precedenti, anche in caso di denuncia del lavoratore, la prescrizione sia quinquennale.

Al riguardo cita la sentenza della Corte di Cassazione n. 4154/06.

Si premette che la materia ha avuto contrastanti decisioni in sede di legittimità (la stessa sentenza citata dall'appellante individua per la soluzione della problematica tre differenti alternative, seguite da altre pronunce della corte di legittimità- vedasi Cass. nn.1372/03, 4606/04 (1), 18540/04).

La Corte non ritiene tale interpretazione condivisibile, atteso come l'art. 3, comma 9, lett.a, preveda la deroga alla prescrizione quinquennale a partire dall'1.1.1996 per il caso di denuncia del lavoratore, in generale, e viene richiamato complessivamente dal successivo comma 10 per i contributi precedenti l'entrata in vigore della legge.

Per il chiaro tenore letterale della norma la denuncia del lavoratore produce senz'altro l'effetto di escludere la riduzione del termine e di mantenere il termine decennale; inoltre si deve ritenere che tale effetto valga anche, come nel caso di cui si discute, quando la denuncia del lavoratore sia presentata dopo la data del 1.1.1996, individuata come discrimine temporale per la riduzione del termine prescritto e non come termine di decadenza rispetto alla denuncia del lavoratore (cfr. Cass. sez. lav. 15. 9. 2004 n. 18540 e il precedente di questa Corte sent. 478/04, R.G.L. 1629/02, INPS/Cooperativa F. Alto Novarese/Sestri).

Correttamente nella pronuncia della suprema corte n. 18540/04, sopraccitata (per la quale la disposizione deve intendersi nel senso - di condizione sospensiva - che entro il quinquennio successivo al 1° gennaio 1996 e nei limiti del decennio dalla nascita, non intervenga denuncia del lavoratore), si evidenzia il carattere diverso della denuncia del lavoratore dipendente rispetto all'accertamento dell'istituto previdenziale; è quindi razionale che, mentre per l'istituto previdenziale il legislatore abbia introdotto un periodo transitorio dal 17.8.1995 all'1.1.1996 onde consentirgli di mantenere il termine decennale, per il privato una tale previsione sarebbe stata troppo gravosa, preferendosi mantenere in questo caso la decennialità.

Ad avviso di questa corte, unico effetto che non è dato ricavare è quello interruttivo del termine prescrittivo mantenuto decennale.

In altre parole, se la denuncia del lavoratore interviene entro il decennio rispetto all'insorgenza del credito contributivo, permane l'onere dell'INPS di attivarsi prima del compimento del termine per la messa in mora del debitore a fini interruttivi.

Ma nel caso di specie nelle cartelle vengono richiesti contributi che al più risalgono al 1990; posto che le denunce sono al 1998 e l'atto interruttivo viene, come già visto, collocato alla data del verbale di accertamento del novembre 1999, nessuna prescrizione si era compiuta.

Detto ciò, e venendo all'ulteriore problematica dell'appello principale, nella presente fattispecie, solo il D. L., nella sua denuncia, precisa di aver svolto lavoro straordinario in nero; lo Z. ed il D. si limitano a parlare di effettuazione di lavoro straordinario in nero in periodi di fruizione, nel reparto, di cassa integrazione.

Il primo giudice, nella sua sentenza definitiva, ha ritenuto che le denunce di questi ultimi non valessero pertanto, ai fini prescrizionali, in punto straordinario, non rilevando altresì, a favore dell'INPS, il passaggio in giudicato di una sentenza relativa agli straordinari effettuati dai due lavoratori.

L'appellante principale ritiene che non occorra invece, ai fini prescrizionali, una denuncia specifica, ma basti la denuncia in generale del proprio datore di lavoro, che porti, come nella fattispecie, ad un accertamento complessivo di irregolarità. Cita al proposito la sentenza n. 1264/2006 della Suprema Corte nella cui motivazione si legge: "Va aggiunto che la ratio legis non consente di limitare l'applicazione del termine lungo di prescrizione all'oggetto specifico della denuncia, essendo sufficiente che il lavoratore si dolga, nei confronti di un determinato datore di lavoro, dell'inosservanza degli obblighi di legge, domandando così un intervento degli organi deputati al controllo e alla repressione che non può certo ritenersi circoscritto ai riferimenti contenuti in denuncia (che non deve e non può presentare contenuti specifici e tecnicamente precisati).

Questa previsione (denuncia del lavoratore) non ha nulla a che fare con l'altra, contenuta nell'art. 3 cit, comma 10, relativa agli atti interruttivi e alle procedure iniziate nel regime precedente.

E solo in relazione a queste ultime che la giurisprudenza della Corte ha precisato che si deve trattare di attività poste in essere dagli enti previdenziali creditori, non da organi pubblici diversi (Cass. n. 2589 del 2005).

La denuncia del lavoratore, al contrario, presentata a uno degli organi pubblici abilitati al controllo, e indipendentemente dai suoi contenuti (maggiore o minore specificazione delle omissioni, imputazione a determinati periodi) è il fatto che impedisce la riduzione del termine di prescrizione; non a caso il legislatore si è riferito alla "denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti", senza ulteriori precisazioni e giustificazioni".

Premesso che la sentenza intervenuta nel 2000 tra datore di lavoro e lavoratori in punto compenso dell'orario eccedente l'ordinario non rileva ai fini della presente controversia, in cui si discute di prescrizione nei confronti dell'ente previdenziale, non condivide questa Corte l'argomentazione della sopra citata pronuncia di legittimità.

In particolare non si comprende perché la corte di legittimità dica che la denuncia non deve e non può presentare termini di specificità.

Ad avviso della Corte una denuncia può infatti essere del tutto generica ed in tal caso l'istituto potrà accertare qualsivoglia irregolarità, ma ben può essere specifica ed, in questo caso, il valore di denuncia si avrà solo per l'irregolarità denunciata, come da regola generale per la prescrizione.

Sintomatico è il caso di specie ove le tre denunce sono state presentate, nell'arco

di un mese di tempo, su moduli prestampati, la cui regolarità non è stata messa in dubbio e che comprendevano varie ipotesi di irregolarità ascrivibili al datore di lavoro; solo il D. L. ha espressamente dichiarato di aver svolto, per tutto l'arco del rapporto, lavoro straordinario in nero mentre gli altri, che ben potevano fare altrettanto, nulla hanno detto al riguardo ma si sono limitati a denunciare l'effettuazione di straordinario in nero in periodi di cassa integrazione (ipotesi tra l'altro aggiunta a mano in quanto non prevista tra quelle del prestampato). Ai fini che qui rilevano e cioè della durata del termine prescrizione, una denuncia così formulata non può valere a comprendere ogni ipotesi di irregolarità.

Si aggiunga che, considerato che ai fini della contribuzione dello straordinario, le denunce Z. e D. non vengono considerate tali e che, per il D. L. (per cui la denuncia del 1998, come già visto, mantiene la decennialità) vengono richiesti, con l'accertamento del novembre 1999, contributi che al più risalgono al 1990, a nulla rileva individuare per quest'ultimo una diversa decorrenza a ritroso rispetto a quella sopra individuata in generale per le contribuzioni afferenti agli straordinari e cioè il 19.11.1999.

La decisione del primo giudice nella sua sentenza definitiva in merito alla posizione Z., D. e D. L. è dunque corretta con la conseguenza che sia l'appello principale che quello incidentale vanno respinti.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 496

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Contributi - Artigiani - Reddito imponibile - Reddito derivante da una partecipazione in società - Inclusione.

Tribunale di Asti - 03.04.2007, n. 299 - Dott. Gibelli - D. (Avv. Lanfranco) - Inps (Avv. Cataldi).

A fini della determinazione della contribuzione dovuta dal lavoratore autonomo iscritto nella gestione artigiano il reddito d'impresa deve comprendere, sicché deve essere incluso il reddito derivante, come socio, dalla partecipazione ad una società in accomandita.

FATTO e DIRITTO — Con ricorso depositato in data 7.3.06 D. L. P., residente in Cuneo Via M. 13, opponeva la cartella 0102006 0000150586 emessa dalla S. s.p.a. con la quale si poneva in esecuzione un credito vantato dall'INPS (e diritti di esazione) per euro 743,48 complessivi. La cartella era emessa in conseguenza di iscrizione a ruolo effettuata sulla base di controllo formale a seguito del quale era stato rilevato che in relazione al periodo di imposta 2002 il ricorrente aveva versato i contributi previdenziali alla gestione separata per gli esercenti attività artigianali, solo in relazione al reddito allo stesso derivante dall'esercizio della propria impresa individuale, e non anche (con il sistema della contribuzione a percentuale sull'eccedenza sul minimo imponibile) anche sul reddito allo stesso derivante dalla partecipazione alla Vi.Ma s.a.s. come socio di capitali.

Il ricorrente contestava l'assunto motivazionale dell'atto di imposizione in diritto, asserendo che l'art. 3 bis del DL 384/92 non andrebbe inteso come innovativo rispetto al contenuto dell'art. 1 della legge 233/90, ma pur sempre riferito al solo reddito effettivo di impresa (ossia il reddito derivante dall'attività che da titolo alla iscrizione previdenziale) e non anche al reddito derivante da una partecipazione in società di capitali.

Si costituiva ritualmente l'I.n.p.s. congiuntamente alla S.c.c.i., cessionaria legale del credito contestato, argomentando in diritto a sostegno della tesi interpretativa implicita nella iscrizione a ruolo.

La contestazione di parte ricorrente non pare fondata.

Per la definizione del reddito di impresa che il D.L. 384/92 pare richiamare nella sua totalità, non pare possa farsi riferimento ad altro che alla nozione fiscale contenuta nel d.p.r. 917/86 che qualifica come "reddito di impresa" ogni provento di partecipazione in società di persone di natura commerciale.

Sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

Contributi - Riscossione coattiva - Fallimento del debitore - Iscrizione a ruolo - Notifica della cartella - Termine di quaranta giorni per la opposizione da parte del curatore fallimentare - Sussiste.

Tribunale di Genova - Sezione Fallimentare - 8/28.05.2008, n. 2192 - Pres. De Lucchi - Rel. Dominici - Gest Line S.p.A. - Fallimento G. S. S.p.A. (Avv. Siboldi) - Inps (Avv.ti Imbriaci, Fuochi).

Il curatore del fallimento che riceve la notifica della cartella esattoriale da parte del concessionario della riscossione deve proporre opposizione entro il termine perentorio di quaranta giorni, in mancanza della quale non può contestare il credito, ormai incontrovertibile, in sede di ammissione al passivo dei debiti del fallimento.

FATTO — Con ricorso depositato in cancelleria in data 8/10/2004 il SERVIZIO RISCOSSIONE TRIBUTI - Concessione della Provincia di Genova Gest Line S.p.A. ora Equitalia Polis S.p.A. - in persona del legale rappresentante p.t., premesso che era creditore per la somma complessiva di € 241.234,50 come da estratto ruolo relativo alla cartella di pagamento n. 048 2004 00080968 34 000 prodotta, tutto ciò premesso chiedeva ex art.101 l.f. l'ammissione al passivo del fallimento G. S. S.r.l. in liquidazione del credito complessivo di € 241.234,50, di cui in privilegio ex art. 2753 c.c. € 155.821,00, in privilegio ex art. 2754 c.c. € 42.703,97 ed in chirografo € 42.709,53 a titolo di contributi previdenziali.

Il curatore contestava la debenza dei contributi iscritti a ruolo dall'INPS.

Il Giudice, attesa la contestazione del credito, di cui si chiedeva l'ammissione al passivo, disponeva l'istruzione della causa ai sensi dell'art. 101 comma 31.f.

Il Fallimento G. S. S.r.l. in liquidazione si costituiva in giudizio e contestava la fondatezza della domanda attorea, chiedendone il rigetto.

La Gest Line S.p.A. chiedeva l'autorizzazione alla chiamata in causa dell'INPS, quale ente creditore delle pretese tributarie contenute nella cartella di pagamento sopra indicata.

L'INPS si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto delle contestazioni sollevate dal fallimento G. S. S.p.A. in liq.ne e la conseguente ammissione allo stato passivo del proprio credito insinuato in via tardiva dalla Gest Line s.p.A.

Successivamente all'udienza del 29/1/2008, precisate le conclusioni, la causa veniva rimessa al collegio per la decisione, concedendo i termini di cui all'art. 190 CPC per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

DIRITTO — Il ricorrente chiede ai sensi dell'art.101 l.f. l'ammissione al passivo del proprio credito complessivo di € 241.234,50, di cui in privilegio ex art. 2753 c.c. € 155.821,00, in privilegio ex art. 2754 c.c. € 42.703,97 ed in chirografo € 42.709,53.

A fondamento della domanda produce l'estratto ruolo relativo alla cartella di pagamento n. 048 2004 00080968 34 000, regolarmente notificata il 13/7/2004 e sul presupposto che il concessionario ha la legittimazione attiva in ordine alla presente domanda, quale organo indiretto, "in quanto in forza di un atto concessorio, esercita i

poteri di riscossione delle somme dovute, di cui è e resta titolare la stessa amministrazione o l'ente impositore", chiede la chiamata in causa dell'INPS, quale ente creditore delle pretese tributarie per contributi previdenziali.

Osserva il collegio che in caso di contestazione *sull'ar debeat* il contraddittorio deve essere instaurato nei confronti dell'ente impositore, il quale, in quanto tale è dotato di legittimazione attiva, e questo correttamente è avvenuto nella fattispecie in esame.

Si rileva, inoltre, che la cartella risulta regolarmente notificata il 13/7/2004 e l'avvenuta notificazione della cartella è stata implicitamente riconosciuta dal curatore del fallimento, il quale non ha mai eccepito la mancata notificazione della cartella stessa.

Pertanto il credito dell'Inps deve ritenersi non più contestabile a fronte della mancata impugnazione del ruolo nei quaranta giorni dalla notifica, termine indicato dall'art. 24 del d.lgs. n. 46/99 e da considerarsi perentorio.

Le contestazioni sollevate dal fallimento in ordine alla debenza della pretesa tributaria in questa sede sono, quindi, tardive, in quanto il curatore non ha provveduto ad impugnare la suddetta cartella nella sede competente per i crediti contributi e cioè davanti al Giudice del lavoro nei 40 giorni successivi alla notificazione della cartella.

In base al consolidato principio secondo cui è precluso al curatore nella sede di formazione e della verifica dello stato passivo muovere contestazioni sul merito della pretesa tributaria, regolarmente notificata e non impugnata nei termini, il Tribunale fallimentare deve prendere atto della sopravvenuta incontrovertibilità della pretesa INPS per difetto di tempestivo ricorso contro la cartella notificata. (vedi Cass. 17 giugno 1998 n. 6032)

Per le considerazioni sopra svolte, in accoglimento della domanda tardiva di insinuazione, Gest Line S.p.A. ora Equitalia Polis S.p.A - Servizio Riscossione Tributi-Concessione della Provincia di Genova - deve essere ammessa allo stato passivo del fallimento G. S. S.p.A. in liquidazione per il credito complessivo di € 241.234,50, di cui in privilegio ai sensi dell'art. 2753 c.c. € 155.821,00, in privilegio ex art. 2754 c.c. € 42.703,97 ed in chirografo € 42.709,53.

La presente sentenza, provvisoriamente esecutiva ai sensi di legge, importa la modifica dello stato passivo.

Le spese di lite seguono il criterio della soccombenza e vanno liquidate a favore delle parti, tenuto conto delle difese svolte.

(Omissis)

Processo Civile - Interruzione per dichiarata morte della parte - Inesistenza dell'evento interruttivo - Termine perentorio per la riassunzione - Sussistenza.

Tribunale di Genova - 12.09.2008, n. 1364 - Dott. Gelonesi - Albergo B. (Avv. Bruzzone) - Inps (Avv. Lo Scalzo) - Inail (Avv. Cunati).

In forza del canone di ragionevole durata del processo, nonché dei principi di buona fede e correttezza, nel caso in cui il procuratore abbia dichiarato in udienza la morte della parte, ancorché non effettivamente verificatasi, ed il giudice abbia interrotto il processo, è onere della parte che abbia dichiarato l'evento interruttivo riassumere il processo nel termine perentorio di sei mesi, dovendo in mancanza dichiararsi l'estinzione del giudizio.

FATTO e DIRITTO — Il Giudice, letti gli atti, osserva quanto segue. All'udienza del 7/3/2007 uno dei difensori della ricorrente S. S. ha dichiarato il sopravvenuto decesso della sua assistita; è stata quindi dichiarata la interruzione del processo.

Con ricorso depositato il 2/5/2008 il difensore di S. S., premesso che costei era ancora vivente, e che per errore ne era stato dichiarato il decesso all'udienza del 7/3/2007, chiedeva la prosecuzione del giudizio.

Con memoria depositata 7/7/2008 l'INAIL, rilevato che il processo era stato riassunto dopo che erano decorsi i sei mesi previsti dall'articolo 305 c.p.c., ne eccepiva la sopravvenuta estinzione.

All'udienza del 22/7/2008 l'INAIL ribadiva la suddetta eccezione, alla quale si associava l'altro convenuto (l'INPS).

All'udienza odierna, dopo la relativa discussione, il giudice ritiene che l'eccezione sollevata dal convenuto sia meritevole d'accoglimento.

La difesa dell'attrice S. S. richiama una decisione della S.C. (Cass. sez. sentenza n. 1329 del 7/2/2000) dalla quale si evince la seguente massima:

“L'articolo 300 c.p.c. subordina l'evento interruttivo del processo alla coesistenza di due elementi essenziali, costituiti rispettivamente dall'evento previsto come causa d'interruzione e dalla relativa dichiarazione formale ad opera del procuratore della parte che ne è colpita. Pertanto, qualora manchi uno dei due elementi, il relativo provvedimento deve ritenersi nudo e l'onere di osservanza del termine come mai dato, con la conseguenza che il processo può utilmente essere riassunto anche dopo il semestre”. Aggiunge la S.C. che in ordine alla conclusione cui è pervenuta “...non sono ipotizzabili effetti distorsivi od anomali, permettendo il sistema di ovviarvi a cura della parte più diligente...”. In conformità a tale precedente la difesa dell'attrice sostiene che, nella specie, mancando uno dei due eventi previsti dall'articolo 300 c.p.c. (vale a dire il decesso della parte), la richiesta di prosecuzione del giudizio non è soggetta al termine dei sei mesi di cui all'articolo 305 c.p.c., e che l'eccezione di estinzione, sollevata dal convenuto, è destituita di fondamento.

La tesi sostenuta dalla difesa della ricorrente, sebbene confortata dalla S.C., non è condivisibile per le ragioni che si vanno ad esporre.

Gli articoli 305 e 289 c.p.c., che stabiliscono un termine perentorio (sei mesi) entro il quale il processo deve essere riassunto o proseguito, sono ispirati dall'esigenza di evitare l'infinito protrarsi della controversia. Tali norme si pongono quindi come attuazione del principio, sancito dall'articolo 111 della Costituzione, e dall'articolo 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (ratificata con legge 848/1955), che impone alla legge di assicurare la ragionevole durata del processo.

La tesi sostenuta dalla attrice non è quindi condivisibile perché, in chiaro contra-

sto col cennato principio di valenza costituzionale, consentirebbe la indefinita pendenza di una lite.

La tesi attorea non è condivisibile sotto un ulteriore profilo.

Ai sensi dell'articolo 300 c.p.c. il processo viene dichiarato interrotto sulla base della sola dichiarazione del difensore della parte colpita dall'evento interruttivo, senza un previo accertamento dell'evento stesso. Ne consegue che la eventuale tardiva riasunzione, se ritenuta ammissibile in caso di falsa dichiarazione del difensore stesso, pregiudicherebbe la controparte la quale, non avendo interesse a coltivare la lite, fosse rimasta inerte confidando nella sopravvenuta estinzione del processo.

L'osservazione appena svolta consente di rilevare che la tesi sostenuta dalla ricorrente si pone anche in contrasto con il principio di tutela della buona fede. Tale principio, richiamato espressamente, in sede processuale, dall'articolo 88 c.p.c. è stato ribadito dalla S.C. Nella sentenza n. 23726 del 15/11/2007 (1) (Cass. sezioni unite civili) si afferma infatti che il principio di correttezza e buona fede deve improntare il rapporto fra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto, ma anche in fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento. È evidente che consentire indefinitamente la pendenza di un processo, all'insaputa di una parte che ragionevolmente confida sulla sua sopravvenuta estinzione (sia pure non rilevabile di ufficio), si pone in insanabile contrasto con la tutela della buona fede.

Di questo contrasto non si fa carico la più volte citata sentenza 1329 del 2000.

Escluso, per le considerazioni svolte, che nel caso in esame la pendenza del processo possa protrarsi senza limiti di tempo, non resta che applicare nella specie, per analogia, l'articolo 289 c.p.c. da ritenere qui trascritto. Da tale norma discende che il giudizio de quo poteva essere proseguito nel termine perentorio di sei mesi a decorrere dal provvedimento che ha erroneamente dichiarato l'interruzione del processo.

Come già detto il citato articolo 289 attua l'esigenza, sancita a livello costituzionale, di assicurare la ragionevole durata del processo; e questa esigenza giustifica la sua applicazione per analogia al caso di specie.

Il provvedimento dichiarativo dell'interruzione del processo de quo è stato pronunciato all'udienza del 7/3/2007, e l'atto di prosecuzione è stato depositato in cancelleria il 2/5/2008, allorché era ampiamente decorso il termine dei sei mesi.

Va quindi, in accoglimento dell'eccezione sollevata dal convenuto, dichiarata l'estinzione del presente giudizio.

Deve aggiungersi che il provvedimento d'estinzione del processo civile, se pronunciato dal giudice unico, come nella specie, riveste natura di sentenza, per le ragioni ampiamente esposte dalla S.C. (Cass. sezione terza sentenza n. 14592 del 22/6/2007) e da ritenere qui trascritte.

Il presente provvedimento riveste quindi natura di sentenza emessa in udienza ai sensi dell'articolo 281 *sexies* c.p.c.

Il precedente giurisprudenziale favorevole alla tesi dell'attrice, e disatteso da questo giudice, induce a compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2007, p. 642

Processo civile - Controversia per il riconoscimento dei benefici per esposizione a fibre di amianto - sentenza di reiezione per accertamento di periodo infradecennale - Giudicato - Nuova azione per accertamento domanda limitata ad un periodo più ampio - Inammissibilità.

Tribunale di Genova - 10/21.07.2008, n. 1214 - Dott. Gelonesi - R. (Avv. Rossi Tortarolo) - Inps (Avv. Lo Scalzo).

Poiché non è consentito il frazionamento della domanda di accertamento dei benefici per esposizione ad amianto, deve ritenersi inammissibile una nuova azione volta ad accertare ulteriori periodi di esposizione non esaminati in un precedente giudizio nel quale è stata respinta - con sentenza passata in giudicato - la domanda di condanna dell'ente alla rivalutazione dei contributi.

FATTO — Con ricorso depositato il 5/10/2007, presso la cancelleria sezione lavoro del Tribunale di Genova, G. R., premesso testualmente quanto segue:

Il ricorrente, attualmente lavoratore dipendente di ENEL s.p.a., ha ottenuto dall'INAIL due certificati di esposizione ad amianto per i periodi:

1) 29 maggio 1975 - 30 ottobre 1979 presso Grandi Motori Trieste (F.) - Officina di Genova - ponte P. (prod. 2);

2) 1° settembre 1985 - 31 dicembre 1989 presso Enel - Centrale Elettrica di Genova - ponte S. Giorgio (prod. 3).

- Successivamente ha radicato procedimento dinanzi a questo Tribunale (Giudice Dott. A. B.) n. 3531/03 R.G.) per ottenere il riconoscimento dell'esposizione ad amianto per un periodo di tempo successivo (a decorrere dal 1° gennaio 1990).

In tale ricorso non ha allegato la certificazione INAIL attestante l'esposizione per il periodo 1975 - 1979, in quanto la causa, collettiva aveva ad oggetto l'esposizione dei ricorrenti all'interno della centrale termo - elettrica di Ponte S. Giorgio.

La consulenza tecnica d'ufficio ha riconosciuto la sua ulteriore esposizione anche per il periodo: 1° gennaio 1990 - 31 dicembre 1992 (prod. 5).

La somma dei tre periodi:

1° periodo: 29 maggio 1975 - 30 ottobre 1979 (riconosciuto da INAIL);

2° periodo: 1° settembre 1985 - 31 dicembre 1989 (riconosciuto da INAIL);

3° periodo: 1° gennaio 1990 - 31 dicembre 1992 (riconosciuto dalla CTU);

è pari ad undici anni e nove mesi soggetti all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione alle fibre d'amianto.

A seguito della pronuncia della sentenza conclusiva del procedimento: n. 2108 del 28 novembre 2006, l'esponente ha ritenuto di fare acquiescenza alla stessa, ma di contestualmente presentare nuova domanda all'INPS, che questa volta tenesse conto dell'esposizione maturata anche presso altro luogo di lavoro (Grandi Motori Trieste - F.).

In data 14 dicembre 2006 ha presentato quindi nuova domanda all'INPS (prod. 7), sede di Genova, con espressa richiesta di tener conto della somma dei tre periodi.

L'Istituto, con lettera del 22 dicembre (prod. 8) lo ha invitato a presentare i certificati attestanti i periodi di esposizione e copia della sentenza da lui citata.

Con lettera raccomandata a. r. del 2 gennaio 2007 ha inviato tutta la documentazione richiestagli.

A tale invio non ha purtroppo fatto seguito alcuna risposta da parte di INPS; per cui 18 aprile 2007 ha inoltrato ricorso al Comitato Amministrativo Provinciale di Genova. Anche questo rimasto silente.

Il ricorrente, in forza dei titoli, amministrativi e giudiziari, da lui posseduti ha diritto riconoscimento giudiziale del beneficio previdenziale in oggetto, non concessogli in amministrativa;

tutto ciò premesso concludeva come riportato in epigrafe.

L'INPS si costituiva ed eccepiva preliminarmente, in ordine alla materia del contendere, il sopravvenuto giudicato costituito dalla summenzionata sentenza 2108/2006.

Il 10/7/2008 la causa, sulle conclusioni specificate in epigrafe, era discussa e decisa mediante dispositivo immediatamente letto in udienza.

DIRITTO — Per una più chiara comprensione della preliminare eccezione di giudicato è opportuno riassumere i fatti di causa.

R. G. con precedente ricorso al Tribunale di Genova, ricorso proposto congiuntamente ad altri lavoratori, ha chiesto la rivalutazione contributiva, di cui alla legge 257/1992 e successive modificazioni, per il periodo dal 1/9/1985 alla data meglio vista (vedi il relativo ricorso prodotto in copia).

Il giudice, con la menzionata sentenza 2108/2006, ha accertato che i ricorrenti, a causa della loro attività lavorativa, sono stati esposti ad inalazione di fibre di amianto in misura superiore alla soglia di sicurezza prevista dal d.lgs. 277/1991 sino al 31/12/1992. Non ha accolto la domanda proposta da R. G., mentre ha accolto quella proposta da altri ricorrenti, perché la rivalutazione contributiva, prevista dalla normativa sopra richiamata, presuppone una esposizione (all'inalazione di fibre di amianto superiore alla soglia ex d.lgs. 277/1991) superiore ai dieci anni, mentre R. G. risultava esposto per un periodo inferiore (appunto dal 1/9/1985 al 31/12/1992).

Col ricorso introduttivo del presente giudizio l'attore chiede la rivalutazione contributiva, ai sensi della disciplina sopra richiamata, in relazione al periodo dal 1/9/1985 al 31/12/1992, già considerato dalla precedente decisione, cui chiede di aggiungere il periodo dal 29/5/1975 al 30/10/1979. Quest'ultimo periodo è stato riconosciuto da una certificazione rilasciata dall'INAIL il 7/11/2001 e prodotta in causa (documento n. 2 delle produzioni attoree).

In questo quadro la difesa dell'INPS argomenta che la controparte aveva l'onere di dedurre anche quest'ultimo periodo nella controversia definita con la citata sentenza del 2006; non avendovi provveduto oggi incorre nella preclusione che discende dal principio secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile.

L'ente previdenziale richiama, a sostegno della propria eccezione, una recentissima sentenza della S.C. (Cass. S.U. civili sentenza n. 23726 del 2007) (1).

Questa decisione, modificando un precedente orientamento, esprime il seguente importante principio, ripreso da una successiva decisione (Cass. sentenza n. 9978 del 2008): "Non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione

del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale".

Tale principio, sorretto da un'ampia ed esauriente motivazione da ritenere qui trascritta, si fonda sull'articolo 88 c.p.c. interpretato alla stregua degli articoli 2 e 111 della Costituzione, ed è volto ad eludere eventuali abusi dello strumento processuale.

Alla stregua dell'accennato recente orientamento della S.C. la eccezione dell'INPS va ritenuta meritevole di accoglimento.

Nel presente giudizio, come in quello precedente concluso con la richiamata sentenza 2108/2006, l'attore assume di essere stato esposto, per ragioni di lavoro, ad inalazione di fibre di amianto in misura superiore alla soglia di sicurezza stabilita dal d.lgs. 277/1991, e chiede, in relazione a tale circostanza, la rivalutazione contributiva prevista dalla legge 257/1992 e successive modificazioni. Ora proprio nel precedente giudizio andavano dedotti tutti i pregressi periodi lavorativi rilevanti ai fini della rivalutazione contributiva di cui trattasi, compreso il periodo dal 29/5/1975 al 30/10/1979, già riconosciuto dall'INAIL, riconoscimento sopravvenuto nel 2001, cioè in epoca anteriore al giudizio stesso.

Il frazionamento dei suddetti periodi, una frazione dedotta nel presente processo, l'altra nel processo conclusosi con decisione passata in cosa giudicata, non trova giustificazione ed è inammissibile ai sensi del citato recente orientamento giurisprudenziale.

La eccezione di giudicato sollevata dall'INPS merita quindi accoglimento ed il ricorso va dichiarato inammissibile.

Atteso che la presente decisione si fonda su di un recente orientamento giurisprudenziale (vedi la citata sentenza del 2007), che ha mutato la pregressa giurisprudenza della S.C., pare equo compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

(*Omissis*)

(1) V. in.q. Riv., 2007, p. 642

Pensioni - Bonus - termine di efficacia al conseguimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia - Legittimità.

Tribunale di Genova - 19.06.2008, n. 1096 - Dott. Basilico - G. (Avv. Scancarello) - Inps (Avv. Fuochi) - Trenitalia s.p.a. (Avv.ti Russo, Bosio).

È legittimo e coerente col carattere della complessiva disciplina la disposizione, contenuta nell'art. 1, comma 3° del Decreto Ministeriale 6 ottobre 2004, che fissa quale termine di efficacia del cd. bonus previdenziale il raggiungimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia, ove trattasi di data anteriore al 31 dicembre 2007.

FATTO e DIRITTO — Osserva quanto segue.

Trenitalia s.p.a. (di seguito, per brevità, Trenitalia) ha proposto tempestivo ricorso in opposizione avverso il decreto ingiuntivo chiesto ed ottenuto il 13.9.2007 dal dipendente G. F. Il provvedimento monitorio ha ad oggetto il credito (pari a € 21.400,51) maturato dal maggio 2006 per il cosiddetto "bonus" previsto all'articolo 1, comma 12, legge 243/2004.

Trenitalia ha innanzi tutto eccepito la carenza dei presupposti prescritti dall'art. 633 c.p.c, poiché la pretesa avversaria non si fonderebbe su prova scritta e comunque i documenti prodotti a supporto della domanda non renderebbero certo il credito azionato.

L'eccezione non è fondata. Le buste paga relative al periodo in contestazione e quelle antecedenti nonché gli atti provenienti da INPS e datore di lavoro circa la permanenza in servizio in detto periodo documentano il credito nel suo presupposto contrattuale nonché nella liquidità, in quanto predeterminato, e nella certezza, al di là della questione d'interpretazione della norma giuridica sollevata.

Quanto al merito della controversia, è pacifico tra le parti che il lavoratore avesse in precedenza già raggiunto i requisiti per la pensione di anzianità, che pertanto dal dicembre 2004 all'aprile 2006 Trenitalia gli abbia erogato l'emolumento di cui si discute e che al 20.4.2006 egli abbia maturato il diritto al trattamento di vecchiaia, permanendo però in servizio, su sua richiesta, fino al compimento del sessantacinquesimo anno d'età. L'azienda contesta la spettanza del bonus oltre quest'ultima data, sulla scorta di una lettura del dato normativo dissonante da quella offerta del creditore. INPS, terzo chiamato nel giudizio, si è associato alla soluzione patrocinata da Trenitalia.

Il ricorso in opposizione è fondato.

Il comma dodicesimo dell'articolo 1, legge 243/2004, recita: *"Per il periodo 2004-2007, al fine di incentivare il posticipo del pensionamento, ai fini del contenimento degli oneri nel settore pensionistico, i lavoratori dipendenti del settore privato che abbiano maturato i requisiti minimi indicati alle tabelle di cui all'articolo 59, commi 6 e 7, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, per l'accesso al pensionamento di anzianità, possono rinunciare all'accredito contributivo relativo all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti e alle forme sostitutive della medesima. In conseguenza dell'esercizio della predetta facoltà viene meno ogni obbligo di versamento contributivo da parte del datore di lavoro a tali forme assicurative, a decorrere dalla prima scadenza utile per il pensionamento prevista dalla normativa vigente e successiva alla data dell'esercizio della predetta facoltà. Con la medesima decorrenza, la somma corrispondente alla contribuzione che il datore di lavoro avrebbe dovuto versare all'ente previdenziale, qualora non fosse stata esercitata la predetta facoltà, è corrisposta interamente al lavoratore".*

Al capoverso successivo si aggiunge: *"All'atto del pensionamento il trattamento liquidato a favore del lavoratore che abbia esercitato la facoltà di cui al comma 12 è pari a quello che sarebbe spettato alla data della prima scadenza utile per il pensionamento prevista dalla normativa vigente e successiva alla data dell'esercizio della predetta facoltà, sulla base dell'anzianità contributiva maturata alla data della medesima scadenza. Sono in ogni caso fatti salvi gli adeguamenti del trattamento pensionistico spettanti per effetto della rivalutazione automatica al costo della vita durante il periodo di posticipo del pensionamento"*.

In attuazione di tali disposizioni è stato emanato il DM 6.10.2004, che ha stabilito, tra l'altro, per i lavoratori subordinati del settore privato, dalla data di entrata in vigore della l. 243/2004, la facoltà di rinunciare all'accredito contributivo relativo all'a.g.o., con venir meno conseguente di ogni obbligo contributivo da parte datoriale, talché *"l'importo dei contributi non versati deve essere interamente corrisposto al lavoratore entro il mese successivo al periodo di paga cui si riferiscono"* (art. 1, comma secondo). Si precisa che tale facoltà può essere esercitata *"in qualunque momento successivo al conseguimento dei requisiti di cui al medesimo comma 2 ed ha effetto fino al 31 dicembre 2007 e comunque non oltre il conseguimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia"* (comma terzo).

È dunque indubbio - né è contestato - il fatto che il cosiddetto *bonus*, corrispondente al valore della contribuzione non versata all'istituto di previdenza, spetti al lavoratore in coincidenza con la maturazione dei requisiti per accedere alla pensione di anzianità. Fermo inoltre il limite temporale del 31.12.2007, si controverte tra le parti in ordine alla permanenza del diritto anche dopo che lo stesso abbia raggiunto i limiti per il pensionamento di vecchiaia e continui pur tuttavia a prestare l'attività lavorativa come nel caso del creditore opposto.

Secondo quest'ultimo, la disciplina predetta avrebbe avuto l'effetto di cristallizzare il trattamento economico per tutta la durata ulteriore del rapporto di lavoro, secondo quanto previsto dal comma 13 dell'art. 1, legge 243, nella sua prima proposizione. Pertanto detto trattamento non potrebbe subire riduzioni col raggiungimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia, ma dovrebbe restare fermo fino almeno al 31.12.2007.

La tesi non è condivisibile. L'effetto di cristallizzazione, cui la norma invocata dal lavoratore si riferisce, concerne il trattamento non retributivo, bensì pensionistico. Il dato testuale è chiaro sul punto. Del pari è chiara la disposizione dell'art. 1, comma 12, nel collegare la finalità d'incentivare il posticipo del pensionamento, che vi è esplicitata, alla sola pensione di anzianità. D'altronde il carattere eccezionale della disciplina così concepita - evidenziato dalla stessa difesa di parte opposta e desumibile dalla sua finalità, dalla temporaneità degli effetti nonché dalla sottoposizione del suo *"impatto sulla sostenibilità finanziaria del sistema pensionistico"* (art. 1, c. 16) - ne impedisce un'interpretazione estensiva.

Alla luce di queste considerazioni, la previsione di efficacia dell'opzione fino al 31.12.2007 od al conseguimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia (contenuta nell'art. 1, comma terzo, DM 6.10.2004) è frutto d'una tecnica di chiarificazione di dati tutt'affatto contrastanti, ma anzi pienamente coerenti col dettato legislativo. Tanto il limite cronologico quanto quello giuridico sono insiti nel disposto dell'art. 1, comma 12 dell'art. 1 legge 243.

È vero - tornando ai rilievi della parte opposta fondati sul comma 13 - che, così opinando, l'avente diritto al trattamento di vecchiaia che sia rimasto ancora in servizio perderebbe il diritto al *bonus* senza potere beneficiare di un aggiornamento della prestazione previdenziale, sotto il profilo contributivo, per effetto di questa norma di *crystallizzazione*. Ma tale conseguenza è frutto della libera scelta del lavoratore, che può rinunciare all'incentivo in qualsiasi momento, decidendo di andare in pensione [cfr. circolare INPS 11.11.2004, n. 149, parte II p. 4 - all. 2 alla memoria T.]. Né può dolersene in speciale modo il G., avendo anzi egli ricevuto comunicazione dall'Istituto il 25.8.2005 [all. 1 mem.], che espressamente fissava la scadenza del diritto al bonus al 20.4.2006, in coincidenza cioè col raggiungimento, da parte sua, dell'età pensionabile.

Questa soluzione è del resto coerente col carattere transitorio e finanziariamente sperimentale della complessiva disciplina. Ma, prima ancora, il fatto che la finalità dichiarata nella legge sia perseguita agendo sull'accesso alla pensione di anzianità (e non anche su quella di vecchiaia) è in linea col quadro legislativo complessivo: ci si riferisce, in generale, all'adozione di criteri tendenzialmente flessibili per l'individuazione dell'età pensionabile venuta dalla riforma pensionistica del 1995, vigente all'epoca. Più specificamente, vanno inquadrare nella stessa ottica le molteplici previsioni normative di elementi condizionanti il pensionamento prima del compimento dei 65 anni [es., art. 1, c. 20, l. 335/95] se non di diretto contenimento della prestazione di anzianità, tramite svariati strumenti: contingentamento della decorrenza [es., art. 1, c. 29, l. 335]; blocchi temporanei [es. d.l. 375/97]; specifica disciplina di non cumulabilità con la retribuzione [es., art. 1, c. 189, l. 662/96].

Si deve pertanto ritenere corretta l'interpretazione del quadro normativo fornita dall'INPS e la trattenuta del *bonus* che T., adeguandosi alle indicazioni dell'ente di previdenza, ha operato dal maggio 2006 sul compenso corrisposto al lavoratore. Non sussiste dunque il credito fatto valere da quest'ultimo.

Il decreto ingiuntivo opposto deve in definitiva essere revocato. Viene meno di conseguenza ogni pretesa di T. nei confronti dell'INPS.

La novità della questione giustifica la compensazione integrale delle spese del giudizio - comprese quelle della fase monitoria - tra tutte le parti in causa.

(*Omissis*)

Contributi - Riscossione coattiva - Iscrizione a ruolo - Cartella esattoriale - Ricorso per motivi non di merito - Ente previdenziale - Difetto di legittimazione passiva.

Tribunale di Genova - 24.04.2008, n. 710 - Dott. Basilico - C. s.r.l. (Avv. Siboldi) - Inps (Avv. Capurso) - Equitalia Polis (Avv. Bruzzone)

L'ente previdenziale, in quanto estraneo alla procedura di riscossione successiva alla iscrizione a ruolo dei propri crediti, è legittimato passivamente nei soli limiti dei giudizi di cognizione previsti dall'art. 24 del d. lgs. n. 46 del 1999, mentre difetta di legittimazione passiva laddove il ricorso non riguardi il merito della pretesa contributiva (fattispecie di ricorso per motivi attinenti alla correttezza della notificazione della cartella esattoriale).

FATTO e DIRITTO — Osserva quanto segue.

Avendo ricevuto preavviso d'iscrizione del fermo amministrativo su due veicoli di sua proprietà da parte dell'ente concessionario per la riscossione di crediti INPS, C. s.r.l. ha proposto ricorso giudiziale chiedendo accertarsi l'inesistenza o la nullità della notifica della cartella esattoriale che incorporerebbe il titolo esecutivo per il quale si procede nei suoi confronti e dichiararsi, di conseguenza, l'illegittimità o l'inefficacia degli atti conseguenti.

Così impostata, la domanda attrice ha introdotto una controversia relativa alla sussistenza ed alla legittimità del titolo in forza del quale E. P. s.p.a., ha preannunciato l'avvio dell'esecuzione forzata. Anche dopo la più recente giurisprudenza [Cass., sez. un., 21 gennaio 2006, n. 2053, e, da ultimo, Cass., sez. un., 30 gennaio 2008, n. 2022] in materia di fermo amministrativo di bene immobile iscritto in pubblico registro, si deve ritenere comunque che la procedura di cui si discute si trovi in fase comunque anteriore all'inizio dell'*iter* espropriativi, così come confermato anche dalla difesa del soggetto concessionario, che ha precisato che il preavviso di fermo rappresenta una mera comunicazione dell'intendimento d'iscrizione del provvedimento e che, come tale, non sarebbe atto autonomamente impugnabile.

Tale conclusione comporta la riconduzione del giudizio di opposizione, instaurato dal ricorrente, alla disciplina dell'art. 615, primo comma, c.p.c. così come modificato dall'art. 2, comma terzo, lett. e) n. 40 del d.l. 35/2005 (conv. in l. 80/2005). La norma rimette al tribunale del lavoro, quale giudice competente per materia e per valore sulla causa di merito, il procedimento instaurato per contestare il diritto a procedere ad esecuzione prima che la stessa sia iniziata.

INPS ha eccepito il difetto della propria legittimazione passiva, in quanto soggetto estraneo alla procedura di riscossione successiva all'iscrizione a ruolo dei propri crediti.

L'eccezione è fondata.

Ai sensi dell'art. 45 DPR 602/73 (come modificato dall'art. 16 d. l. n. 46/99), alla riscossione coattiva delle somme iscritte a ruolo, per crediti previdenziali e relativi accessori e spese, procede il concessionario; in forza delle disposizioni successive, anch'esse innovate dal citato art. 16, è solo questo soggetto a dare corso agli atti della procedura e dell'esecuzione, compresa l'iscrizione d'ipoteca legale, secondo il dettato del vigente art. 77 DPR 602. La legittimazione passiva dell'istituto di previdenza risulta confinata pertanto nei soli limiti dei giudizi di cognizione previsti dall'art. 24, commi terzo e quinto, rispettivamente prima della formazione del titolo esecutivo (il ruolo), di sua competenza, o dopo questa, ma entro il termine perentorio di quaranta giorni.

I rilievi su cui si fonda il ricorso giudiziale attengono esclusivamente alla correttezza della notificazione della cartella esattoriale, alla quale ha provveduto il concessionario. Pertanto INPS vi è estraneo.

Quanto al merito di tali rilievi, è dimostrato né è stato contestato che la cartella esattoriale in questione è stata notificata all'indirizzo di via Cantore 8h/44 in Genova il 13.2.2006 [all. 2 al ricorso in opposizione], quando ormai l'azienda aveva trasferito la propria sede legale altrove, cioè all'indirizzo di via Tagliolini 108, sempre in Genova. La notifica non risulta pertanto essere stata eseguita col rispetto delle previsioni dell'art 145 c.p.c. ed è pertanto da considerarsi nulla. Da ciò deriva l'invalidità di ogni atto conseguente e volto a dare esecuzione al titolo di credito incorporato nella cartella esattoriale.

Il ricorso in opposizione deve pertanto trovare accoglimento.

Il regime delle spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza nei confronti del soggetto concessionario, mentre è corretta la compensazione integrale rispetto all'INPS ed a SCCI s.p.a., estranei come detto al giudizio.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - A progetto - Discordanza tra oggetto del progetto ed effettivo svolgimento delle mansioni - Nullità del contratto - Conversione in rapporto di lavoro subordinato.

Tribunale di Genova - 01/09.04.2008, n. 574 - Dott. Melandri - F. e P. (Avv. De Vico) - Inps (Avv. Capurso).

La palese discordanza tra l'oggetto del progetto e l'effettivo svolgimento delle prestazioni comporta la nullità del contratto di lavoro a progetto, con le conseguenze di cui all'art. 69 del d. lgs. n. 276 del 2003, per cui il rapporto deve essere considerato sin dall'origine come subordinato (fattispecie di progetto relativo al settore dei videogames a fronte di attività di lavoro nel settore dei fumetti).

FATTO — Con ricorso depositato in Cancelleria il 21.11.2006 la F. & P. di F. E. s.a.s. esponeva:

- di aver ricevuto la notifica da GEST LINE s.p.a., quale concessionario INPS e SCCI e su richiesta degli stessi, di una cartella esattoriale per il pagamento di asseriti contributi la cui debenza sarebbe stata presumibilmente accertata dalla DPL con un verbale di accertamento del giugno 2004 in cui si era erroneamente qualificata come subordinata la posizione lavorativa del sig. M. F., con il quale la società opponente

aveva instaurato un rapporto di collaborazione mediante sottoscrizione di un CO.CO.CO. dal 1.7.2003 al 30.6.2004, successivamente trasformato in CO.CO.PRO;

- che la cartella doveva ritenersi nulla per difetto di motivazione e comunque illegittima in quanto lo strumento della riscossione esattoriale non potrebbe essere utilizzato per far valere delle pretese che devono essere accertate attraverso le vie ordinarie;

- che nel merito tra il Sig. F. e la società opponente non era sorto alcun rapporto di lavoro subordinato, avendo il quest'ultimo, esperto ed appassionato della fumettistica, svolto nell'esercizio commerciale un'attività di consulenza tecnica - informatica per l'acquisto e la vendita di fumetti scelti senza alcun vincolo di presenza o di orari e senza essere assoggettato al potere gerarchico o disciplinare del titolare dell'esercizio.

Chiedeva, pertanto, nel contraddittorio con INPS, SCCI ed il concessionario Gest Line s.p.a., l'annullamento della cartella esattoriale opposta, previa sospensione della stessa.

Si sono costituiti in giudizio con un'unica memoria difensiva INPS e SCCI, contestando il ricorso e chiedendone la reiezione.

Sostenevano infatti la natura subordinata del rapporto di lavoro con il soggetto in questione, individuando, nelle modalità di svolgimento delle prestazioni così come risultanti dal verbale ispettivo, una serie di indici tipici della subordinazione (vincolo d'orario, assoggettamento ad ordini specifici del titolare dello studio, retribuzione fissa, etc.). Inoltre dalle dichiarazioni rese dallo stesso soggetto interessato agli ispettori verbalizzanti era emerso che il lavoratore svolgeva attività ben diverse rispetto a quelle indicate nei contratti di collaborazione, con conseguente applicazione della conversione automatica prevista dall'art. 69 del D.Lgs. 276 del 2003.

Doveva pertanto configurarsi tra il lavoratore in questione e la società opponente sin dall'origine un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato con le conseguenze contributive di cui al verbale di accertamento.

Gest Line spa rimaneva invece contumace.

La causa è stata istruita con l'escussione di alcuni testi ed acquisizione dei verbali di testimonianze rese nella causa avanti al giudice ordinario di impugnazione dell'ordinanza ingiunzione emessa dalla D.P.L. per omissioni accertate nello stesso verbale ispettivo che ha dato luogo all'emissione della cartella esattoriale in questa sede impugnata.

All'esito dell'istruttoria la causa è stata discussa all'udienza del 1.4.2008 dai difensori delle parti, che hanno concluso come in atti, ed il giudice ha deciso come da separato dispositivo letto in udienza.

DIRITTO — In applicazione della normativa prevista dal D.Lgs n. 46/1999 in materia di cessione e cartolarizzazione dei crediti previdenziali, deve ritenersi la sussistenza di un litisconsorzio necessario tra INPS (asserito originario creditore) S.C.C.I. s.p.a., società alla quale INPS ha ceduto i crediti (ed. cessionario), ed il concessionario esattore Gest Line spa; tutti soggetti legittimati passivi a stare in giudizio nella presente controversia di opposizione a cartella esattoriale in cui sono state sollevate doglianze relative a vizi formali nella emanazione della cartella esattoriale opposta.

Ciò premesso ed esaminando le questioni prospettate nella presente controversia, si rileva che la preliminare eccezione, relativa alla nullità della cartella per carenza di

motivazione appare fondata.

Trattasi di una doglianza che, ripercuotendosi anche sulla validità del ruolo, deve essere fatta valere con ricorso in opposizione all'esecuzione, come previsto dall'art. 24 D.Lgs n. 46/99, e non con un'opposizione agli atti esecutivi.

L'art. 3 della L. n. 241 del 1990 impone la motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi, tra cui va annoverata la cartella esattoriale.

Trattandosi di un atto avente natura esecutiva che presuppone la sussistenza di un titolo, è sicuramente ammissibile una motivazione "ob relationem", in cui si faccia riferimento non solo al ruolo (che è un mero codice di regola non conosciuto dal contribuente sinché non viene per l'appunto notificata la cartella esattoriale), ma anche al fatto generatore del credito azionato.

Nel caso in esame la cartella contiene l'indicazione del verbale di accertamento ispettivo nel quale siano state accertate le omissioni contributive per cui è causa. Il fatto che tale verbale sia stato trascritto senza indicazione della data non appare rilevante ai fini della eccezione di nullità, in quanto sono stati specificamente indicati i periodi di riferimento dell'omissione contributiva, per cui ben si può risalire attraverso questi dati al fatto generatore della pretesa fatta valere.

Di ciò è conferma il fatto che l'opponente, dopo aver sollevato le formali eccezioni, nel merito si è difeso facendo riferimento al verbale della DPL e alla specifica posizione lavorativa del Sig. F.

Ciò premesso, nel merito si rileva che è pacifico che il credito azionato in cartella si fonda su un verbale di accertamento della DPL del 31.1.05 con il quale gli ispettori verbalizzanti hanno ritenuto - nonostante la presenza di due contratti di CO.CO.CO. e CO.CO.PRO in cui le parti avevano pattuito un'attività di carattere autonomo ai sensi dell'art 2222 c.c. - la natura subordinata dell'attività lavorativa svolta dal predetto soggetto, che, trovato al momento dell'ispezione sul luogo di lavoro, ha rilasciato una serie di dichiarazioni come dai verbali agli atti.

Occorre rilevare in diritto che la giurisprudenza si è più volte pronunciata sulla valenza probatoria dei verbali ispettivi: l'orientamento ormai consolidato della Corte di Cassazione è nel senso che *"I verbali redatti dall'ispettorato del lavoro o dai funzionari degli enti previdenziali in tema di omesso versamento di contributi, costituiscono prova idonea a legittimare il ricorso al procedimento ingiuntivo e fanno fede a querela di falso per quanto riguarda la provenienza dal pubblico ufficiale che li ha redatti ed i fatti che quest'ultimo attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti, con la conseguenza che, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo, incombe all'opponente di fornire la prova contraria. Invece per le altre circostanze di fatto che il verbalizzante segnali di aver accertato nel corso dell'inchiesta per averle apprese da relato o in seguito ad ispezione di documenti, la legge non attribuisce al verbale alcun valore probatorio preconstituito, neppure di presunzione semplice, ma il materiale raccolto dal verbalizzante deve essere liberamente apprezzato giudice, il quale può valutarne l'importanza ai fini della prova, ma non può mai attribuirgli il valore di vero e proprio accertamento addossando all'opponente l'onere di fornire la prova dell'insussistenza dei fatti contestatigli"*. (Cassazione civile, sez. lav., 8 agosto 1987 n. 6847(1), in Giust. civ. Mass. 1987).

Occorre quindi verificare nel caso concreto mediante l'istruttoria giudiziale le

modalità di svolgimento del rapporto ed applicare, a seguito dell'espletamento delle prove, il noto principio dell'onere della prova (art. 2997 c.c), in base al quale spetta all'istituto previdenziale, che si sostiene creditore delle obbligazioni contributive da parte dell'imprenditore, dimostrare la sussistenza della subordinazione.

Nel caso in esame sono agli atti i contratti di collaborazione coordinata e continuativa stipulati tra la società opponente e il sig. F., aventi ad oggetto un incarico di consulenza tecnica - informatica che, nel progetto di cui al contratto 25.10.2004, sarebbe volta al raggiungimento di un incremento del fatturato nel settore dei videogames.

Dalla redazione di tali contratti, si sarebbe dovuto quindi trattare di una prestazione tecnica di supporto informatico con l'utilizzo di mezzi propri e aziendali.

Dalle stesse deduzioni istruttorie prospettate in ricorso emerge tuttavia lo svolgimento da parte del F. di attività ben diverse rispetto a quelle indicate nei contratti ed in particolar modo in quello a progetto da ultimo sottoscritto tra le parti, in cui si fa riferimento ad una consulenza volta ad incrementare il fatturato nel settore dei videogames, mentre è emerso inequivocabilmente che il F. non si intendesse affatto di video games ma di fumetti, e che quindi il suo supporto fosse indirizzato in quest'ultimo settore.

Già questa palese discordanza tra l'oggetto del progetto e l'effettivo svolgimento delle mansioni, ammessa dalla stessa società opponente nella ricostruzione dei fatti contenuta nei capitoli dedotti a prova nel ricorso in opposizione, comporta la nullità del CO.CO.PRO stipulato tra le parti, con le conseguenze di cui all'art. 69 del D.Lgs. n. 276 del 2003 per cui il rapporto deve essere considerato sin dall'origine come subordinato.

Per quanto riguarda invece il precedente rapporto di Co.Co.Co., la cui validità prescinde dalla individuazione e realizzazione di un progetto specifico, anch'esso deve ritenersi fittizio, tenuto conto di quanto è emerso dall'intero quadro probatorio risultante dalle dichiarazioni rese sia in sede ispettiva che in sede rese in sede giudiziale.

In diritto si rileva che, secondo un orientamento consolidato cui si ritiene di uniformarsi, *"ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato invece che come autonomo, essendo l'iniziale contratto causa di un rapporto che si protrae nel tempo, la volontà ch'esso esprime ed il "nomen iuris" che utilizza non costituiscono fattori assorbenti, diventando, viceversa, il comportamento delle parti posteriore alla conclusione del contratto, elemento necessario non solo ai fini della sua interpretazione (ai sensi dell'art. 1362, comma 2, c.c), ma anche utilizzabile ai fini dell'accertamento d'una nuova diversa volontà' eventualmente intervenuta nel corso dell'attuazione del rapporto e diretta a modificare singole sue clausole e talora la stessa natura del rapporto lavorativo inizialmente prevista (da autonoma a subordinata), con la conseguenza che, in caso di contrasto fra i dati formali iniziali di individuazione della natura del rapporto e quelli fattuali emergenti dal suo concreto svolgimento, a questi ultimi deve darsi necessariamente rilievo prevalente"* (Cassazione civile sez. lav., 15 giugno 1999, n. 5960 in Giust. civ. Mass. 1999,1404).

Nel caso specifico dalle dichiarazioni rese in sede ispettiva, sia da parte della titolare dell'azienda che del soggetto interessato, è emerso che quest'ultimo svolgesse nel negozio normali attività di commesso addetto alla vendita degli articoli commercializzati, dando in particolare consigli sui fumetti, di cui era esperto e appassionato, ai clienti che lo richiedevano.

Tali dichiarazioni sono state in parte ritratte in sede giudiziale, in cui sia il F. che il C., altro commesso formalmente dipendente della società, hanno precisato che il primo si occupava solo degli ordini dei fumetti e di dare informazioni consigli ai clienti, ma non li serviva né rispondeva al telefono.

Deve ritenersi che queste testimonianze non siano attendibili perché ricostruite a distanza di tempo per non creare nocumento al loro datore di lavoro.

Da un lato infatti, sono in contrasto - oltre che con quanto genuinamente dichiarato dagli stessi in sede ispettiva senza condizionamenti di sorta e nell'immediatezza dei fatti - con la testimonianza resa avanti al giudice dall'ispettore della DPL che ha dichiarato di aver visto, al momento dell'accesso, il F. da solo in negozio, intento a svolgere tutte le varie attività di commesso, tra cui servire i clienti e rispondere al telefono. Solo in un secondo momento la presenza del F. da solo in negozio è stata giustificata con un incidente alla macchina del commesso C., che quel giorno avrebbe dovuto aprire il negozio in assenza della titolare in ferie. Ma il fatto che quel giorno il negozio sia stato aperto dal F. dimostra inequivocabilmente che comunque anche lui ne aveva le chiavi e ciò è un ulteriore segno che rende più verosimile la tesi secondo cui il F. fosse un vero e proprio commesso svolgente le stesse identiche mansioni del C., seppur con una particolare specializzazione in campo fumettistico che gli consentiva di dare informazioni e consigli alla clientela.

Essendo questo il quadro probatorio emerso nella controversia in esame, considerando il tipo di mansioni svolte meramente esecutive e d'ordine consistenti nel servire i clienti, che mal si prestano ad essere svolte in regime di autonomia - salvi i casi di occasionante e sporadicità della attività lavorativa (requisito escluso a priori dalla continuità della prestazione pacificamente resa) - deve ritenersi che l'INPS abbia assolto al proprio onere probatorio relativo alla natura subordinata del rapporto e quindi alla pretesa contributiva azionata.

Il ricorso va quindi rigettato.

Le spese di lite seguono la soccombenza della società opponente nei rapporti con INPS e SCCI. Pare equo compensarle tra la opponente e Gest Line.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1988, p. 486

Contributi - Riscossione coattiva - Iscrizione a ruolo - Opposizione - Intimazione di pagamento - Opposizione - Ente previdenziale - Difetto di legittimazione passiva.

Tribunale di Genova - 28.03/09.04.2008, n. 549 - Dott. Melandri - B. (avv. Scapolla) - Inps (Avv. Capurso) - Gest Line (Avv.ti Misurale, Tamagno).

Il ricorso proposto avverso una intimazione di pagamento avanzata dal concessionario della riscossione a seguito di cartelle esattoriali già notificate ed opposte ha come legittimato passivo esclusivamente il concessionario della riscossione, con conseguente difetto di legittimazione passiva dell'INPS e della SCCI.

FATTO — Con ricorso depositato in data 11.1.2007 l'Arch. G. R. B. ha proposto opposizione ex art. 24 D.Lgs. n. 46 del 1999 contro una serie di intimazioni di pagamento notificategli da Gest Line spa in data 15.12.2006.

Sosteneva la illegittimità delle intimazioni impugnate, nelle quali si richiedeva il pagamento di somme complessivamente pari ad € 1.144.272,60, in quanto conseguenti a cartelle esattoriali già notificate ed opposte, di cui alcune attualmente oggetto di provvedimenti di sospensione della esecutorietà da parte del giudice investito dell'opposizione.

Chiedeva pertanto, nel contraddittorio con l'asserito creditore INPS, SCCI e l'ente di riscossione, l'annullamento e/o la revoca delle predette intimazioni e l'espletamento di una CTU contabile per accertare l'effettiva situazione debitoria nei confronti di INPS. Si sono costituiti in giudizio i convenuti chiedendo il rigetto del ricorso perché inammissibile e comunque tardivo. Sospesa cautelativamente la esecutorietà delle intimazioni di pagamento, la causa è stata discussa nel merito all'udienza del 28.3.2008 ed il giudice ha deciso sulle conclusioni delle parti come da separato dispositivo letto in udienza.

DIRITTO — La presente causa è volta ad ottenere l'annullamento di 22 intimazioni di pagamento notificate al ricorrente da Gest Line spa nell'ambito della procedura di riscossione avviata con cartelle esattoriali.

La giurisprudenza in materia tributaria si è pronunciata più volte in merito alla facoltà del contribuente di impugnare tali atti.

Si è ritenuto ammissibile il ricorso avverso l'intimazione di pagamento, sebbene trattasi di un atto non espressamente menzionato nell'elenco non tassativo di cui all'art.19 D.lgs. 546 del 1992 e succ.mod., quando contenga tutti i requisiti di un atto impositivo (nella fattispecie, la precisa determinazione della pretesa e l'avvertenza che, nel caso di omesso pagamento, si farà luogo ad esecuzione forzata) e quindi abbia come causa l'affermazione di una obbligazione tributaria e abbia la forza di incidere concretamente nella sfera del contribuente. (cfr Sentenza Commissione Trib. Regionale Umbria sez. I n.12 del 24.3.2005)

Tale orientamento appare condivisibile e sicuramente applicabile anche nella fattispecie in esame in cui l'intimazione riguarda il pagamento di crediti contributivi a favore dell'INPS.

Il ricorso è pertanto ammissibile e correttamente è stato proposto avanti alla stessa autorità giudiziaria ordinaria cui sono devolute le controversie di opposizione a cartella esattoriale.

Deve tuttavia ritenersi che, trattandosi di un atto di esclusiva provenienza dell'ente riscossore con il quale il debitore viene nuovamente intimato a pagare gli importi già azionati in cartella ed avvisato che, scaduto il termine di cinque giorni, si procederà ad esecuzione forzata, l'impugnazione deve essere effettuata esclusivamente nei con-

fronti di Gest Line spa, per cui va dichiarato il difetto di legittimazione passiva di INPS e SCCI.

Il ricorso nei confronti di Gest Line appare tuttavia tardivo, perché presentato oltre il termine perentorio di cinque giorni dalla notifica dell'atto impugnato previsto dagli artt. 617 e 618 c.p.c. per le opposizioni agli atti esecutivi.

Nella disciplina della riscossione mediante iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, di cui al D. Lgs. n. 46 del 1999, l'opposizione agli atti esecutivi è prevista dall'art 29, secondo comma, che per la relativa regolamentazione rinvia alle "forme ordinarie", e non dall'art 24 dello stesso D. Lgs., che si riferisce, invece, all'opposizione sul merito della pretesa di riscossione.

Nel caso in esame l'opposizione sul merito della pretesa di riscossione è già stata precedentemente proposta con l'impugnazione delle relative cartelle esattoriali ed in questa sede il ricorrente si oppone agli atti successivamente emessi dall'esattore per avvisare l'inizio dell'esecuzione forzata. Tali atti avrebbe pertanto dovuto essere impugnati entro il termine perentorio di cinque giorni dalla notifica avvenuta in data 15.12.2006.

Essendo stato il ricorso depositato in data 11.1.2007, lo stesso deve essere rigettato per tardività dello stesso.

Pare equo compensare integralmente le spese di lite tra tutte le parti in causa.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di malattia - Assenza a visita di controllo - Necessità di recarsi dal medico - Insufficienza.

Tribunale di Genova - 28/29.02.2008, n. 353 - Dott. Scotto - B. (Avv. Storace) - Inps (Avv. Fuochi).

La necessità di recarsi dal proprio medico familiare per ottenere le necessarie cure non giustifica ex se l'assenza dal proprio domicilio nelle fasce orarie di reperibilità obbligatoria, in quanto il lavoratore è gravato altresì dell'onere di provare l'impossibilità di conciliare l'esigenza dell'accesso allo studio medico con l'osservanza delle fasce orarie di reperibilità al proprio domicilio.

FATTO — Con ricorso depositato il 15 maggio 2007 M. B. esponeva:
- di essere dipendente della- Ditta I. di Genova, Via Romairone 10;
- che il giorno 19 ottobre 2005, alzatosi per recarsi al lavoro, si sentiva male accusando i sintomi della febbre per cui avvisava della malattia il datore di lavoro e telefonava al proprio medico curante chiedendo di essere visitato al proprio domicilio;
- che il medico curante, Dott. A. B., informava il ricorrente che avrebbe potuto

effettuare la visita domiciliare solo la mattina successiva o riceverlo in studio la sera stessa durante l'orario di visita dalle ore 17.30 alle ore 19.00;

- che lo stesso giorno 19 ottobre 2005 usciva di casa alle ore 17.00, accompagnato dal padre, per recarsi all'ambulatorio medico e ricevere le cure del caso;
- che mentre si trovava nella sala d'attesa del medico, veniva raggiunto da una telefonata della moglie che, rientrando a casa, aveva trovato sotto la porta un avviso del medico fiscale che informava di averlo trovato assente alla visita di controllo e lo invitava, pertanto, a presentarsi il giorno successivo presso la ASL di Via Piacenza;
- che il giorno successivo si recava alla ASL di Via Piacenza che confermava la prognosi del medico curante;
- che con provvedimento del 28 aprile 2006 l'INPS comunicava al ricorrente l'applicazione della sanzione della perdita dell'indennità di malattia, in quanto assente ingiustificato alla visita di controllo;
- che il ricorso amministrativo avverso il suddetto provvedimento dell'INPS veniva rigettato dal Comitato Provinciale INSP con deliberazione del 27 settembre 2006 che confermava il provvedimento impugnato;

La ricorrente conveniva pertanto l'INPS dinanzi a questo Giudice per sentir dichiarare la illegittimità del diniego dell'indennità di malattia per assenza ingiustificata alla visita fiscale e per l'effetto la condanna della medesima alla corresponsione dell'indennità, oltre rivalutazione.

L'I.N.P.S. si costituiva con memoria del 28 settembre 2007 deducendo la legittimità dei provvedimenti di diniego dell'indennità di malattia, in quanto la violazione dell'obbligo di reperibilità, commessa dal lavoratore, non era sorretta da idonea giustificazione, non potendo ritenersi tale la semplice esigenza di sottoporsi a visita medica.

Il Giudice, sentite le parti in sede di interrogatorio libero, istruiva la causa per testi disponendo l'ammissione dei capitoli di prova dedotti dalle parti. Il Giudice escusò due testi (R. M. e B. G.), riteneva matura la causa per la decisione e rinviava per la discussione all'udienza del 26 febbraio 2008 ove esaurita la discussione il Giudice dava lettura del dispositivo in udienza.

DIRITTO - La domanda non è fondata per i motivi di seguito espressi.

Con il presente ricorso il Sig. M. B. lamenta il mancato riconoscimento da parte dell'INPS dell'indennità di malattia per non essere stato reperito dal medico fiscale, nelle fasce orarie obbligatorie, presso la propria abitazione. Ritiene infatti che l'assenza dal proprio domicilio il giorno 19 ottobre 2005 nella fasce orarie di reperibilità obbligatoria fosse assolutamente giustificata in quanto si era recato dal medico curante per ricevere le cure del caso. Siffatta circostanza troverebbe conferma nei certificati medici rilasciati - peraltro parecchi mesi dopo l'accaduto - dal medico curante, dott. A. B., che attestavano che il B. lo aveva contattato telefonicamente il giorno 19 ottobre 2005 per sollecitare una visita domiciliare (doc. n. 1 del ricorso, datato 8 agosto 2006) e che la visita ambulatoriale, al quale il B. si era sottoposto su suggerimento telefonico del medico, rivestiva carattere di urgenza e di improrogabilità (doc. n. 8 del ricorso datato 4 maggio 2006). Pertanto, a giudizio del ricorrente, avendo il medico di famiglia attestato l'urgenza e indifferibilità della visita ambulatoriale l'assenza era sorretta da un valido motivo.

Inoltre il ricorrente lamenta, altresì, l'illegittimità del certificato del medico fiscale perché, contrariamente a quanto previsto dalla Circolare INPS 8 agosto 1984, n.

134421, non sarebbe stato possibile definire l'identità del medico fiscale né l'ora della visita fiscale.

Orbene, occorre premettere che a norma dell'art. 5, comma 14, del DL n. 463/1983, convertito nella legge n. 683/1983, il lavoratore che risulti assente alla visita di controllo senza giustificato motivo, decade dal diritto a qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo sino a 10 giorni e nella misura della metà per l'ulteriore periodo".

Il giustificato motivo, necessario per escludere la sanzione per il mancato reperimento del lavoratore alla visita di controllo durante le fasce orarie di reperibilità, sebbene non si identifichi necessariamente nello stato di necessità o di forza maggiore, tuttavia deve *"essere connesso alla tutela di un interesse apprezzabile sul piano giuridico - sociale che non potrebbe essere utilmente soddisfatto, se non in condizioni di rilevante disagio o di notevole pregiudizio per altri interessi del soggetto, in tempi diversi da quelli corrispondenti alle suddette fasce"* (Cfr. Cass., 2 maggio 2000, n. 5492). Pertanto l'assenza dalla propria abitazione nelle fasce orarie obbligatorie in tanto può considerarsi giustificata in quanto diretta ad impedire che venga sacrificato altro interesse parimenti degno di tutela del lavoratore.

Tuttavia ciò non significa che la necessità di recarsi dal proprio medico familiare per ottenere le necessarie cure giustifichi ex se l'assenza dal proprio domicilio nelle fasce orarie di reperibilità obbligatoria, in quanto il lavoratore è gravato altresì dall'onere di provare l'impossibilità di conciliare l'esigenza dell'accesso allo studio medico con l'osservanza delle fasce orarie di reperibilità al proprio domicilio.

Infatti la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che costituisce giustificato motivo dell'assenza, oltre l'ipotesi della forza maggiore, "ogni situazione, la quale, ancorché non insuperabile e nemmeno tale da determinare, ove non osservata, la lesione di beni primari, abbia reso indifferibile altrove la presenza personale dell'assicurato, come la concomitanza di visite mediche, prestazioni sanitarie o accertamenti specialistici, purché il lavoratore dimostri l'impossibilità di effettuare tali visite in orario diverso da quello corrispondente alle fasce orarie di reperibilità".

Tanto premesso in punto di diritto circa l'esatta delimitazione concettuale della nozione di giustificato motivo occorre passare a valutare se il B. abbia adeguatamente soddisfatto l'onere di dimostrare l'impossibilità di sottoporsi alla visita medica fuori dalle fasce orarie di reperibilità obbligatorie.

All'uopo giova osservare che il B., nel proprio ricorso, espone che già la mattina del 19 ottobre 2005 aveva contattato telefonicamente il proprio medico curante, per sollecitare una visita domiciliare, ma che questi gli aveva comunicato che avrebbe potuto visitarlo a domicilio solo il giorno successivo oppure in serata però presso l'ambulatorio nell'orario di ricevimento (coincidente con quello di reperibilità obbligatoria). Con propria dichiarazione scritta dell'8 agosto 2006 (doc. n. 1 ricorso) il medico curante conferma la telefonata, pur non precisandone l'orario.

La circostanza viene però smentita dallo stesso ricorrente in sede di interrogatorio libero il quale ha dichiarato: *"Non avevo telefonato al dottore per chiedere di essere visitato a casa, almeno mi sembra così"*. Peraltro su tale circostanza neppure gli altri testimoni escussi sono stati in grado di fornire informazioni utili e rilevanti. Non può sfuggire che la dichiarazione resa dallo stesso B., in sede di interrogatorio libero, con-

trasta in modo insanabile con quanto esposto nel ricorso e attestato, parecchio tempo dopo, dal medico curante, di guisa che non può ritenersi provato che il B. abbia telefonicamente sollecitato una visita domiciliare. Quindi se ne deve dedurre che il B. nella giornata del 1 ottobre 2005, nella quale era caduto malato, aveva avuto il primo contatto con il proprio medico curante solo in occasione della visita ambulatoriale tenutasi di sera, senza che quindi avesse assunto nel corso della giornata alcuna utile iniziativa per poter ottenere la necessaria assistenza medica senza violare l'obbligo di reperibilità.

Né peraltro l'impossibilità di rispettare le fasce orarie di reperibilità obbligatoria può essere tout court desunta "dall'urgenza e improrogabilità" che, secondo la dichiarazione scritta rilasciata dal medico curante in data 4 maggio 2006, avrebbe caratterizzato la visita del B. in data 19 ottobre 2005. Infatti da tale certificato non è dato comprendere quali fossero le particolari condizioni di salute del paziente che rendessero indifferibile la visita, considerato che questi aveva lasciato passare l'intera giornata senza avvertire minimamente la necessità di contattare il proprio medico. Tanto più che lo stesso medico in relazione alla medesima vicenda attesta (doc. n. 1 del ricorso), con altra dichiarazione scritta datata però 8 agosto 2006, che era disponibile a curare il paziente alla visita ambulatoriale serale (come è accaduto) o la mattina successiva, il che lascia supporre che la patologia di cui era affetto il paziente potesse essere efficacemente curata anche rinviando la visita alla mattina successiva. Del resto il ricorrente deduce di essere stato affetto soltanto da febbre, senza neppure precisare l'entità dell'alterazione febbrile.

Anche il certificato medico necessario per giustificare l'assenza dal lavoro poteva essere utilmente redatto la mattina successiva.

Per concludere sul punto il ricorrente non ha assolutamente fornito la prova circa l'impossibilità di sottoporsi alla visita medica in orario diverso da quello delle fasce orarie di reperibilità obbligatoria alla visita fiscale e quindi, non avendo assunto alcuna utile iniziativa per conciliare le sue esigenze con il rispetto delle fasce orarie obbligatorie, la sua assenza non può considerarsi sorretta da valido motivo idoneo ad escludere le sanzioni comminate dall'I.N.P.S.

Pretestuosa e destituita di fondamento si rivela la deduzione della presunta illegittimità del certificato rilasciato dal medico fiscale nella cassetta della corrispondenza del B. Infatti il certificato attesta l'assenza del lavoratore, dato peraltro ammesso pacificamente anche dallo stesso ricorrente, il giorno nel quale la visita è stata effettuata e la sottoscrizione del medico fiscale. Quindi non pare possano sorgere dubbi di sorta sulla veridicità ideologica di quanto attestato e la sua provenienza da un medico fiscale, dati che peraltro lo stesso lavoratore non contesta. Detto ciò non si vede quale ulteriore apporto cognitivo giuridicamente rilevante avrebbe recato altresì l'indicazione precisa del nome del medico fiscale e dell'ora della visita, visto che è pacifica tra le parti l'assenza del lavoratore dal proprio domicilio nella fascia oraria pomeridiana di reperibilità obbligatoria. Quindi la mancanza di tali elementi non incide minimamente sull'attitudine probatoria fino a querela di falso di tale certificato. Tanto più che tali elementi non sono prescritti direttamente dalla legge ma da circolare che, pacificamente, nel nostro ordinamento non ha rango di fonte del diritto.

Sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Prestazioni rese con cadenza settimanale - Occasionante - Inconfigurabilità.

Lavoro (Rapporto di) - A progetto - Cameriere - Inconfigurabilità.

Tribunale di Genova - 05/13.02.2008, n. 250 - Dott. Melandri - L. S. B. T. (Avv. Bennati) - Inps (Avv. Capurso).

Non può considerarsi lavoro occasionale una prestazione resa continuativamente nei fine settimana.

Non è configurabile un lavoro a progetto nella prestazione lavorativa di un cameriere.

FATTO — Con ricorso depositato in - Cancelleria il 5.9.2007 la società L. S. B. T. - premesso di aver ricevuto la notifica in data 30.7.2007 da Gest Line s.p.a., quale concessionario INPS e SCCI e su richiesta degli stessi, di una cartella di pagamento di non meglio precisati contributi con le conseguenti somme aggiuntive - ha convenuto in giudizio i predetti soggetti per ottenere la nullità della cartella per mancanza di motivazione e per non debenza nel merito dei contributi richiesti.

Si sono costituiti in giudizio INPS e SCCI, contestando il ricorso e chiedendone la reiezione, sostenendo che l'omissione contributiva derivava da un verbale di accertamento della DPL in cui era stata accertata la natura subordinata dell'attività svolta dal sig. T. L. che aveva lavorato per il periodo da dicembre 2005 a giugno 2006 come cameriere per due o tre volte la settimana, regolarizzando il rapporto come occasionale ai sensi dell'art. 61 comma 2 del D.Lgs 276/03. Doveva pertanto configurarsi tra il lavoratore e l'opponente un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato con le conseguenze contributive di cui al verbale di accertamento.

Ritenuta la causa matura per la decisione, all'udienza del 5.2.2008 il giudice decideva come da separato dispositivo di cui dava lettura.

DIRITTO — In applicazione della normativa prevista dal D.Lgs n. 46/1999 in materia di cessione e cartolarizzazione dei crediti previdenziali, deve ritenersi la sussistenza di un litisconsorzio necessario tra INPS (asserito creditore) e società cessionaria (SCCI), in quanto soggetti legittimati passivi a stare in giudizio nella presente controversia.

Non essendo stato convenuto in giudizio il concessionario cui spetta la emanazione e notificazione della cartella esattoriale, la domanda di nullità della cartella per difetto di motivazione non va neppure esaminata.

Nel merito il ricorso appare infondato allo stato degli atti per i seguenti motivi.

I contributi azionati derivano da un accertamento ispettivo della DPL datato 13.9.2006 da cui risulta che nel corso della visita ispettiva è stato trovato al lavoro come cameriere il Sig T. L., nipote della titolare, formalmente inquadrato con un rap-

porto di tipo occasionale ex art. 61 comma 2° del D.Lgs n. 276 del 2003.

Gli ispettori, dopo aver interrogato il lavoratore interessato ed altri colleghi, hanno ritenuto la natura subordinata del rapporto le giornate lavorative sarebbero state più di trenta nel corso dell'anno, per cui si ricadrebbe nelle collaborazioni continuative (CO.CO.PRO.), ma mancando la forma scritta richiesta per legge, il rapporto non può che rientrare nell'ambito della subordinazione.

Il giudice, pur non condividendo l'iter argomentativi degli ispettori, ritiene che nella fattispecie in esame il rapporto instaurato tra le parti debba essere inquadrato come subordinato.

È provato, in quanto ammesso dal lavoratore e dagli altri colleghi, che il sig. T. abbia lavorato nel periodo da dicembre 2005 al giugno 2006 (data dell'ispezione) come cameriere nel bar ristorante nei fine settimana, quando il lavoro era più intenso, oltre ad altri giorni infrasettimanali quando doveva sostituire personale assente o su richiesta della titolare.

Già questa sistematica cadenza settimanale esclude che possa configurarsi un rapporto di tipo occasionale. La legge Biagi, che ha disciplinato il lavoro occasionale prevedendo dei limiti qualitativi e reddituali, non ha tuttavia modificato il concetto generale di lavoro occasionale: deve cioè trattarsi di un lavoro saltuario e non continuativo, caratterizzato da una assoluta sporadicità ed estemporaneità delle prestazioni svolte, altrimenti si ricade nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative.

Il fatto che nei sei mesi di riferimento il sig. T. abbia lavorato - a parte il mese in cui è stato in Brasile - per due o tre volte la settimana, dimostra una certa continuità della prestazione, tale da non potersi configurare come lavoro occasionale.

Né si ricade nell'ambito del CO.CO.PRO.; e ciò non solo per mancanza della forma scritta, ma perché non è configurabile un progetto tra i risultati di una prestazione lavorativa del cameriere.

A ciò va aggiunto che, anche qualora si volesse far rientrare il rapporto in esame nell'ambito delle prestazioni occasionali accessorie realizzate nell'ambito di un'impresa familiare operante nei settori del commercio o del turismo (in considerazione del rapporto di parentela tra il lavoratore e la titolare del ristorante), la stessa legge Biagi impone che la applicazione della normale disciplina assicurativa e contributiva del lavoro subordinato.

Correttamente pertanto gli ispettori hanno addebitato alla società opponente la contribuzione per l'attività lavorativa prestata dal sig. T., oltre le sanzioni previste dalla legge in caso di evasione, così come richieste nella cartella esattoriale opposta.

Il ricorso va quindi rigettato.

Le spese di lite seguono la soccombenza.

(Omissis)

Pensioni - Supplemento - Invarianza dell'importo pensionistico - Interesse ad agire - Non sussiste.

Tribunale di Genova - 11.12.2007, n. 2233 - Dott. Scotto - R. (Avv. Zanoni) - Inps (Avv. Fuochi).

Non sussiste l'interesse ad agire nel caso di azione volta al conseguimento di un supplemento che non comporti alcun aumento della misura della pensione.

FATTO e DIRITTO — Il Giudice del Lavoro, in persona della dott.ssa M. I. S.,

- rilevato che con ricorso depositato in data 23 aprile 2007 la sig. C. L. R. parte ha chiesto la condanna dell'INPS alla ricostituzione della pensione VO di cui è titolare tenendo conto anche dei congedi di maternità relativi alla nascita dei due figli, avvenuta in un periodo precedente alla data di inizio del rapporto di lavoro;
- rilevato che dal mod. TE 08 prodotto dall'INPS emerge che in corso di giudizio la prestazione richiesta è stata liquidata, ma, a seguito del ricalcolo, l'importo mensile della pensione spettante a parte ricorrente è rimasto invariato;
- ritenuto che pertanto la domanda non deve più essere esaminata e deve invece essere dichiarata la cessazione tra le parti della materia del contendere;
- ritenuto che ai soli fini delle spese deve rilevarsi che manca nella specie l'interesse ad agire, posto che il riconoscimento del supplemento non risulta aver comportato alcun aumento della misura della pensione della ricorrente; ritenuto infatti che non risulta autonomamente azionabile in giudizio una domanda tendente esclusivamente ad accertare e far dichiarare l'esatto numero dei contributi riconosciuti dall'I.N.P.S. al pensionato, senza alcun riflesso sul trattamento pensionistico ad esso corrispondente (cfr. Cass., 29 marzo 1989 n. 1524 (1));
- ritenuto che, infatti, non sembra sussistere un apprezzabile interesse in tal senso se non quando sussistano conseguenze favorevoli sul piano economico, posto che, fuori dei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge, oggetto della tutela giurisdizionale contenziosa possono essere soltanto diritti e non anche fatti, sia pure giuridicamente rilevanti;
- ritenuto che in particolare l'interesse ad agire non può nella specie trovare fondamento nel disposto dell'art. 54 legge 9 marzo 1989 n. 88, ai cui sensi "*è fatto obbligo agli enti previdenziali di comunicare, a richiesta esclusiva dell'interessato o di chi ne sia da questi legalmente delegato o ne abbia diritto ai sensi di legge, i dati richiesti relativi alla propria situazione previdenziale e pensionistica. La comunicazione da parte degli enti ha valore certificativo della situazione in essa descritta*";
- ritenuto che, infatti, se con tale norma la legge sancisce in effetti un interesse attuale del lavoratore alla conoscenza degli accreditamenti annuali sulla sua posizione previdenziale ed alla conoscenza - a domanda - della contribuzione complessivamente riconosciutagli dall'Istituto, tale interesse nella specie non può venire in considerazione posto che la ricorrente in questa sede agisce in giudizio esclusivamente al fine di ottenere la ricostituzione della pensione (tant'è che in via subordinata la ricorrente, per il caso che la pensione ricostituita non superi il trattamento minimo già in essere, si limi-

ta a chiedere la rifusione delle spese);

- ritenuto che difetta dunque in capo all'attrice l'interesse ad agire., che, a norma dell'art. 100 c.p.c, è una delle condizioni necessarie per proporre la domanda;

- ritenuto che tale interesse non deve essere soltanto teorico e generico, ma tradursi nell'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile, e non conseguibile senza l'intervento del giudice;

- ritenuto che spettava alla ricorrente - assicurata dimostrare il fatto costitutivo del proprio diritto, ivi compresi tutti gli elementi o requisiti per legge necessari alla nascita del preteso diritto ed ivi compresa dunque anche la sussistenza dell'interesse ad agire, che costituisce una delle condizioni dell'azione;

- ritenuto che pertanto non può farsi luogo alla condanna alla rifusione delle spese di lite richiesta da parte attrice, attesa la soccombenza virtuale di parte ricorrente;

- ritenuto che - in ogni caso e comunque - parte ricorrente risulta sicuramente soccombente quantomeno sulla domanda di condanna dell'INPS al pagamento delle differenze pensionistiche e tale soccombenza giustifica di per sé l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1989, p. 1242

Contributi - Omesso versamento - Azione del lavoratore per la costituzione di rendita vitalizia *ex art. 13* della legge n. 1338/1962 - Prova scritta relativa all'esistenza del rapporto di lavoro nel periodo di omissione contributiva - Necessità.

Tribunale di Viterbo - 09.07.2008, n. 724 - Dott. Ianigro - G. G. (Avv. Faggiani) - INPS (Avv. Ricci).

*Non è soggetto a prescrizione il diritto-potere del lavoratore di chiedere all'Istituto previdenziale di regolarizzare la propria posizione contributiva col versamento delle somme necessarie a costituire la rendita vitalizia *ex art. 13 l. n. 1338 del 1962* per porre rimedio alla prescrizione dei contributi obbligatori. La facoltà del lavoratore di chiedere direttamente all'Istituto previdenziale di poter costituire la rendita vitalizia non è condizionata al previo esperimento di azione di analogo contenuto nei confronti del datore di lavoro, essendo sufficiente la prova di aver inutilmente richiesto al datore di lavoro di provvedere o la prova dell'oggettiva impossibilità di questo 'ultimo di ottemperare alla richiesta.*

Ai sensi dell'art. 13 della legge 1338/62, per poter costituire la rendita prevista dalla norma in caso di omesso versamento dei contributi e di avvenuta prescrizione del diritto dell'Ente a riscuoterli, è necessario che il lavoratore fornisca la prova scritta in ordine all'esistenza del rapporto di lavoro subordinato nel periodo di omissione contributiva.

Non costituisce idonea prova scritta ai fini della costituzione della rendita vitalizia, una sentenza emessa nel giudizio (in cui l'INPS non è stato parte) promosso dal lavoratore contro il datore di lavoro per il riconoscimento del rapporto di lavoro e delle relative spettanze, perché, potendo la sentenza essersi fondata su presunzioni o prove testimoniali e non incontrando i limiti probatori previsti dall'art. 13, essa consentirebbe di aggirare la preclusione stabilita dalla norma.

FATTO — Con ricorso depositato il 16.7.2007, G.G. adiva questo Tribunale in funzione di giudice del lavoro, deducendo che il coniuge D. B. deceduto il 23.12.2006 aveva presentato all'INPS di Viterbo in data 18.5.2006 domanda di costituzione della rendita vitalizia ex art. 13 L. 1338/62 con riguardo ai contributi obbligatori caduti in prescrizione relativi al periodo lavorativo svolto alle dipendenze della B. Costruzioni Generali S.p.a. di Napoli tra il 1.3.1987 e l'11.4.1989; che in data 29.5.2006 aveva inoltre presentato domanda di pensione di vecchiaia respinta dall'INPS chiedendo che nel periodo di contribuzione fosse computato anche quello oggetto della rendita vitalizia; che l'INPS di Viterbo con provvedimento 13.6.2006 aveva respinto la domanda di rendita vitalizia ritenendo inidonea la prova della esistenza del rapporto di lavoro dedotto e con provvedimento 15.11.2006 aveva rigettato la domanda di pensione ritenendo insufficienti i contributi settimanali versati (ritenuti inferiori a 780); che aveva inutilmente proposto ricorso sia avverso il rigetto della domanda di rendita vitalizia in data 21.8.2006, sia avverso il diniego della pensione di vecchiaia in data 30.11.2006; che in data 23.12.2006 il coniuge era deceduto.

In fatto deduceva che il coniuge defunto aveva intrattenuto il rapporto di lavoro con la B. Costruzioni Generali S.p.a. dal 1.3.1987 sino all'11.4.1989 percependo una retribuzione mensile di lire 4.023.208 progressivamente aumentata fino a lire 5.959.000; che l'esistenza del rapporto di lavoro e la relativa retribuzione erano già state oggetto di accertamento giudiziale con sentenza definitiva del Pretore del Lavoro di Roma in data 1.6.1993 ed erano viepiù dimostrabili in virtù della documentazione allegata al ricorso; che, coinvolto nelle vicende di "Tangentopoli", l'amministratore della società si era reso irreperibile e le società aveva più volte mutato denominazione fino al fallimento dichiarato dal Tribunale di Nola con sentenza n. 85/1997; che in ragione di ciò l'Ing. B. non aveva potuto ottenere la costituzione della rendita vitalizia da parte del datore di lavoro e che comunque anche l'ultima richiesta in tal senso formulata il 17.8.2006 era rimasta inascoltata; che in virtù della contribuzione connessa alla rendita vitalizia l'Ing. B. avrebbe maturato il requisito contributivo per il diritto alla pensione di vecchiaia, posto che come risulta dall'estratto della posizione assicurativa rilasciato dall'INPS e dal conteggio eseguito dal

Patronato ACLI di Viterbo, alla data del 31.12.1992 aveva raggiunto 693 contributi settimanali (tenuto conto anche dei contributi versati dalla Chimica Meridionale S.p.a. e trasferiti dall'INPDAl all'INPS e non presenti nella posizione assicurativa solo per l'incompletezza dei dati anagrafici dell'assicurato) che sommati a quelli richiesti per la rendita vitalizia (111) danno luogo a complessivi 804 contributi settimanali sufficienti per il diritto alla pensione.

In diritto richiamava la disposizione di cui all'art. 13 L. 1338/62; negava che la facoltà riconosciuta al lavoratore fosse soggetta a prescrizione; rammentava la sentenza n. 568 del 13.12.1989 (1) con la quale la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità della norma in esame nella parte in cui richiedeva la prova scritta di data certa, non solo per la esistenza del rapporto di lavoro, ma anche a dimostrazione della durata del rapporto e dell'ammontare della retribuzione; ribadiva l'impossibilità per il coniuge defunto di ottenere la costituzione della rendita vitalizia da parte del datore di lavoro. Tanto premesso concludeva deducendo il diritto alla costituzione della rendita e conseguentemente quello al riconoscimento della pensione di anzianità.

Nel costituirsi in giudizio l'INPS eccepiva:

a) l'inammissibilità e infondatezza della domanda per prescrizione decennale della facoltà riconosciuta al lavoratore in via di surroga dall'art. 13 L. 1338/62 decorrente dalla data di scadenza della prescrizione dei contributi dovuti dall'ex datore di lavoro;

b) l'inammissibilità della domanda per mancato previo esperimento dell'azione contro il presunto ex datore di lavoro, secondo quanto previsto dall'art. 13 co. 5 della L. 1338/62, che richiede una reale impossibilità giuridica di ottenere la costituzione della rendita ad opera del datore inadempiente; in proposito deduceva l'irrelevanza delle vicende societarie dedotte in ricorso antecedenti la prescrizione del debito contributivo e sottolineava che l'unica richiesta in tal senso avanzata successivamente alla suddetta prescrizione nei confronti della società (evidentemente ritornata *in bonis*) non era stata seguita da alcuna azione legale;

c) l'infondatezza della domanda nel merito per inesistenza del rapporto di lavoro e carenza di prova scritta sul punto: al riguardo deduceva che anche alla luce della documentazione prodotta da controparte, il rapporto dedotto in giudizio non aveva avuto natura subordinata ma autonoma; che la sentenza del Pretore del Lavoro di Roma non era opponibile all'istituto; la mancanza di una prova scritta di data certa della esistenza del rapporto, tale non potendo essere la citata sentenza poiché ciò stravolgerebbe il principio fissato dall'art. 13 cit. e non risultando prodotta documentazione utile a tal fine (buste paga, modelli 101, comunicazione di assunzione agli uffici competenti, attestazioni di presenza, ecc.);

d) l'infondatezza della domanda non potendo l'assicurato far valere il requisito minimo contributivo di 780 contributi settimanali: dall'estratto conto assicurativo lo stesso risulta infatti aver maturato solo 658 contributi settimanali che sommati ai 111 contributi della rendita vitalizia non consentirebbero il raggiungimento del requisito minimo di 780.

La causa veniva istruita solo documentalmente ed era decisa il 9.7.2008 come da dispositivo di cui si dava lettura in udienza.

DIRITTO — L'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338 recante "Disposizioni per il miglioramento dei trattamenti di pensione dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti", stabilisce che "1) ferme restando le disposizioni penali, il datore di lavoro che abbia omesso di versare contributi per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti e che non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione ai sensi dell'articolo 55 del regio decreto-legge 4 ottobre 1935, n. 1827, può chiedere all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale di costituire, nei casi previsti dal successivo quarto comma, una rendita vitalizia reversibile pari alla pensione o quota di pensione adeguata dell'assicurazione obbligatoria che spetterebbe al lavoratore dipendente in relazione ai contributi omessi. ... 3) 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. 4) Il datore di lavoro è ammesso ad esercitare la facoltà concessagli dal presente articolo su esibizione all'istituto nazionale della previdenza sociale di documenti di data certa, dai quali possano evincersi la effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro, nonché la misura della retribuzione corrisposta al lavoratore interessato. 5) Il lavoratore, quando non possa ottenere dal datore di lavoro la costituzione della rendita a norma del presente articolo, può egli stesso sostituirsi al datore di lavoro, salvo il diritto al risarcimento del danno, a condizione che fornisca all'istituto nazionale della previdenza sociale le prove del rapporto di lavoro e della retribuzione indicate nel comma precedente. 6) Per la costituzione della rendita il datore di lavoro, ovvero il lavoratore allorché si verifichi l'ipotesi prevista al quarto comma, deve versare all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale la riserva matematica calcolata in base alle tariffe che saranno all'uopo determinate e variate, quando occorra, con decreto del ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentito il consiglio di amministrazione dell'istituto nazionale della previdenza sociale.

Il sistema previdenziale riconosce dunque in favore dei lavoratori subordinati, nei confronti dei quali il proprio datore di lavoro non abbia provveduto a versare i contributi previdenziali e per il versamento dei quali sia decorso il termine prescrizione, il diritto a vedersi costituire - con onere a carico del medesimo datore di lavoro inadempiente e, in mancanza di adempimento da parte di quest'ultimo, con onere a carico dello stesso lavoratore beneficiario - "...una rendita vitalizia reversibile pari alla pensione o quota di pensione adeguata dell'assicurazione generale obbligatoria che spetterebbe al lavoratore dipendente in relazione ai contributi omessi". (art. 13, primo comma, legge n. 1338 del 1962).

Il legislatore struttura l'istituto come una facoltà a cui può accedere, quale regola generale, lo stesso datore di lavoro inadempiente che abbia esibito all'ente previdenziale "...documenti di data certa, dai quali possano evincersi la effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro, nonché la misura della retribuzione corrisposta al lavoratore interessato." (quarto comma, art. cit.). Solo nell'ipotesi che il lavoratore non possa ottenere la costituzione della rendita a carico del datore di lavoro, lo stesso legislatore riconosce tale facoltà, quindi con regola derogatoria della regola generale retro delineata, allo stesso lavoratore danneggiato dall'inadempimento, alle stesse condizioni

riconosciute al datore di lavoro (quinto comma).

In quest'ultima ipotesi, si potrebbe parlare di doppio inadempimento, in quanto, precedentemente, il datore di lavoro si è sottratto all'obbligo di pagare la contribuzione e, in un momento successivo, si è sottratto all'obbligo di pagare quanto necessario per costituire la provvista pecuniaria, su cui l'ente previdenziale avrebbe pagato la rendita vitalizia al lavoratore danneggiato. L'effetto della costituzione della rendita è quello di integrare immediatamente la pensione erogata o, qualora non vi sia ancora pagamento di trattamento pensionistico, quello della valutazione "...a tutti gli effetti ai fini dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti." (terzo comma).

Così delineata la struttura dell'istituto vanno singolarmente esaminate le eccezioni dell'istituto previdenziale.

1) PRESCRIZIONE

Se nella giurisprudenza appare univoco l'orientamento secondo il quale sono soggette alla ordinaria prescrizione decennale tanto il diritto del lavoratore a vedersi costituita - anche in via giudiziaria - la rendita vitalizia a spese del datore di lavoro (decorrente dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS: sent. Sez. L. n. 3756 del 13.3.2003 in CED rv. 561141), quanto il diritto nei confronti del datore di lavoro al risarcimento del danno conseguente alla perdita dei contributi o all'esercizio della facoltà di surroga (diritto decorrente dal momento di maturazione della prescrizione del diritto ai contributi, spettante all'ente assicuratore secondo Cass. Civ. Sez. L. n. 12213 del 3.7.2004 in CED rv. 574087; e/o dalla perdita totale o parziale del trattamento previdenziale secondo Cass. Civ. Sez. L. n. 14680 del 29.12.1999 in CED rv. 532591 e Cass. Civ. Sez. L. n. 10528 del 25.10.1997 in CED rv. 509269); con riguardo alla facoltà di surroga del lavoratore si è invece assistito al formarsi di orientamenti diversi e contrastanti.

Per un verso si è infatti sostenuto che essendo espressamente connessa ex art. 1 comma 13 L. 1338/62 alla prescrizione dei contributi assicurativi, anche la facoltà del lavoratore di sostituirsi all'ex datore di lavoro nella costituzione della rendita vitalizia sia soggetta alla prescrizione decennale decorrente ex art. 2935 c.c. dal giorno in cui il diritto poteva essere fatto valere, ovvero dal giorno di scadenza della prescrizione dei contributi che il datore di lavoro avrebbe dovuto versare e non ha versato (Cass. Civ. Sez. L. n. 9270/87 (2) in Rep. Giur. It. N. 429). Si è quindi asserito che "L'esercizio della facoltà del lavoratore dipendente di ricostruire mediante rendita vitalizia ex art. 13, comma quinto, legge n. 1338 del 1962 la propria posizione assicurativa presso l'INPS in sostituzione del datore di lavoro è soggetto anch'esso a prescrizione con decorrenza dal giorno in cui il diritto poteva essere fatto valere e tale prescrizione può essere eccepita anche dal datore di lavoro, ancorché egli non sia il soggetto passivo del diritto suddetto" (Cass. Civ. Sez. L. n. 10945 del 2.11.1998 in CED rv. 520283; in tal senso anche sent. 6361 del 4.12.1984 in Rep. Foro It., 1984 n. 979; sent. n. 14680 del 29.12.1999 in Rep. Giur. It., 1999, n. 231; sent. n. 3756 del 13.3.2003 in CED rv. 561141; sent. n. 13836 del 18.9.2003 non massimata).

In senso contrario si è invece affermato che "Nell'assicurazione obbligatoria

per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, la facoltà di costituire una rendita vitalizia a norma dell'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, non è soggetta a prescrizione decorrente dal momento in cui, a seguito della prescrizione dei contributi non versati, la facoltà avrebbe potuto essere esercitata; deve altresì escludersi che la prescrizione cominci a decorrere dal momento in cui, in caso di regolare versamento dei contributi, sarebbe maturato il diritto alla pensione, oppure dal momento in cui, in base ai contributi già versati, il soggetto abbia conseguito la pensione, atteso che il citato art. 13 è chiaro nel non attribuire a tali eventi incidenza preclusiva della facoltà di costituire, con effetti *ex novo*, la rendita vitalizia" (Cass. Civ. Sez. L. n. 7853 del 19.5.2003 (3) in CED rv. 563323). La pronuncia or ora menzionata si segnala per un diverso approccio logico-giuridico alla questione, diversità di approccio che ha consentito al Collegio di accogliere la soluzione dell'imprescrittibilità. In essa il Supremo Collegio procede innanzitutto a una "...riflessione di carattere generale sulla prescrittibilità delle facoltà giuridiche e dei cosiddetti diritti potestativi" giungendo ad affermare che "...la facoltà di costituire la rendita vitalizia ex art. 13 l. n. 1338/1962...appare riconducibile al novero delle facoltà comunemente ricondotte alla categoria dei diritti potestativi, poiché è attribuita alla volontà del lavoratore interessato (o del datore di lavoro che agisca nell'interesse primario del medesimo) la modificazione della sua posizione assicurativa nei confronti dell'istituto assicuratore, mentre gli adempimenti amministrativi a carico dell'istituto hanno carattere meramente esecutivo e il versamento della somma necessaria per la costituzione della rendita rappresenta un onere rispetto al conseguimento dell'effetto giuridico perseguito". Alla luce di tali premesse si è quindi giunti alla considerazione che la costituzione della rendita vitalizia sia da comprendere fra i diritti potestativi non soggetti a prescrizione. Tale ricostruzione, non è inficiata, secondo il Collegio, dalla circostanza che "...parte essenziale della fattispecie costitutiva, e cioè la prescrizione dei contributi, si perfeziona una volta per sempre e che da quel momento la facoltà può cominciare ad essere esercitata: la detta prescrizione dei contributi non esaurisce infatti la fattispecie costitutiva, mentre, in relazione alla finalità dell'istituto, ... deve ritenersi piuttosto la rilevanza attuale della condizione del soggetto (potenziale) titolare di una posizione assicurativa da incrementare o da costituire mediante il riscatto dei periodi lavorativi non coperti da contribuzione". A queste argomentazioni interne, la Corte annette, ad ulteriore sostegno della tesi adottata, un'argomentazione esterna costituita da un parallelismo fra l'istituto in commento e l'istituto del riscatto, in specie quando questo è utilizzato per ovviare alle carenze contributive di periodi lavorativi (si menzionano l'art. 51 della legge n. 153 del 30 aprile 1969, l'art. 2-octies del d. l. n. 30 del 2 marzo 1974, convertito con modifiche in legge n. 114 del 16 aprile 1974, l'art. 3 del decreto legislativo n. 184 del 30 aprile 1997): l'utilizzo del riscatto ai citati fini, secondo la Corte "...mette forse meglio in evidenza l'incidenza attribuita dal legislatore all'interesse e alla volontà attuali del lavoratore di costituire o incrementare una posizione assicurativa a proprio favore e al rilievo condizionante, ma non esclusivo, della sussistenza dei periodi da riscattare. Infatti, in difetto di diversa previsione, è lasciata alla valutazione dell'interessato, in relazione alle mutevoli vicende della sua vita lavorativa e non lavorativa, e anche - particolare non trascurabile - alle sue disponi-

bilità economiche, la valutazione circa l'opportunità di effettuare o meno il riscatto e il momento in cui ricorrervi.”

Ritiene il decidente che le argomentazioni addotte dalla S.C. a sostegno della imprescrittibilità della facoltà del lavoratore a surrogarsi al proprio datore di lavoro nella costituzione della rendita vitalizia, siano preferibili rispetto alle tesi (sia pure maggioritaria) che ne deduce sic et simpliciter la sottoposizione alla prescrizione decennale dalla connessione con la prescrizione dei contributi assicurativi.

Ad avviso di questo giudicante esaminando distintamente i rapporti coinvolti nell'attuazione dell'istituto occorre infatti concludere che se la posizione di soggezione del datore di lavoro, nei confronti del lavoratore che chieda la costituzione della rendita o che agisca nei suoi confronti per costringerlo a ciò o perché risarcisca il danno conseguente all'esborso subito in via di surroga, non può che essere soggetto all'ordinario termine prescrizione decennale, non potendosi immaginare una soggezione “senza termine finale” del datore di lavoro;

al contrario, quando si esamina il diritto-potere del lavoratore nei confronti dell'istituto previdenziale a regolarizzare la propria posizione contributiva, la previsione di un limite prescrizione non appare spiegabile lì dove le tariffe stabilite per la costituzione della riserva matematica siano tali da escludere oneri economici aggiuntivi in capo all'ente previdenziale. E tale ipotesi sembra esclusa dall'art. 12 del D.M. 19.2.1981 che nel fornire istruzioni per l'individuazione delle relative tariffe, con riferimento alla costituzione della rendita, esplicitamente afferma che “...l'operazione è facoltativa e viene effettuata, in qualsiasi momento, a richiesta del datore di lavoro che ha omesso il versamento dei contributi o dei suoi aventi causa, ovvero a richiesta del lavoratore o dei suoi superstiti”. Affermazione questa che porta a ritenere che lo stesso legislatore abbia riconosciuto, senza limite temporale alcuno, il potere di versare le somme per la riserva matematica e che trova una sua spiegazione nei costi, predeterminati nello stesso decreto ministeriale, posti a carico esclusivo del richiedente.

Deve quindi ritenersi che nei confronti dell'ente previdenziale, non operi l'ordinaria prescrizione, per la constatazione che alcun costo economico, immediato o che possa sorgere durante il periodo in cui si eroga la prestazione pensionistica, è addossato all'I.N.P.S. a causa dell'inadempimento contributivo, nel momento in cui si costituisce la rendita vitalizia ex art. 13 l. n. 1338 del 1962, avendo l'ordinamento previsto l'allocazione dei costi solo in capo al datore di lavoro o al lavoratore a cui è discrezionalmente affidata la possibilità o meno di accedere all'istituto delineato dalla normativa in esame.

Alla luce delle considerazioni che precedono la relativa eccezione va quindi disattesa.

2) IMPOSSIBILITÀ DI OTTENERE LA COSTITUZIONE DELLA RENDITA DAL DATORE DI LAVORO.

Il presupposto in esame è previsto dal richiamato co. 5 dell'art. 13 ed è stato ribadito dalla giurisprudenza di legittimità la quale

- ha chiarito che la tutela accordata al lavoratore (in favore del quale sia stato omesso il versamento dei contributi, seguito dalla prescrizione del credito dell'ente

previdenziale), oltre alla azione risarcitoria ex art.2116 secondo comma cod.civ., prevede anche i rimedi previsti dall'art. 13 della legge 12 agosto 1962 n.1338, i quali comportano sia una mera facoltà del lavoratore (corrispondente ad analoga facoltà del datore di lavoro) di ottenere la costituzione della rendita vitalizia (salva la possibilità di recuperare dal datore la somma equivalente alla riserva matematica versata) sia il diritto dello stesso lavoratore nei confronti del datore di lavoro alla costituzione della rendita vitalizia, mediante un'azione di condanna del medesimo datore a versare la riserva matematica all'INPS (in tal senso la concorde giurisprudenza, che distingue la tutela risarcitoria spettante al lavoratore e la sua facoltà di sostituirsi al datore nella costituzione della rendita, dall'azione di reintegrazione specifica: cfr. Cass. 27 febbraio 1976 n.661, 9 aprile 1986 n.2488, 13 giugno 1990 n.5742, 29 dicembre 1999 n. 14680, 13 marzo 2003 n.3756);

- ha precisato che "a norma del quinto comma dell'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, è inammissibile la domanda proposta direttamente dal lavoratore nei confronti dell'INPS, in sostituzione del datore di lavoro, e diretta ad ottenere la costituzione di una rendita vitalizia ... ove il lavoratore non abbia dato la prova della impossibilità di ottenere la rendita dallo stesso datore di lavoro" (cfr. Cass. Civ. Sez. L. n. 10057 del 25.5.2004 in CED rv. 573132; Cass. Civ. Sez. L. n. 10517 del 1.6.2004 (4) in CED rv. 573344).

Nel caso di specie si tratta tuttavia di stabilire se la prova richiesta dalla norma possa consistere nella sola dimostrazione di aver agito giudizialmente nei confronti del datore di lavoro ai fini predetti, o possa limitarsi anche alla mera richiesta rimasta senza esito.

Ritiene questo giudicante che la questione debba essere risolta considerando la natura dell'istituto in esame, la quale prevede tanto nei confronti del datore di lavoro, quanto in capo al lavoratore, solo una facoltà di regolarizzare la posizione contributiva di quest'ultimo. Quello in capo al lavoratore nei confronti dell'ex datore di lavoro va dunque configurato come il diritto ad essere lasciato indenne dalle conseguenze connesse alla regolarizzazione della posizione conseguente all'inadempimento dell'obbligo contributivo: successivamente all'esercizio della facoltà di surroga, esso si concretizza nel diritto al risarcimento del danno derivante dall'esborso per la costituzione della riserva matematica; in via preventiva esso può concretizzarsi nella pretesa a che il datore di lavoro provveda direttamente alla costituzione della rendita. La scelta tra le suddette opzioni oltre che del tempo in cui formulare la domanda di costituzione della rendita, è tuttavia rimessa al lavoratore medesimo, il quale per avventura, potrebbe essere personalmente a conoscenza della impossibilità economica dell'ex datore di lavoro di provvedere direttamente alla costituzione della rendita e ritenga di provvedere rapidamente alla regolarizzazione della posizione agendo in via diretta e riservando all'esito l'eventuale azione di rivalsa. Sotto tale profilo non sembra quindi ragionevole condizionare l'esercizio della facoltà di surroga al previo esperimento di un'azione diretta nei confronti del datore di lavoro; mentre assai più ragionevole è che tale facoltà sia subordinata alla sola prova di un'inutile richiesta in tal senso al datore di lavoro o della oggettiva impossibilità di quest'ultimo di ottemperare alla richiesta.

Nel caso in esame la prova deve ritenersi adeguatamente fornita sia alla luce del

Fallimento della società F.C. s.a.s. di F. S. (già B. Costruzioni Generali S.p.a. come da visura in atti) dichiarato in data 12.6.1997, sia in virtù della richiesta in data 17.8.2006 indirizzata a B. Costruzioni Generali s.p.a. e rimasta senza esito.

3) INESISTENZA DEL RAPPORTO DI LAVORO DI LAVORO SUBORDINATO. CARENZA DI PROVA SCRITTA.

Sotto il primo profilo occorre premettere che l'art. 13 della legge 1338/62 disciplina esclusivamente la situazione del lavoratore dipendente al quale il datore di lavoro non abbia versato i contributi dovuti. Inoltre l'istituto della rendita vitalizia è istituto speciale (cioè che per sua natura rappresenta un'eccezione alla regola generale in materia di versamento di contributi e di prescrizione degli stessi) non suscettibile di applicazione analogica in assenza di ulteriori elementi. La Corte costituzionale ha tuttavia allargato la sfera di operatività della norma, ritenendo che fossero da annoverare fra i lavoratori tutti quei soggetti che non hanno nella loro libera disponibilità il versamento della contribuzione previdenziale [con decisione interpretativa di rigetto n. 18/95 ha così ritenuto che all'interno della categoria "lavoratore" debba annoverarsi anche il lavoratore familiare di impresa artigiana; e la S.C. ha fatto proprie tali conclusioni estendo l'istituto anche in favore dei familiari del lavoratore artigiano coadiuvanti nell'impresa di quest'ultimo (sul punto si v. Cassazione n. 5330 del 13 aprile 2002 in Rep. Giur. It., 2002, voce "Previdenza Sociale" n. 315; n. 8089 del 15 giugno 2001 in Rep. Giur. It., 2001, voce "Previdenza sociale, n. 386; Cassazione n. 12149 del 19 agosto 2003 in Banca Dati C.E.D. Cass., RV. 565988)]. È invece costantemente esclusa l'applicabilità dell'istituto nei confronti dei lavoratori autonomi (ivi compresi i titolari di impresa).

Nel caso di specie l'istituto resistente oppone l'inapplicabilità della disciplina al *de cuius*, in ragione della natura dirigenziale dell'incarico lavorativo svolto nel periodo cui si riferisce l'omissione contributiva.

Senonché non sembra né ragionevole, né fondata la classificazione del dirigente nella categoria del lavoratore autonomo: al contrario il ruolo dirigenziale è sostanzialmente equiparato al lavoro subordinato pur usufruendo di una disciplina differenziata sotto alcuni specifici aspetti (ad esempio quello riguarda il regime di tutela nei licenziamenti). Inoltre la natura di lavoro subordinato del rapporto intercorso tra l'Ing. B. e la B. Costruzioni Generali S.p.a. risulta definitivamente accertata dalla sentenza del Pretore del Lavoro di Roma n. 8701/93 in data 1.6.1993, alla quale sotto tale profilo deve essere riconosciuto pieno rilievo probatorio. L'applicabilità ai dirigenti dell'istituto in esame si desume infine dai principi affermati dalla Corte Costituzionale, che annovera tra i lavoratori tutti i soggetti che non hanno nella libera disponibilità il versamento della contribuzione previdenziale, in ciò dovendosi equiparare il dirigente al lavoratore subordinato. A contestare tali conclusioni non vale sottolineare l'entità delle retribuzioni percepite.

L'eccezione è dunque infondata.

L'ente previdenziale lamenta tuttavia anche la carenza di prove della esistenza del rapporto.

Sul punto occorre premettere che con sentenza n. 568 del 22 dicembre 1989 la Corte costituzionale, ha dichiarato l'illegittimità dei commi terzo e quarto dell'art. 13 l.

cit. nella parte in cui, salva la necessità della prova scritta sulla esistenza del rapporto di lavoro il cui onere grava sul lavoratore, non consente di provare altrimenti la durata del rapporto stesso e l'ammontare della retribuzione. Sulla scorta di tale declaratoria, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che "...sussiste la necessità della prova scritta in ordine all'esistenza del rapporto di lavoro subordinato nel periodo di omissione contributiva, essendo consentito provare con altri mezzi, anche orali, soltanto la durata del detto rapporto e l'ammontare della retribuzione" [cfr. Cassazione 2 marzo 2001, n. 3085 in Rep. Giur. It., 2001, voce "Previdenza Sociale", n. 387; cfr. anche sent. n. 2188 del 14 febbraio 2002, ove si riconosce la natura di prova scritta idonea a dimostrare il rapporto di lavoro quale coadiutore dell'impresa artigiana paterna al documento attestante l'avvenuto versamento effettuato all'INAIL del premio relativo all'assicurazione contro gli infortuni su lavoro e le malattie professionali del coadiutore; sent. n. 2619 del 22 febbraio 2002 in Rep. Giur. It., 2002, voce "Previdenza Sociale", n. 170, ove si riconosce alla delibera della Commissione provinciale dell'artigianato la natura di prova scritta idonea a provare l'esistenza del rapporto di lavoro come coadiutore dell'impresa artigiana paterna; sent. n. 4779 del 28 marzo 2003 in C.E.D. Cass., RV. 561588, ove si esclude che la certificazione con la quale il Sindaco attesti che il richiedente risulta aver lavorato come coadiuvante presso il negozio di generi alimentari della suocera possa avere natura ed efficacia di atto pubblico e, ai fini del giudizio, potesse ritenersi idonea prova scritta dell'esistenza del rapporto di lavoro].

Nel caso di specie prova scritta della esistenza non potrebbe essere tratta dalla sentenza del Pretore del Lavoro di Roma, posto che - come giustamente osservata dall'istituto previdenziale - la pronuncia sulla domanda giudiziale tendente al riconoscimento del rapporto di lavoro e alle relative spettanze, non incontra i limiti probatori previsti dall'art. 13, sicché utilizzare nel giudizio per la costituzione della rendita vitalizia una sentenza di tal genere (peraltro non opponibile all'INPS non essendo quest'ultimo parte in causa) significherebbe aggirare nella sostanza le preclusioni stabilite dalla norma.

Deve a questo punto rilevarsi che la prova scritta di data certa non è ravvisabile neppure nella residua documentazione prodotta da parte ricorrente. Né la lettera di assunzione 20.1.1987, né le lettere "promemoria" del 16 e 20.1.1988, né la lettera 3.2.1989, recano infatti data certa della loro formazione. E altrettanto è a dirsi con riguardo alla copia del Mod. E/5-82 per il versamento dei contributi INPDAI per l'anno 1987, che risulta compilato senza data dalla B. Costruzioni Generali S.p.a. a firma dell'Amministratore Unico e risulta privo di un timbro di ricezione da parte dell'istituto previdenziale destinatario.

La relativa eccezione deve quindi essere accolta con conseguente declaratoria di inammissibilità della domanda; in essa deve ritenersi assorbita anche la residua questione circa la sussistenza o meno del requisito contributivo minimo.

La carenza di prova scritta sulla esistenza del rapporto di lavoro, rende d'altro canto superflua anche l'assunzione di prove orali riguardo alla durata del rapporto e all'entità della retribuzione percepita.

L'inammissibilità della domanda avente ad oggetto la formazione della rendita vitalizia implica altresì il rigetto della connessa domanda di pensione di anzianità e

ciò a prescindere da ogni valutazione circa la sussistenza o meno del requisito contributivo.

La natura della controversia e la qualità delle parti giustificano la compensazione delle spese di giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1990, p. 235

(2) *Idem*, 1988, p. 654

(3) *Idem*, 2003, p. 818

(4) *Idem*, 2004, p. 658

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)**

ELISABETTA BERGAMINI

Ricercatore di diritto internazionale
Università degli studi di Udine

**SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)
10 luglio 2008**

**“Direttiva 2000/43/CE - Criteri discriminatori di selezione del personale
- Onere della prova - Sanzioni”.**

Nel procedimento C-54/07, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dall’Arbeidshof te Brussel (Belgio) con decisione 24 gennaio 2007, pervenuta in cancelleria il 6 febbraio 2007, nella causa *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* contro *Firma Feryn NV*,

(omissis)

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione della direttiva del Consiglio 29 giugno 2000, 2000/43/CE, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica (GU L. 180, pag. 22).

2. Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia che oppone il *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* (Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo), ricorrente nella causa principale, alla società *Firma Feryn NV* (in prosieguito: la "Feryn"), convenuta nella causa principale, in seguito alle affermazioni di uno dei suoi direttori che aveva dichiarato pubblicamente che la sua società non desiderava assumere le persone cosiddette "alloctone".

(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"*.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. Ai sensi del suo art. 1, la direttiva 2000/43 "mira a stabilire un quadro per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento".

4. A norma dell'art. 2, n. 2, lett. a), di tale direttiva:

"sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga".

5. L'art. 3, n. 1, lett. a), della detta direttiva precisa che quest'ultima riguarda "[le] condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia indipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, indipendentemente dal ramo d'attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione". Per contro, ai sensi del suo art. 3, n. 2, la stessa direttiva non concerne "le differenze di trattamento basate sulla nazionalità".

6. Ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/43:

"Gli Stati membri possono introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle fissate nella presente direttiva".

7. L'art. 7 di tale direttiva precisa che:

"1. Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, possano accedere, anche dopo la cessazione del rapporto che si lamenta affetto da discriminazione, a procedure giurisdizionali e/o amministrative, comprese, ove lo ritengono opportuno, le procedure di conciliazione finalizzate al rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.

2. Gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.

(...)"

8. L'art. 8, n. 1, della detta direttiva prevede inoltre che:

"Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento".

9. L'art. 13, n. 1, della direttiva 2000/43 impone agli Stati membri di istituire uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento. L'art. 13, n. 2, di tale direttiva recita come segue:

"Gli Stati membri assicurano che tra le competenze di tali organismi rientrano:

- l'assistenza indipendente alle vittime di discriminazioni nel dare seguito alle denunce da essi inoltrate in materia di discriminazione, fatto salvo il diritto delle vittime e delle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche di cui all'articolo 7, paragrafo 2,

- (...)"

10. Infine, l'art. 15 della detta direttiva attribuisce agli Stati membri il compito di determinare le sanzioni da irrogare e specifica che tali sanzioni possono prevedere un risarcimento dei danni in favore della vittima e che esse devono essere "effettive, proporzionate e dissuasive".

La normativa nazionale

11. La legge 25 febbraio 2003 contro la discriminazione e di modifica della legge 15 febbraio 1993 sull'istituzione di un Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo (*Moniteur belge* del 17 marzo 2003, pag. 12844), nel testo di cui alla legge 20 luglio 2006 recante disposizioni varie (*Moniteur belge* del 28 luglio 2006, pag. 36940; in prosieguo: la "legge 25 febbraio 2003"), è diretta a trasporre nell'ordinamento belga la direttiva 2000/43.

12. L'art. 2 della legge 25 febbraio 2003 vieta ogni discriminazione diretta o indiretta riguardo alle condizioni di accesso alle attività di lavoro dipendente. L'art. 19 di tale legge è volto a recepire l'art. 8 della direttiva 2000/43 relativo all'onere della prova.

13. La legge 25 febbraio 2003 consente inoltre di perseguire le discriminazioni sia penalmente che civilmente. Il giudice, a norma dell'art. 19 di tale legge, può ingiungere la cessazione dell'atto discriminatorio (n. 1) e ordinare la pubblicazione della propria decisione (n. 2) ovvero, a norma dell'art. 20 della detta legge, infliggere una sanzione pecuniaria.

14. Il legislatore belga ha attribuito al Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding la legittimazione ad agire allorché sussiste o potrà sussistere una discriminazione, senza che a tale riguardo sia necessaria una previa denuncia.

Causa principale e questioni pregiudiziali

15. Il Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, organismo belga deputato, in applicazione dell'art. 13 della direttiva 2000/43, a promuovere la parità di trattamento, chiedeva ai giudici belgi del lavoro di dichiarare che la Feryn, impresa specializzata nella vendita e nell'installazione di porte basculanti e sezionali, applicava una politica di assunzione discriminatoria.

16. Il Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding si basa sulle dichiarazioni pubbliche rese dal direttore di tale impresa secondo cui, sostanzialmente, la sua impresa desiderava reclutare operai installatori, ma non poteva assumere "alloctoni" a motivo delle reticenze della clientela a farli accedere alla propria abitazione privata durante i lavori.

17. Con ordinanza 26 giugno 2006, il voorzitter van de arbeidsrechtbank te

Brussel (presidente del Tribunale del lavoro di Bruxelles) respingeva l'istanza del Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, rilevando in particolare che non era provato e nemmeno poteva presumersi che qualcuno si fosse presentato come candidato per un posto di lavoro e non fosse stato assunto a causa della sua origine etnica.

18. In tale contesto, l'Arbeidshof te Brussel (Corte d'appello del lavoro di Bruxelles), al quale il Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding si è rivolto in seconda istanza, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se sussista una discriminazione diretta ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/43 (...), qualora un datore di lavoro, dopo aver collocato un'offerta di lavoro destinata a richiamare l'attenzione, dichiarò in pubblico:

"Devo soddisfare le esigenze dei miei clienti. Se lei dice: 'Voglio quel tale prodotto o lo voglio così o così', e io dico: 'Non lo faccio, faccio venire lo stesso quelle persone', allora lei dirà: 'Non la voglio più quella porta'. Così io dovrò chiudere bottega. Dobbiamo venire incontro alle esigenze dei nostri clienti. Questo non è un mio problema, non ho creato io questo problema in Belgio. Io voglio solo che la società vada avanti e che alla fine dell'anno raggiungiamo il nostro fatturato e come lo raggiungo?...devo raggiungerlo come vuole il cliente!"

2) Se per accertare una discriminazione diretta nelle condizioni di accesso al lavoro in un rapporto subordinato sia sufficiente constatare che il datore di lavoro segue criteri di selezione direttamente discriminatori.

3) Se ai fini dell'accertamento di una discriminazione diretta ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/43 (...) si possa tenere conto delle assunzioni di soli operai autoctoni in una società consociata del datore di lavoro, allorché viene esaminato l'eventuale carattere discriminatorio della politica di assunzione di siffatto datore di lavoro.

4) Cosa si debba intendere con i termini "fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta", ai sensi dell'art. 8, n. 1, della direttiva 2000/43 (...). Di quanto rigore debba dar prova un giudice nazionale nella valutazione dei fatti che fanno presumere una discriminazione.

a) In che misura fatti discriminatori precedenti (dichiarazione pubblica di criteri di selezione direttamente discriminatori nell'aprile 2005) costituiscano "fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta", ai sensi dell'art. 8, n. 1, della direttiva (2000/43).

b) Se una discriminazione constatata nell'aprile 2005 (dichiarazione pubblica nell'aprile 2005) costituisca in seguito una presunzione di perseguimento di una politica di assunzione direttamente discriminatoria. Se - in considerazione dei fatti su cui verte il giudizio principale - sia sufficiente per far sorgere la presunzione (che un datore di lavoro segua e mantenga una politica di assunzione discriminatoria) la circostanza che questi, nell'aprile 2005, alla domanda se, dato che come datore di lavoro non tratta allo stesso modo alloctoni e autoctoni, non sia pertanto un po' razzista, ha risposto pubblicamente: "Devo soddisfare le esigenze dei miei clienti. Se lei dice: 'Voglio quel tale prodotto o lo voglio così o così', e io dico: 'Non lo faccio, faccio venire lo stesso quelle persone', allora lei dirà: 'Non la voglio più quella porta'. Così io dovrò chiudere

bottega. Dobbiamo venire incontro alle esigenze dei nostri clienti. Questo non è un mio, problema, non ho creato io questo problema in Belgio. Io voglio solo che la società vada avanti e che alla fine dell'anno raggiungiamo il nostro fatturato e come lo raggiungo?...devo raggiungerlo come vuole il cliente!"

c) Se - in considerazione dei fatti su cui verte il giudizio principale - un comunicato stampa congiunto di un datore di lavoro e dell'organo nazionale che combatte la discriminazione, in cui il datore di lavoro conferma almeno implicitamente fatti discriminatori, possa destare siffatta presunzione.

d) Se il fatto che un datore di lavoro non impieghi operai alloctoni faccia presumere una discriminazione indiretta, allorché lo stesso datore di lavoro in precedenza ha riscontrato gravi difficoltà a trovare operai e ha dichiarato inoltre pubblicamente che la sua clientela non lavora volentieri con operai alloctoni.

e) Se basti un singolo fatto a far presumere una discriminazione.

f) Se - in considerazione dei fatti su cui verte il giudizio principale - possa far presumere una discriminazione a carico del datore di lavoro la circostanza che una società consociata dello stesso datore di lavoro assume solo operai autoctoni.

5) Con quanto rigore il giudice nazionale debba valutare la controprova che deve essere fornita quando sussiste la presunzione di discriminazione, ai sensi dell'art. 8, n. 1, della direttiva 2000/43 (...). Se una presunzione di discriminazione ai sensi dell'art. 8, n. 1, della direttiva 2000/43 (...) possa essere confutata da una semplice dichiarazione unilaterale del datore di lavoro alla stampa in cui questi afferma di non discriminare, o di non discriminare più, e che gli operai immigrati sono i benvenuti; e/o dalla semplice dichiarazione da parte del datore di lavoro che presso di lui, ad eccezione della sua consociata, tutti i posti di operaio sono occupati e/o dalla comunicazione che è stata assunta una donna delle pulizie tunisina; e/o se siffatta presunzione, avendo riguardo ai fatti su cui verte il giudizio principale, possa essere confutata esclusivamente dall'effettiva assunzione di operai alloctoni o/e dal rispetto degli impegni presi nel comunicato stampa comune.

6) Cosa si debba intendere con "sanzione effettiva, proporzionata e dissuasiva", ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2000/43 (...). Se la condizione posta dal citato art. 15 della direttiva 2000/43 (...) consenta al giudice nazionale - in considerazione dei fatti su cui verte il giudizio principale - soltanto di dichiarare che c'è stata una discriminazione diretta. Oppure se siffatto articolo imponga al giudice nazionale di pronunciare anche l'ordinanza inibitoria, come prevista dal diritto nazionale. In che misura inoltre sia richiesto - in considerazione dei fatti su cui verte il giudizio principale - che il giudice nazionale ordini la pubblicazione della sentenza che emerterà, quale sanzione effettiva, proporzionata e dissuasiva".

Sulle questioni pregiudiziali

19. Si deve preliminarmente ricordare che, nell'ambito dell'art. 234 CE, la Corte non è competente ad applicare le norme comunitarie ad una fattispecie concreta, ma unicamente a pronunciarsi sull'interpretazione del Trattato CE e degli atti emanati dagli organi della Comunità europea (v., segnatamente, sentenze 15 luglio 1964, causa 100/63, van der Veen, Racc. pag. 1091, in particolare pag. 1106, e 10 maggio 2001,

causa C-203/99, Veedfald, Racc. pag. I-3569, punto 31). Tuttavia, nel quadro della collaborazione giudiziaria instaurata dal detto articolo e in base al contenuto del fascicolo, essa può fornire al giudice nazionale gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario che possono essergli utili per la valutazione degli effetti delle varie disposizioni di quest'ultimo (sentenze 8 dicembre 1987, causa 20/87, Gauchard, Racc. pag. 4879, punto 5, e 5 marzo 2002, cause riunite C-515/99, da C-519/99 a C-524/99 e da C-526/99 a C-540/99, Reisch e a., Racc. pag. I-2157, punto 22).

20. In sostanza, il giudice del rinvio chiede alla Corte l'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2000/43 al fine di valutare la portata della nozione di discriminazione diretta riguardo a dichiarazioni pubbliche rese da un datore di lavoro nell'ambito di una procedura di assunzione (prima e seconda questione), le condizioni alle quali può essere applicata la regola dell'inversione dell'onere della prova sancita dalla stessa direttiva (questioni terza, quarta e quinta) e la natura delle sanzioni che potrebbero ritenersi appropriate in una fattispecie come quella della causa principale (sesta questione).

Sulla prima e seconda questione

21. Quanto alla prima e alla seconda questione, l'Irlanda e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord sostengono che non potrebbe sussistere una discriminazione diretta ai sensi della direttiva 2000/43, e quindi quest'ultima non sarebbe applicabile, allorché l'asserita discriminazione dipende da dichiarazioni pubbliche rese da un datore di lavoro in merito alla sua politica di assunzione, ma in mancanza di un denunciante identificabile che affermi di essere stato vittima di tale discriminazione.

22. È vero, come sostengono i due Stati membri citati, che l'art. 2, n. 2, della direttiva 2000/43 definisce la discriminazione diretta come quella situazione in cui, a causa della sua razza o origine etnica, una persona "è trattata" meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Del pari, l'art. 7 della detta direttiva impone agli Stati membri di garantire procedure giurisdizionali accessibili a "tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento" e agli organismi d'interesse pubblico che agiscono in giudizio "per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa".

23. Tuttavia, da ciò non può dedursi che l'assenza di un denunciante identificabile permetta di concludere per l'assenza di qualsivoglia discriminazione diretta ai sensi della direttiva 2000/43. Come rammenta il suo ottavo 'considerando', infatti, quest'ultima mira a "promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro". A tal fine, l'art. 3, n. 1, lett. a), della detta direttiva precisa che quest'ultima riguarda in particolare i criteri di selezione e le condizioni di assunzione.

24. L'obiettivo di promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro sarebbe difficilmente raggiungibile se la sfera di applicazione della direttiva 2000/43 fosse circoscritta alle sole ipotesi in cui un candidato scartato per un posto di lavoro e che si reputi vittima di una discriminazione diretta abbia avviato una procedura giudiziaria nei confronti del datore di lavoro.

25. Infatti, la circostanza che un datore di lavoro dichiari pubblicamente che non

assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale, circostanza che in modo evidente è idonea a dissuadere fortemente determinati candidati dal proporre le loro candidature e, quindi, a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro, configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi della direttiva 2000/43. L'esistenza di siffatta discriminazione diretta non presuppone un denunciante identificabile che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione.

26. La questione relativa alla nozione di discriminazione diretta ai sensi della direttiva 2000/43 deve essere distinta da quella relativa ai rimedi giurisdizionali previsti dall'art. 7 di quest'ultima per far accertare e sanzionare la mancata applicazione del principio della parità di trattamento. Tali rimedi devono infatti, in conformità delle disposizioni del detto articolo, essere accessibili alle persone che si ritengono lese da una discriminazione. Tuttavia, come specificato dall'art. 6 della direttiva 2000/43, le prescrizioni di cui all'art. 7 di tale direttiva costituiscono soltanto prescrizioni minime e la detta direttiva non preclude agli Stati membri di introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli.

27. L'art. 7 della direttiva 2000/43, pertanto, non si oppone in alcun modo a che gli Stati membri, nella loro normativa nazionale, riconoscano alle associazioni che abbiano un legittimo interesse a far garantire il rispetto della detta direttiva, ovvero all'organismo o agli organismi designati in conformità dell'art. 13 di quest'ultima, il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti da tale direttiva senza agire in nome di un denunciante determinato ovvero in mancanza di un denunciante identificabile. Compete però solo al giudice nazionale valutare se la normativa interna contempra siffatta possibilità.

28. Considerato quanto precede, si devono risolvere la prima e la seconda questione affermando che il fatto che un datore di lavoro dichiari pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/43, in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolarne l'accesso al mercato del lavoro.

Sulle questioni terza, quarta e quinta

29. Le questioni terza, quarta e quinta riguardano il problema di come applicare la regola dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 8, n. 1, della direttiva 2000/43 a una situazione in cui viene asserita l'esistenza di una politica di assunzione discriminatoria sulla base di affermazioni che un datore di lavoro ha pubblicamente reso con riferimento alla sua politica di assunzione.

30. A tale proposito, l'art. 8 della direttiva 2000/43 precisa che incombe alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento allorché elementi di fatto permettono di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta. L'obbligo di fornire la prova contraria, che incombe in tal modo al presunto autore di una discriminazione, è subordinato unicamente alla constatazione di una presunzione di discriminazione, dal momento che quest'ultima si fonda su elementi di fatto accertati.

31. Le dichiarazioni con cui un datore di lavoro rende pubblicamente noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale possono configurare tali elementi di fatto idonei a far presumere una politica di assunzione discriminatoria.

32. Di conseguenza incombe a tale datore di lavoro fornire la prova di non aver violato il principio della parità di trattamento, in particolare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni.

33. Al giudice del rinvio compete, da un lato, verificare che i fatti che si addebitano al detto datore di lavoro siano accertati e, dall'altro, valutare se siano sufficienti gli elementi che questi adduce a sostegno delle proprie affermazioni di non aver violato il principio della parità di trattamento.

34. Di conseguenza, le questioni terza, quarta e quinta vanno risolte affermando che dichiarazioni pubbliche con le quali un datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale sono sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 8, n. 1, della direttiva 2000/43. Incombe quindi al detto datore di lavoro l'onere di provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Lo potrà fare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione da parte dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni. Al giudice del rinvio compete verificare che i fatti addebitati siano accertati, nonché valutare se siano sufficienti gli elementi addotti a sostegno delle affermazioni del detto datore di lavoro secondo le quali egli non ha violato il principio della parità di trattamento.

Sulla sesta questione

35. Con la sesta questione viene chiesto, sostanzialmente, quali sanzioni possano ritenersi adeguate a una discriminazione nell'assunzione accertata sulla base di dichiarazioni pubbliche del datore di lavoro.

36. L'art. 15 della direttiva 2000/43 assegna agli Stati membri il compito di determinare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione di tale direttiva. Il detto articolo precisa che tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive e stabilisce che esse possono prevedere un risarcimento dei danni in favore della vittima.

37. L'art. 15 della direttiva 2000/43 impone quindi agli Stati membri l'obbligo di prendere nel loro ordinamento giuridico provvedimenti adeguati, idonei a raggiungere lo scopo della detta direttiva, e di garantire che tali provvedimenti possano effettivamente essere invocati dinanzi ai giudici nazionali in modo che la tutela giurisdizionale sia effettiva ed efficace. La direttiva 2000/43 non impone però sanzioni specifiche, ma lascia agli Stati membri la facoltà di scegliere fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo da essa prefissato.

38. In una fattispecie come quella sottoposta alla Corte dal giudice del rinvio, in cui non vi sono vittime dirette di una discriminazione, ma un organismo abilitato dalla legge chiede che venga accertata e sanzionata una discriminazione, le sanzioni che l'art. 15 della direttiva 2000/43 impone di contemplare nel diritto nazionale devono

essere quindi effettive, proporzionate e dissuasive.

39. Se del caso, e qualora ciò dovesse apparire adeguato alla situazione in esame nella causa principale, esse possono consistere nella constatazione della discriminazione da parte del tribunale o dell'autorità amministrativa competente, cui si aggiunga un adeguato rilievo pubblicitario, i cui costi siano quindi a carico della parte convenuta. Esse possono parimenti consistere nell'ingiunzione rivolta al datore di lavoro, secondo le norme del diritto nazionale, di porre fine alla pratica discriminatoria accertata, cui si aggiunga, se del caso, una sanzione pecuniaria. Esse possono inoltre consistere nella concessione di un risarcimento dei danni in favore dell'organismo che ha avviato la procedura giurisdizionale.

40. Di conseguenza, occorre risolvere la sesta questione dichiarando che l'art. 15 della direttiva 2000/43 prescrive che, quantunque non vi siano vittime identificabili, le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione di tale direttiva siano effettive, proporzionate e dissuasive.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

1) Il fatto che un datore di lavoro dichiara pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva del Consiglio 29 luglio 2000, 2000/43/CE, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro.

2) Dichiarazioni pubbliche con le quali un datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale sono sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 8, n. 1, della direttiva 2000/43. Incombe quindi al detto datore di lavoro l'onere di provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Lo potrà fare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione da parte dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni. Al giudice del rinvio compete verificare che i fatti addebitati siano accertati, nonché valutare se siano sufficienti gli elementi addotti a sostegno delle affermazioni del detto datore di lavoro secondo le quali egli non ha violato il principio della parità di trattamento.

3) L'art. 15 della direttiva 2000/43 prescrive che, quantunque non vi siano vittime identificabili, le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione di tale direttiva debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive.

La sentenza in oggetto affronta il tema del divieto di discriminazioni sotto un profilo diverso da quello tradizionalmente oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento comunitario. Ciò non solo per la tipologia di discriminazione che veniva in oggetto, trattandosi nel caso di specie di una discriminazione non basata sul sesso - come accade nella maggior parte delle questioni relative alle discriminazioni nella politica sociale - bensì di una discriminazione basata sulla razza, ma anche per la modalità con la quale la discriminazione era stata posta in essere.

Come affermato in maniera molto efficace dall'Avvocato generale Poyares Maduro nelle sue conclusioni presentate il 12 marzo 2008, il nocciolo della questione è il seguente: "contrariamente al senso comune, le parole possono far male. Ma possono costituire una discriminazione?"

Nel caso in esame un datore di lavoro belga, nell'ambito di una campagna di assunzione di personale, aveva affermato in una intervista pubblicata su vari quotidiani la scelta di non assumere lavoratori di origine marocchina quali propri dipendenti, imputando tale scelta alle reazioni della propria clientela nei confronti dell'impiego di personale con tale provenienza etnica (l'impresa vendeva porte basculanti). A tale espressione della propria opinione da parte del potenziale datore di lavoro risponde il Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo (organismo di diritto belga, creato per legge) che inizia un procedimento davanti a un giudice nazionale finalizzato a fra dichiarare la violazione del divieto di discriminazione.

Nel caso di specie il riferimento di diritto comunitario è rappresentato dalla direttiva 2000/43 per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica che si propone la finalità di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento in base alle previsioni contenute nell'art. 13 del Trattato. Se per il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità e per il divieto di discriminazioni in base al sesso, che rappresentano principi generali del diritto comunitario, almeno sotto il profilo della parità lavorativa, il Trattato istitutivo già enucleava i corrispondenti principi, è stato invece necessario attendere notevolmente più a lungo affinché questo divieto di discriminazioni venisse esteso 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 intervenire per combattere le discriminazioni e successivamente tramite l'adozione delle direttive 2000/43 e 2000/78 (direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica in *GUCE* L 180 p.22 e direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro in *GUCE* L 303 p.16. Sul punto vedi Flynn L., *The implications of article 13 EC - after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p.1127 ss.).

Nel caso in esame il dubbio è se la direttiva 2000/43 si applichi solo nel caso di vittime-denunciatori identificabili o anche nel caso di discriminazione ipotetica contro una generalità di destinatari e se nel caso di specie si debba ritenere ammissibile il ricorso posto in essere da un organismo appositamente individuato come il Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo.

A entrambi i quesiti si può rispondere sottolineando come la direttiva deleghi il diritto nazionale ad occuparsi delle modalità pratiche di attuazione, non obbligando gli Stati a prevedere forme di tutela collettiva, bensì lasciandoli liberi sulle forme di tutela giurisdizionale a condizione che vengano irrogate sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

Come sottolineato dall'Avvocato generale "è vero che la direttiva prevede misure minime, ma non vi è ragione di attribuirle una portata inferiore a quella che emerge dalla lettura alla luce dei suddetti valori. Uno standard minimo di protezione non equivale a uno standard di protezione minima. Le norme comunitarie in materia di tutela contro le discriminazioni possono lasciare un margine agli Stati membri per garantire una protezione ancora maggiore, ma ciò non autorizza a concludere che il livello di protezione offerto dalla normativa comunitaria sia il minore possibile".

La dichiarazione resa pubblicamente da un datore di lavoro secondo cui non saranno accettate le candidature delle persone di una determinata origine razziale o etnica, costituisce quindi una discriminazione diretta, vietata in base all'ordinamento comunitario, e determina l'inversione dell'onere della prova a carico di questi. Sarà quindi il datore di lavoro a dover dimostrare che la prassi in materia di assunzioni da parte dell'impresa in questione non corrisponde alle affermazioni pubblicizzate.

Sempre sotto il profilo del divieto di discriminazioni, ma in applicazione della direttiva 2000/43 si segnala anche la sentenza, di poco tempo successiva, nel caso *Coleman* (sentenza del 17 luglio 2008, causa C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law*, ancora inedita) nella quale la corte ritiene che si possa trattare di discriminazione fondata sulla disabilità e quindi vietata ai sensi della direttiva non solo nel caso in cui il lavoratore stesso sia disabile, ma anche nel caso in cui sia disabile un suo congiunto. Nel caso di specie a subire le discriminazioni e le molestie era stata la madre di un figlio disabile, che lavorava come dipendente in uno studio legale e che si era vista trattare in maniera discriminatoria rispetto alle altre lavoratrici al momento del rientro dal congedo di maternità a causa della malattia del figlio.

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)
11 luglio 2008

“Cooperazione giudiziaria in materia civile - Competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni - Esecuzione in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale - Regolamento (CE) n. 2201/2003 - Istanza di non riconoscimento di un provvedimento di rientro di un minore illecitamente trattenuto in un altro Stato membro - Procedimento pregiudiziale d’urgenza”.

Nel procedimento C-195/08 PPU, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania) con decisione 30 aprile 2008, pervenuta in cancelleria il 14 maggio 2008, nella causa *Inga Rinau*,

(omissis)

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione del regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (GU L 338, pag. 1; in prosieguo: il "regolamento").

2. Tale domanda è stata proposta nell’ambito di una controversia pendente tra la sig.ra Rinau ed il sig. Rinau in merito al ritorno in Germania della loro figlia Luisa, trattenuta in Lituania dalla sig.ra Rinau.

Contesto normativo

La Convenzione dell’Aia del 1980

3. L’art. 3 della Convenzione dell’Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (in prosieguo: la "convenzione dell’Aia del 1980") così recita:

"Il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito:

a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e

b) se tali diritti saranno effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze.

Il diritto di custodia citato al capoverso a) di cui sopra può in particolare derivare

direttamente dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato".

4. Ai sensi dell'art. 12 della convenzione dell'Aia del 1980:

"Qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'articolo 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato.

L'autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore sia integrato nel suo nuovo ambiente.

Se l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto ha motivo di ritenere che il minore è stato condotto in un altro Stato, essa può sospendere la procedura o respingere la domanda di ritorno del minore".

5. L'art. 13 della convenzione dell'Aia del 1980 dispone quanto segue:

"Nonostante le disposizioni del precedente articolo, l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore qualora la persona, istituzione od ente che si oppone al ritorno dimostri:

a) che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno; o

b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile.

L'autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere.

Nel valutare le circostanze di cui al presente articolo, le autorità giudiziarie e amministrative devono tener conto delle informazioni fornite dall'autorità centrale o da ogni altra autorità competente dello Stato di residenza del minore, riguardo alla sua situazione sociale".

6. La convenzione dell'Aia del 1980 è entrata in vigore il 1° dicembre 1983. Tutti gli Stati membri dell'Unione europea sono parti contraenti.

La normativa comunitaria

7. Il diciassettesimo 'considerando' del regolamento precisa quanto segue:

"In caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore, si dovrebbe ottenere immediatamente il ritorno e a tal fine dovrebbe continuare ad essere applicata la convenzione dell'Aia [del 1980], quale integrata dalle disposizioni del presente regolamento, in particolare l'articolo 11. I giudici dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito o trattenuto illecitamente dovrebbero avere la possibilità di opporsi al suo rientro in casi precisi, debitamente motivati. Tuttavia, una simile decisione dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro. Se la decisione implica il rientro del minore, esso dovrebbe avvenire senza che

sia necessario ricorrere a procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione della decisione nello Stato membro in cui il minore è trattenuto".

8. Il ventunesimo 'considerando' del regolamento recita:

"Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dovrebbero fondarsi sul principio della fiducia reciproca e i motivi di non riconoscimento dovrebbero essere limitati al minimo indispensabile".

9. L'art. 2 del regolamento prevede quanto segue:

"Ai fini del presente regolamento valgono le seguenti definizioni:

(...)

4) "decisione": una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro, nonché una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza;

5) "Stato membro d'origine": lo Stato membro in cui è stata resa la decisione da eseguire;

6) "Stato membro dell'esecuzione": lo Stato membro in cui viene chiesta l'esecuzione della decisione;

7) "responsabilità genitoriale": i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita;

8) "titolare della responsabilità genitoriale": qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore;

(...)

11) "trasferimento illecito o mancato ritorno del minore": il trasferimento o il mancato rientro di un minore:

a) quando avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro

e

b) se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi. L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale".

10. L'art. 8 del regolamento così recita:

"1. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi.

2. Il paragrafo 1 si applica fatte salve le disposizioni degli articoli 9, 10 e 12".

11. L'art. 10 del regolamento così dispone:

"In caso di trasferimento illecito o mancato rientro del minore, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro d'origine deve prendere le misure necessarie per assicurare il ritorno del minore nello Stato membro di provenienza".

zionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro conserva la competenza giurisdizionale fino a che il minore non abbia acquisito la residenza in un altro Stato membro (...)".

12. Ai sensi dell'art. 11 del regolamento:

"1. Quando una persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento adisce le autorità competenti di uno Stato membro affinché emanino un provvedimento in base alla convenzione [dell'Aia del 1980] per ottenere il ritorno di un minore che è stato illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro diverso dallo Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, si applicano i paragrafi da 2 a 8.

2. Nell'applicare gli articoli 12 e 13 della convenzione dell'Aia del 1980, si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità.

3. Un'autorità giurisdizionale alla quale è stata presentata la domanda per il ritorno del minore di cui al paragrafo 1 procede al rapido trattamento della domanda stessa, utilizzando le procedure più rapide previste nella legislazione nazionale.

Fatto salvo il primo comma l'autorità giurisdizionale, salvo nel caso in cui circostanze eccezionali non lo consentano, emana il provvedimento al più tardi sei settimane dopo aver ricevuto la domanda.

4. Un'autorità giurisdizionale non può rifiutare di ordinare il ritorno di un minore in base all'articolo 13, lettera b), della convenzione dell'Aia del 1980 qualora sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno.

5. Un'autorità giurisdizionale non può rifiutare di disporre il ritorno del minore se la persona che lo ha chiesto non ha avuto la possibilità di essere ascoltata.

6. Se un'autorità giurisdizionale ha emanato un provvedimento contro il ritorno di un minore in base all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, l'autorità giurisdizionale deve immediatamente trasmettere direttamente ovvero tramite la sua autorità centrale una copia del provvedimento giudiziario contro il ritorno e dei pertinenti documenti, in particolare una trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice, all'autorità giurisdizionale competente o all'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, come stabilito dalla legislazione nazionale. L'autorità giurisdizionale riceve tutti i documenti indicati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno.

7. A meno che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno non sia già stata adita da una delle parti, l'autorità giurisdizionale o l'autorità centrale che riceve le informazioni di cui al paragrafo 6 deve informarne le parti e invitarle a presentare all'autorità giurisdizionale le proprie conclusioni, conformemente alla legislazione nazionale, entro tre mesi dalla data della notifica, affinché quest'ultima esamini la questione dell'affidamento del minore.

Fatte salve le norme sulla competenza di cui al presente regolamento, in caso di mancato ricevimento delle conclusioni entro il termine stabilito, l'autorità giurisdizionale archivia il procedimento.

8. Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'arti-

colo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore".

13. Il capo III del regolamento, intitolato "Riconoscimento ed esecuzione", comprende gli artt. 21-52. La sezione 4 di detto capo III, intitolata "Esecuzione di talune decisioni in materia di diritto di visita e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore", comprende gli artt. 40-45 del regolamento.

14. L'art. 21, nn. 1 e 3, del regolamento dispone quanto segue:

"1. Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento.

(...)

3. Fatta salva la sezione 4 del presente capo, ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta".

15. Ai sensi dell'art. 23 del regolamento:

"Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti:

a) se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;

(...)"

16. Conformemente all'art. 24 del regolamento:

"Non si può procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro d'origine. Il criterio dell'ordine pubblico di cui agli articoli 22, lettera a), e 23, lettera a), non può essere applicato alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 3 a 14".

17. L'art. 28, n. 1, del regolamento ha il seguente tenore letterale:

"Le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale su un minore, emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, sono eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, purché siano state notificate".

18. L'art. 31 del regolamento prevede quanto segue:

"1. L'autorità giurisdizionale adita [dell'istanza per la dichiarazione di esecutività] decide senza indugio. In questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni.

2. L'istanza può essere respinta solo per uno dei motivi di cui agli articoli 22, 23 e 24.

3. In nessun caso la decisione può formare oggetto di un riesame del merito".

19. L'art. 40 del regolamento prevede quanto segue:

"1. La presente sezione si applica:

(...)

b) al ritorno del minore ordinato in seguito a una decisione che prescrive il ritorno del minore di cui all'articolo 11, paragrafo 8.

2. Le disposizioni della presente sezione non ostano a che il titolare della responsabilità genitoriale chieda il riconoscimento e l'esecuzione in forza delle disposizioni contenute nelle sezioni 1 e 2 del presente capo".

20. Ai sensi dell'art. 42 del regolamento, intitolato "Ritorno del minore":

"1. Il ritorno del minore di cui all'articolo 40, paragrafo 1, lettera b), ordinato con una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine conformemente al paragrafo 2.

Anche se la legislazione nazionale non prevede l'esecutività di diritto, nonostante eventuali impugnazioni, di una decisione che prescrive il ritorno del minore di cui all'articolo 11, paragrafo 8, l'autorità giurisdizionale può dichiarare che la decisione in questione è esecutiva.

2. Il giudice di origine che ha emanato la decisione di cui all'articolo 40, paragrafo 1, lettera b), rilascia il certificato di cui al paragrafo 1 solo se:

a) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità;

b) le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e

c) l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980.

Nel caso in cui l'autorità giurisdizionale o qualsiasi altra autorità adotti misure per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno nello Stato della residenza abituale, il certificato contiene i dettagli di tali misure.

Il giudice d'origine rilascia detto certificato di sua iniziativa e utilizzando il modello standard di cui all'allegato IV (certificato sul ritorno del minore).

Il certificato è compilato nella lingua della decisione".

21. Conformemente all'art. 43 del regolamento:

"1. Il diritto dello Stato membro di origine è applicabile a qualsiasi rettifica del certificato.

2. Il rilascio di un certificato a norma dell'articolo 41, paragrafo 1, o dell'articolo 42, paragrafo 1, non è inoltre soggetto ad alcun mezzo di impugnazione".

22. Ai sensi dell'art. 44 del regolamento, "[i]l certificato ha effetto soltanto nei limiti del carattere esecutivo della sentenza".

23. L'art. 60 del regolamento così dispone:

"Nei rapporti tra gli Stati che ne sono parti, il presente regolamento prevale sulle convenzioni seguenti, nella misura in cui queste riguardino materie da esso disciplinate:

(...)

e) convenzione [dell'Aia del 1980]".

24. L'art. 68 del regolamento prevede quanto segue:

"Gli Stati membri comunicano alla Commissione gli elenchi dei giudici e dei mezzi d'impugnazione di cui agli articoli 21, 29, 33 e 34 e le modifiche apportate.

La Commissione aggiorna tali informazioni e le rende accessibili a tutti mediante pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* e con ogni altro mezzo appropriato".

25. Dalle informazioni relative ai giudici e ai mezzi di impugnazione trasmesse conformemente all'art. 68 del regolamento n. 2201/2003 (GU 2005, C 40, pag. 2) emerge che, in applicazione dell'art. 68, primo comma, di quest'ultimo, la Repubblica di Lituania ha comunicato alla Commissione che le istanze di cui agli artt. 21 e 29

nonché l'opposizione prevista dall'art. 33 del regolamento sono presentate dinanzi al Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello) e che la decisione adottata sull'opposizione di cui all'art. 34 del medesimo regolamento può formare oggetto solo di un ricorso per cassazione dinanzi al Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema).

26. Da tali informazioni emerge altresì che l'istanza diretta a ottenere la dichiarazione di esecutività, in applicazione dell'art. 28, n. 1, del regolamento, di una decisione emessa da un giudice di uno Stato membro diverso dalla Repubblica di Lituania, dev'essere presentata dinanzi al Lietuvos apeliacinis teismas.

27. Ai sensi del suo art. 72, il regolamento trova applicazione sostanzialmente a partire dal 1° marzo 2005. Esso non si applica per quanto riguarda il Regno di Danimarca.

Causa principale e questioni pregiudiziali

28. La sig.ra Rinau, cittadina lituana, e il sig. Rinau, cittadino tedesco, hanno contratto matrimonio il 27 luglio 2003 e sono stati residenti in Bergfelde (Germania). La loro figlia, Luisa, è nata l'11 gennaio 2005. Nel marzo 2005 i coniugi Rinau hanno iniziato a vivere separatamente. La loro figlia Luisa è rimasta con sua madre. Risale a quel periodo, secondo la decisione di rinvio, l'avvio di un procedimento di divorzio dinanzi all'Amtsgericht Oranienburg (Pretura di Oranienburg, Germania).

29. Il 21 luglio 2006, dopo aver ricevuto dal sig. Rinau il permesso di lasciare il territorio tedesco con la loro figlia per un periodo di vacanze di due settimane, la sig.ra Rinau è entrata, con quest'ultima ed un figlio avuto da una precedente unione, in Lituania, dove è rimasta fino ad oggi.

30. Il 14 agosto 2006 l'Amtsgericht Oranienburg ha provvisoriamente affidato la custodia di Luisa a suo padre. L'11 ottobre 2006 il Brandenburgisches Oberlandesgericht (Tribunale regionale superiore di Brandeburgo, Germania) ha respinto l'appello interposto dalla sig.ra Rinau ed ha confermato la decisione dell'Amtsgericht Oranienburg.

31. Il 30 ottobre 2006 il sig. Rinau si è rivolto al Klaipėdos apygardos teismas (Tribunale regionale di Klaipėda, Lituania) al fine di ottenere il ritorno in Germania di sua figlia, facendo valere la convenzione dell'Aia del 1980 ed il regolamento. Tale tribunale ha respinto la domanda con decisione 22 dicembre 2006.

32. Secondo informazioni fornite alla Corte in udienza, detta decisione 22 dicembre 2006 è stata trasmessa dall'avvocato del sig. Rinau all'autorità centrale tedesca, che l'ha comunicata all'Amtsgericht Oranienburg. Successivamente a tale trasmissione l'autorità centrale lituana ha inviato una traduzione tedesca di detta decisione.

33. Con decisione 15 marzo 2007 il Lietuvos apeliacinis teismas ha riformato la decisione del Klaipėdos apygardos teismas ed ha ordinato il ritorno della minore in Germania.

34. Nell'aprile 2007 il Klaipėdos apygardos teismas ha pronunciato un'ordinanza di sospensione dell'esecuzione della decisione del Lietuvos apeliacinis teismas 15 marzo 2007. Quest'ultimo giudice ha annullato detta ordinanza con decisione 4 giugno 2007. Come è stato precisato in udienza, l'esecuzione della decisione 15 marzo 2007 è stata sospesa a più riprese.

35. La sig.ra Rinau, il 4 giugno 2007, ed il procuratore generale della Repubblica di

Lituania, il 13 giugno 2007, hanno chiesto al Klaipėdos apygardos teismas la riapertura del procedimento, facendo valere circostanze nuove e l'interesse della minore ai sensi dell'art. 13, primo comma, della convenzione dell'Aia del 1980. Il 19 giugno 2007 detto Tribunale ha respinto tali istanze in quanto non era competente a pronunciarsi su queste ultime, essendole invece i giudici tedeschi. Appellata dalla sig.ra Rinau, tale decisione è stata confermata dal Lietuvos apeliacinis teismas con decisione 27 agosto 2007. Tali ultime due decisioni sono state cassate dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas con sentenza 7 gennaio 2008, che ha rinviato le dette istanze al Klaipėdos apygardos teismas.

36. Con decisione 21 marzo 2008 il Klaipėdos apygardos teismas ha nuovamente respinto tali istanze. Detta decisione è stata confermata dal Lietuvos apeliacinis teismas con una decisione 30 aprile 2008. Dietro domanda della sig.ra Rinau, il 26 maggio 2008 il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas ha deciso di statuire in cassazione su tali decisioni ed ha sospeso fino alla propria pronuncia nel merito l'esecuzione della decisione del Lietuvos apeliacinis teismas 15 marzo 2007, che ordinava il ritorno di Luisa in Germania.

37. Intanto, con sentenza 20 giugno 2007, l'Amtsgericht Oranienburg ha pronunciato il divorzio dei coniugi Rinau. Esso ha affidato la custodia definitiva di Luisa al sig. Rinau. In considerazione segnatamente della decisione del Klaipėdos apygardos teismas 22 dicembre 2006 che negava il ritorno della minore, l'Amtsgericht ha tenuto conto di tale decisione, nonché degli argomenti dedotti e ha ordinato alla sig.ra Rinau di far rientrare la minore in Germania e di affidarla alla custodia del sig. Rinau. La sig.ra Rinau non era presente all'udienza dinanzi a tale giudice, ma vi era rappresentata e ha presentato osservazioni. Lo stesso giorno l'Amtsgericht Oranienburg ha allegato alla sua decisione un certificato rilasciato ai sensi dell'art. 42 del regolamento.

38. Il 20 febbraio 2008 il Brandenburgisches Oberlandesgericht ha respinto l'appello interposto dalla sig.ra Rinau nei confronti di detta sentenza, confermandola quanto alla custodia di Luisa, e ha constatato che la sig.ra Rinau era già tenuta a ricondurre la minore. La sig.ra Rinau era presente all'udienza e vi ha presentato osservazioni.

39. La sig.ra Rinau ha presentato al Lietuvos apeliacinis teismas un'istanza diretta ad ottenere il non riconoscimento della sentenza dell'Amtsgericht Oranienburg 20 giugno 2007, nella parte in cui essa affidava la custodia di Luisa al sig. Rinau e obbligava la madre di quest'ultima a ricondurla a suo padre, affidandogliene la custodia.

40. Il 14 settembre 2007 il Lietuvos apeliacinis teismas ha adottato un'ordinanza che dichiarava irricevibile tale istanza della sig.ra Rinau. Ad avviso di tale giudice, il certificato rilasciato dall'Amtsgericht Oranienburg ai sensi dell'art. 42 del regolamento indicava che erano soddisfatte tutte le condizioni, definite al n. 2 di tale articolo, necessarie al rilascio di un certificato siffatto. Avendo ritenuto che detta sentenza, nella parte in cui ordinava il ritorno della minore in Germania, dovesse essere direttamente eseguita ai sensi delle disposizioni del capo III, sezione 4, dello stesso regolamento, senza che fosse necessario ricorrere allo speciale procedimento di exequatur del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni giudiziarie, il Lietuvos apeliacinis teismas ha deciso che doveva essere dichiarata irricevibile l'istanza della sig.ra Rinau diretta al non riconoscimento della parte di detta sentenza che la obbligava a ricondurre la minore a suo padre, affidandogliene la custodia.

41. La sig.ra Rinau ha quindi proposto dinanzi al Lietuvos Aukščiausiasis Teismas un ricorso per cassazione diretto all'annullamento di detta ordinanza e all'adozione di una nuova decisione di accoglimento della sua istanza di non riconoscimen-

to della sentenza dell'Amtsgericht Oranienburg 20 giugno 2007 nella parte in cui essa affidava la custodia di Luisa al sig. Rinau e obbligava la sig.ra Rinau a ricondurre la minore a suo padre, affidandogliene la custodia.

42. Pertanto, il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se una parte interessata, ai sensi dell'art. 21 del regolamento (...), possa domandare il non riconoscimento di una decisione giudiziaria, senza che sia stata proposta un'istanza di riconoscimento della decisione.

2) In caso di soluzione affermativa alla prima questione, in che modo il giudice nazionale, nel momento in cui esamina l'istanza di non riconoscimento della decisione presentata dalla persona nei confronti della quale la decisione è esecutiva, debba dunque applicare l'art. 31, n. 1, del regolamento (...), che dispone che "[i]n questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni".

3) Se il giudice nazionale dinanzi al quale il titolare della responsabilità genitoriale ha presentato l'istanza di non riconoscimento della decisione del giudice dello Stato membro d'origine che prescrive il ritorno del minore, con lui residente, nello Stato d'origine, per la quale è stato rilasciato un certificato ai sensi dell'art. 42 del regolamento (...), la debba esaminare ai sensi delle disposizioni del capo III, sezioni 1 e 2, del regolamento (...), come previsto dall'art. 40, n. 2, del suddetto regolamento.

4) Chiarire il significato della condizione stabilita all'art. 21, n. 3, del regolamento (...) "fatta salva la sezione 4 del presente capo".

5) Se l'adozione di una decisione che prescrive il ritorno del minore e il rilascio del certificato di cui all'art. 42 del regolamento (...) da parte del giudice dello Stato membro d'origine, dopo che il giudice dello Stato membro nel quale il minore è trattenuto illecitamente abbia emanato una decisione che prescrive il ritorno del minore nello Stato d'origine, sia conforme agli obiettivi e alle procedure di cui al regolamento (...).

6) Se il divieto di riesame della competenza del giudice d'origine di cui all'art. 24 del regolamento (...) significhi che il giudice nazionale dinanzi al quale è stata presentata istanza di riconoscimento o di non riconoscimento della decisione emanata da un giudice straniero, che non può riesaminare la competenza del giudice dello Stato membro d'origine e che non ha individuato altri motivi di non riconoscimento delle decisioni stabiliti all'art. 23 del regolamento (...), debba riconoscere la decisione del giudice dello Stato membro d'origine che prescrive il ritorno del minore se il giudice dello Stato membro d'origine non ha rispettato il procedimento stabilito dal regolamento ai fini di risolvere la questione del ritorno del minore".

Sul procedimento d'urgenza

43. Con ordinanza 21 maggio 2008, depositata nella cancelleria della Corte il 22 maggio 2008, il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas ha chiesto che il rinvio pregiudiziale fosse sottoposto al procedimento d'urgenza previsto all'art. 104 ter del regolamento di procedura.

44. Il giudice del rinvio ha motivato tale domanda facendo riferimento al diciassettesimo 'considerando' del regolamento, che concerne il ritorno immediato di un minore sottratto, ed all'art. 11, n. 3, dello stesso regolamento, che fissa al giudice, al quale è stata

presentata una domanda per il ritorno del minore, un termine di sei settimane per emanare la sua decisione. Il giudice nazionale rileva la necessità di agire con urgenza, in quanto qualsiasi indugio sarebbe molto pregiudizievole ai rapporti tra la minore ed il genitore dal quale è separata. Il degradarsi di tali rapporti potrebbe essere irreparabile.

45. Il giudice del rinvio si basa altresì sul bisogno di proteggere la minore da un eventuale danno e sulla necessità di garantire un giusto equilibrio tra gli interessi della minore e quelli dei genitori, il che esigerebbe parimenti il ricorso al procedimento d'urgenza.

46. Su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, la Terza Sezione della Corte ha deciso di accogliere la domanda del giudice del rinvio diretta a sottoporre il rinvio pregiudiziale al procedimento d'urgenza.

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

47. La Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 1972, L 299, pag. 32), successivamente modificata a più riprese, mirava a facilitare tra gli Stati contraenti il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. A tal fine, essa ha introdotto regole di competenza e procedure di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni in detta materia. Tali regole erano fondate sul principio della reciproca fiducia da parte di giudici di uno Stato contraente nei confronti delle decisioni adottate da giudici di un altro Stato contraente. Ai sensi del suo art. 1, tale convenzione non si applica allo stato e alla capacità delle persone fisiche, né al regime patrimoniale fra coniugi.

48. Considerato che l'interesse del minore riveste importanza primaria in qualsiasi questione attinente alla custodia di quest'ultimo e che occorre proteggerlo, sul piano internazionale, dagli effetti pregiudizievoli di un trasferimento o di un mancato rientro illecito e prevedere procedimenti idonei a garantire il ritorno immediato del minore nel suo Stato di residenza abituale, nonché garantire la tutela del diritto di visita, è stata adottata la convenzione dell'Aia del 1980.

49. L'orientamento delle convenzioni menzionate ai due punti precedenti è stato ripreso dal regolamento in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Detto regolamento è applicabile alle materie civili relative, da un lato, al divorzio, alla separazione personale ed all'annullamento del matrimonio e, dall'altro, all'attribuzione, all'esercizio, alla delega e alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale.

(omissis)

Sulle questioni dalla quarta alla sesta

56. Con le sue questioni dalla quarta alla sesta, che occorre esaminare congiuntamente e in primo luogo, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'adozione da parte di un giudice dello Stato membro d'origine di un provvedimento di ritorno del minore e il rilascio del certificato di cui all'art. 42 del regolamento siano conformi agli obiettivi ed

alle procedure di quest'ultimo nel caso in cui un giudice dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto abbia adottato un provvedimento di ritorno del minore verso lo Stato membro d'origine. Il giudice nazionale chiede anche di sapere se l'art. 24 del regolamento debba essere interpretato nel senso che il giudice dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto deve riconoscere il provvedimento, pronunciato dal giudice dello Stato membro d'origine, che dispone il ritorno di quest'ultimo qualora tale giudice non abbia rispettato il procedimento previsto dal regolamento.

57. L'art. 11, n. 8, del regolamento dispone che, "[n]onostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore".

58. Secondo talune delle osservazioni presentate alla Corte, tale disposizione ha per effetto che un certificato può essere rilasciato ai sensi dell'art. 42 del regolamento solo qualora sia stato precedentemente emanato un provvedimento contro il ritorno in applicazione dell'art. 13 della convenzione dell'Aia del 1980. Ne conseguirebbe, nella causa principale, che il fatto che il Lietuvos apeliacinis teismas abbia ordinato con la sua decisione 15 marzo 2007 il ritorno della minore avrebbe impedito ai giudici dello Stato membro d'origine di rilasciare un certificato in applicazione di detto art. 42, come deciso dall'Amtsgericht Oranienburg con la sua sentenza 20 giugno 2007, confermata dalla sentenza del Brandenburgisches Oberlandesgericht 20 febbraio 2008.

59. Dev'essere accolta l'interpretazione in base alla quale un certificato non può essere rilasciato ai sensi dell'art. 42 del regolamento senza che sia stato precedentemente emanato un provvedimento contro il ritorno.

60. È, infatti, l'interpretazione che risulta dal regolamento nel suo insieme e, segnatamente, dal suo art. 11, n. 8.

61. Dopo aver previsto che le decisioni adottate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri, senza che sia necessario ricorrere ad alcun procedimento, il regolamento disciplina il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività delle decisioni sulla base di due modelli (artt. 21, nn. 1 e 3, 11, n. 8, 40, n. 1, e 42, n. 1). Secondo il primo modello, l'adozione di una decisione di riconoscimento e la dichiarazione di esecutività possono essere richieste secondo le procedure previste al capo III, sezione 2, del regolamento. Con il secondo modello, l'esecutività di talune decisioni relative al diritto di visita o che ordinano il ritorno del minore è soggetta alle disposizioni della sezione 4 dello stesso capo.

62. Quest'ultimo modello è strettamente articolato sulle disposizioni della convenzione dell'Aia del 1980 e mira, in presenza di talune condizioni, al ritorno immediato del minore.

63. Benché intrinsecamente connessa ad altre materie disciplinate dal regolamento, in particolare al diritto di custodia, l'esecutività di una decisione che prescrive il ritorno di un minore successivo ad un provvedimento contro il ritorno beneficia dell'autonomia procedurale al fine di non ritardare il ritorno di un minore illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro diverso da quello in cui tale minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato ritorno illeciti.

64. L'autonomia procedurale delle disposizioni riportate agli artt. 11, n. 8, 40 e 42

del regolamento e la precedenza riconosciuta alla competenza del giudice di origine nell'ambito del capo III, sezione 4, del regolamento sono tradotte negli artt. 43 e 44 del regolamento, le cui norme prevedono che il diritto dello Stato membro d'origine è applicabile a qualsiasi rettifica del certificato, che il rilascio di quest'ultimo non è soggetto ad alcun mezzo di impugnazione e che tale certificato ha effetto soltanto nei limiti del carattere esecutivo della sentenza.

65. La riserva prevista all'art. 21, n. 3, del regolamento, con l'impiego dell'espressione "[f]atta salva la sezione 4", che forma oggetto della quarta questione sottoposta dal giudice del rinvio, ha la finalità di precisare che la facoltà accordata da tale disposizione a qualsiasi parte interessata a chiedere l'adozione di una decisione di riconoscimento o di non riconoscimento della decisione pronunciata in uno Stato membro non esclude la possibilità, in presenza delle condizioni necessarie, di ricorrere al regime previsto agli artt. 11, n. 8, 40 e 42 del regolamento per il caso di un ritorno di un minore successivo ad un provvedimento contro il ritorno, dato che tale regime prevale su quello previsto alle sezioni 1 e 2 di detto capo III.

66. Occorre sottolineare che il procedimento previsto per il caso di un ritorno di un minore successivo ad un provvedimento contro il ritorno riprende e rafforza le disposizioni contenute agli artt. 12 e 13 della convenzione dell'Aia del 1980. In particolare, il termine per pronunciarsi su un'istanza contraria al ritorno è molto breve. Inoltre, una decisione definitiva che ordina il ritorno può essere adottata da un giudice competente ai sensi del regolamento. Infine, il procedimento culmina con la certificazione della decisione che le conferisce una speciale esecutività; le condizioni per il rilascio e gli effetti del certificato sono espressamente definiti nel regolamento.

67. Quindi, per quanto riguarda le condizioni per il rilascio, emerge dall'art. 42, n. 2, del regolamento che il giudice d'origine che ha pronunciato la decisione prevista all'art. 40, n. 1, lett. b), del regolamento rilascia il certificato solo se:

"a) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità;

b) le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e

c) l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980".

68. Quanto agli effetti della certificazione, dal momento del rilascio del certificato, la decisione di ritorno del minore menzionata al detto art. 40, n. 1, lett. b), è riconosciuta e beneficia dell'esecutività in un altro Stato membro, senza che sia richiesta alcuna dichiarazione che le riconosca esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento.

69. Occorre rammentare che tale regime trova applicazione solo in caso di ritorno di un minore successivo ad un provvedimento che vieta il ritorno di cui all'art. 11, n. 8, del regolamento.

70. Depone in tal senso detto art. 11, n. 8, del regolamento, il quale stabilisce che, "[n]onostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore".

71. Se è vero che l'espressione "[n]onostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno" contiene una certa ambiguità, la sua articolazione con l'espressione "una successiva decisione" indica un rapporto cronologico tra un provvedimento, quello contro il ritorno, e la decisione successiva; una formulazione del genere non lascia spazio ad alcun dubbio per quanto riguarda il carattere precedente della prima decisione.

72. Il diciassettesimo 'considerando' del regolamento conferma tale interpretazione, precisando che una decisione contro il ritorno "dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro".

73. Emerge altresì dall'art. 42, n. 2, lett. c), del regolamento, che impone al giudice di tener conto dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della convenzione dell'Aia del 1980, che tale giudice può statuire solo dopo l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno nello Stato membro dell'esecuzione.

74. Ne discende che l'art. 40, n. 1, lett. b), del regolamento costituisce una disposizione che trova applicazione solo qualora nello Stato membro dell'esecuzione sia stato precedentemente emanato un provvedimento contro il ritorno.

75. Le conseguenze che le osservazioni citate al punto 58 della presente sentenza traggono da tale interpretazione non possono peraltro essere accolte.

76. Infatti, l'art. 11, n. 3, del regolamento esige che i giudici ai quali è stata presentata la domanda per il ritorno procedano rapidamente, utilizzando le procedure più rapide previste dalla normativa nazionale. Il secondo comma della stessa disposizione stabilisce, inoltre, che, fatto salvo tale obiettivo di celerità, il provvedimento deve essere emanato al più tardi sei settimane dopo la ricezione della domanda, salvo nel caso in cui circostanze eccezionali non lo consentano.

77. Più precisamente, il n. 6 di detto art. 11 prevede che, qualora un giudice abbia emanato un provvedimento contro il ritorno, tale giudice deve immediatamente trasmettere direttamente, o tramite la sua autorità centrale, una copia del provvedimento giudiziario e dei pertinenti documenti, in particolare una trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice, all'autorità giurisdizionale competente o all'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno. Il carattere urgente di tali procedure viene rivelato altresì dall'ultima frase dello stesso n. 6, il quale dispone che il giudice d'origine "riceve tutti i documenti indicati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno".

78. Tali disposizione mirano non solo a garantire il rientro immediato del minore nello Stato membro in cui aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro illeciti, bensì anche a consentire al giudice d'origine di valutare i motivi e gli elementi di prova alla base dell'emanazione del provvedimento contro il ritorno.

79. In particolare, il giudice d'origine è tenuto a valutare la sussistenza delle condizioni elencate al punto 67 della presente sentenza.

80. Poiché tale valutazione spetta, in ultima analisi, al giudice d'origine, in applicazione degli artt. 10 e 40, n. 1, lett. b), del regolamento, gli incidenti procedurali che si producono o si riproducono nello Stato membro dell'esecuzione dopo l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno non sono determinanti e possono essere conside-

rati irrilevanti ai fini dell'applicazione del regolamento.

81. Se così non fosse, il regolamento rischierebbe di essere privato del suo effetto utile, poiché l'obiettivo del rientro immediato del minore resterebbe subordinato alla condizione dell'esaurimento dei mezzi procedurali consentiti dall'ordinamento nazionale dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto. Detto rischio deve essere preso tanto più in considerazione in quanto, trattandosi di minori in tenera età, il tempo biologico non può essere misurato secondo criteri generali, data la struttura intellettuale e psicologica di tali minori e la rapidità con cui essa evolve.

82. Anche se il regolamento non ha per oggetto di unificare le norme di diritto sostanziale e processuale dei diversi Stati membri, occorre tuttavia che l'applicazione di tali norme nazionali non comprometta il suo effetto utile (v., per analogia, per quanto riguarda la Convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, sentenze 15 maggio 1990, causa C-365/88, Hagen, Racc. pag. I-1845, punti 19 e 20; 7 marzo 1995, causa C-68/93, Shevill, Racc. pag. I-415, punto 36, e 27 aprile 2004, causa C-159/02, Turner, Racc. pag. I-3565, punto 29).

83. Si deve aggiungere che tale interpretazione del regolamento è conforme alle sue esigenze e alla sua finalità e che essa è la sola che garantisce al meglio l'effettività del diritto comunitario.

84. Essa è inoltre confermata da due elementi. Il primo si fonda sull'espressione "una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore", riportata all'art. 11, n. 8, del regolamento, espressione che manifesta l'idea secondo cui il giudice d'origine, dal momento dell'emanazione del provvedimento contro il ritorno, può essere tenuto ad adottare una o più decisioni al fine di ottenere il ritorno del minore, compreso il caso di situazioni d'impasse procedurali o di fatto. Il secondo elemento è di ordine sistemico ed è basato sul fatto che, contrariamente al procedimento previsto agli artt. 33-35 del regolamento per l'istanza per la dichiarazione di esecutività, decisioni emesse conformemente al capo III, sezione 4, di quest'ultimo (diritto di visita e ritorno del minore) possono essere dichiarate esecutive dal giudice d'origine indipendentemente da qualsiasi possibilità di impugnazione, tanto nello Stato membro d'origine quanto in quello dell'esecuzione.

85. Escludendo qualsiasi impugnazione del rilascio del certificato a norma dell'art. 42, n. 1, diversa da una domanda di rettifica ai sensi dell'art. 43, n. 1, del regolamento, quest'ultimo mira ad evitare che l'efficacia delle sue disposizioni sia pregiudicata da un impiego abusivo della procedura. Inoltre, l'art. 68 non menziona, tra le impugnazioni, quelle proposte contro decisioni adottate in applicazione del capo III, sezione 4, del regolamento.

86. Tali considerazioni rispondono alle peculiarità della controversia principale.

87. Da un lato, la sequenza delle decisioni adottate dai giudici lituani in merito tanto alla domanda per il ritorno quanto a quella diretta contro il riconoscimento della decisione certificata conformemente all'art. 42 del regolamento non sembra aver rispettato l'autonomia della procedura prevista da tale ultima disposizione. D'altro lato, il numero di decisioni e la loro eterogeneità (annullamenti, riforme, riaperture, sospensioni) provano che, pur essendo state eventualmente adottate le procedure interne più rapide, i termini trascorsi erano già, alla data del rilascio del certificato, in manifesta contraddizione con le esigenze del regolamento.

88. Resta da precisare che, non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità del certificato rilasciato dall'Amtsgericht Oranienburg e contenendo tale certificato tutti gli elementi richiesti dall'art. 42 del regolamento, un'impugnazione del rilascio del certificato o un'opposizione al suo riconoscimento avrebbero potuto solo essere respinte, conformemente all'art. 43, n. 2, del regolamento, il quanto il giudice adito avrebbe solo potuto constatare l'esecutività della decisione certificata.

89. Alla luce di quanto precede, le questioni dalla quarta alla sesta devono essere risolte dichiarando che, una volta che un provvedimento contro il ritorno sia stato emanato e portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato previsto all'art. 42 del regolamento, che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo. Non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità di tale certificato ed essendo quest'ultimo stato redatto conformemente al formulario il cui modello è riportato all'allegato IV del regolamento, l'opposizione al riconoscimento del provvedimento di ritorno è vietata ed al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività del provvedimento certificato e pronunciare il ritorno immediato del minore.

Sulla prima questione

90. Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se una parte interessata ai sensi dell'art. 21 del regolamento possa chiedere il non riconoscimento di una decisione giudiziaria senza che sia stata presentata un'istanza di riconoscimento della stessa decisione.

91. La soluzione fornita alle questioni dalla quarta alla sesta esclude la possibilità di un'istanza di non riconoscimento nel caso in cui un provvedimento di ritorno del minore sia stato adottato e certificato conformemente alle disposizioni degli artt. 11, n. 8, e 42 del regolamento.

92. Tuttavia, tale possibilità non può essere esclusa in generale.

93. Infatti, l'art. 21, n. 3, del regolamento dispone che "[f]atta salva la sezione 4 del presente capo, ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta". Il secondo comma dello stesso numero fissa a tal fine le regole di competenza territoriale.

94. Non è escluso neanche che un'istanza di non riconoscimento di una decisione conduca incidentalmente al riconoscimento di quest'ultima, ipotesi in cui troverebbe applicazione il n. 4 di detto art. 21.

95. La possibilità di presentare un'istanza di non riconoscimento senza che sia stata precedentemente proposta un'istanza di riconoscimento è idonea a soddisfare esigenze diverse, tanto di ordine sostanziale, segnatamente quelle attinenti all'interesse superiore del minore o alla stabilità e alla tranquillità della famiglia, quanto di natura procedurale, permettendo di anticipare la produzione di mezzi di prova che potrebbero non essere più disponibili in seguito.

96. L'istanza di non riconoscimento deve tuttavia rispettare la procedura prevista al capo III, sezione 2, del regolamento e, in particolare, può essere proposta secondo le disposizioni del diritto interno solo se queste ultime non limitano la portata e gli effetti

del regolamento.

97. La prima questione dev'essere quindi risolta dichiarando che, salvo i casi in cui il procedimento riguardi una decisione certificata in applicazione degli artt. 11, n. 8, e 40-42 del regolamento, qualsiasi parte interessata può chiedere il non riconoscimento di una decisione giudiziaria, anche qualora non sia stata precedentemente presentata un'istanza di riconoscimento di tale decisione.

Sulla seconda questione

98. Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, nel caso in cui occorra esaminare l'istanza di non riconoscimento della decisione presentata dalla persona nei confronti della quale detta decisione è esecutiva e sebbene non sia stata precedentemente proposta alcuna istanza di riconoscimento, in che modo debba essere applicato l'art. 31, n. 1, del regolamento, in particolare il periodo ai sensi del quale "[i]n questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni".

99. La riserva formulata al punto 91 della presente sentenza si applica parimenti nell'ambito della questione in esame.

100. Con tale riserva, si deve constatare che, qualora un'istanza di non riconoscimento sia stata presentata senza che sia stata precedentemente proposta un'istanza di riconoscimento di tale decisione, l'art. 31, n. 1, del regolamento dev'essere interpretato alla luce della specifica economia del capo III, sezione 2, del regolamento. Pertanto, tale disposizione deve restare inapplicata.

101. Infatti, l'art. 31 del regolamento riguarda la dichiarazione di esecutività. Esso dispone che, in tal caso, la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione non può presentare osservazioni. Un procedimento del genere dev'essere compreso in funzione del fatto che, avendo un carattere esecutivo ed unilaterale, esso non può ammettere osservazioni dalla detta parte senza acquisire natura dichiarativa e contraddittoria, il che sarebbe in contrasto con la sua stessa logica in base alla quale i diritti della difesa sono garantiti mediante l'opposizione prevista all'art. 33 del regolamento.

102. La situazione prospettata nel caso di un'istanza di non riconoscimento è diversa.

103. La ragione di tale differenza risiede nel fatto che il richiedente, in una situazione del genere, è la persona contro la quale avrebbe potuto essere presentata l'istanza per la dichiarazione di esecutività.

104. Non essendo più giustificate le esigenze menzionate al punto 101 della presente sentenza, la parte contro la quale viene proposta l'istanza di non riconoscimento non può essere privata della possibilità di presentare osservazioni.

105. Qualsiasi altra soluzione tenderebbe a limitare l'efficacia dell'azione del richiedente, dato che l'oggetto del procedimento di non riconoscimento mira ad un giudizio negativo, che, per sua natura, esige il contraddittorio.

106. Ne discende che, come fatto valere dalla Commissione, la convenuta, che chiede il riconoscimento, può presentare osservazioni.

107. Pertanto, la seconda questione dev'essere risolta dichiarando che l'art. 31, n. 1, del regolamento, nella parte in cui prevede che, in questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare

osservazioni, non è applicabile ad un procedimento di non riconoscimento di una decisione giudiziaria avviato senza che sia stata precedentemente proposta un'istanza di riconoscimento nei confronti della stessa decisione. In una situazione del genere, la convenuta, che chiede il riconoscimento, può presentare osservazioni.

(omissis)

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

1) Una volta che un provvedimento contro il ritorno sia stato emanato e portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato previsto all'art. 42 del regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo. Non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità di tale certificato ed essendo quest'ultimo stato redatto conformemente al formulario il cui modello è riportato all'allegato IV di detto regolamento, l'opposizione al riconoscimento del provvedimento di ritorno è vietata ed al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività del provvedimento certificato e pronunciare il ritorno immediato del minore.

2) Salvo i casi in cui il procedimento riguardi una decisione certificata in applicazione degli artt. 11, n. 8, e 40-42 del regolamento n. 2201/2003, qualsiasi parte interessata può chiedere il non riconoscimento di una decisione giudiziaria, anche qualora non sia stata precedentemente presentata un'istanza di riconoscimento di tale decisione.

3) L'art. 31, n. 1, del regolamento n. 2201/2003, nella parte in cui prevede che, in questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni, non è applicabile ad un procedimento di non riconoscimento di una decisione giudiziaria avviato senza che sia stata precedentemente proposta un'istanza di riconoscimento nei confronti della stessa decisione. In una situazione del genere, la convenuta, che chiede il riconoscimento, può presentare osservazioni.

* * * * *

Grazie alle previsioni del regolamento 2201/2003 gli Stati membri della Comunità europea contribuiscono a rispettare l'obbligo assunto internazionalmente tramite la Convenzione dell'Aja del 1980 di compiere ogni sforzo per garantire il ritorno del minore illecitamente sottratto, mediante la rapida attuazione della decisione, al fine di non pregiudicare né i diritti del minore, né quelli del genitore che ha ottenuto il ritorno. (Regolamento n. 2201/2003/CE del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matri-

moniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000/CE, in *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss)

Proprio sulla questione del ritorno del minore la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi nella causa *Rinau*, nella quale la Corte ha riconosciuto per la prima volta la necessità di seguire il procedimento d'urgenza proprio al fine di proteggere il minore da un eventuale danno e garantire un giusto equilibrio tra il suo interesse e quelli dei genitori. Il procedimento d'urgenza, previsto all'art. 104 ter del regolamento di procedura, non era al momento mai stato applicato. Nel caso di specie la richiesta del giudice del rinvio era motivata, sia per le ragioni di tutela del minore, sia dal tenore del "diciassettesimo 'considerando' del regolamento, che concerne il ritorno immediato di un minore sottratto, ed all'art. 11, n. 3, dello stesso regolamento, che fissa al giudice, al quale è stata presentata una domanda per il ritorno del minore, un termine di sei settimane per emanare la sua decisione" Se la scelta da parte della Corte di giustizia di procedere d'urgenza è certamente condivisibile, non si può però non rilevare come la minore, originariamente residente con i genitori in Germania, si trovasse in Lituania con la madre già da due anni al momento della pronuncia della Corte comunitaria. È quindi evidente che la scelta di consentire il rinvio pregiudiziale al solo giudice di ultima istanza, sommata alla lunghezza del procedimento interno per il riconoscimento delle decisioni avevano già portato ad un allungamento dei tempi contrastante proprio con quei principi di tutela dell'interesse del minore sopra affermati. La madre aveva, infatti, ricevuto dal padre un permesso per portare la figlia in Lituania per due settimane di vacanza iniziate il 21 luglio 2006. I Tribunali tedeschi hanno da subito attribuito l'affidamento provvisorio al padre, come poi confermato in sede di sentenza di divorzio. Per quanto l'autorità di appello lituana avesse riconosciuto la sentenza tedesca di affidamento provvisorio, l'esecuzione di questa è stata più volte sospesa, è stata cassata e poi a seguito di nuova pronuncia di riconoscimento la questione è giunta per una seconda volta in Cassazione (*Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*), con procedimento che risultava al tempo del rinvio pregiudiziale ancora pendente. In seguito il giudice tedesco si è pronunciato in via definitiva sul divorzio, confermando l'affidamento al padre: è in relazione a questa pronuncia che la madre presenta istanza di non riconoscimento, dichiarata irricevibile con ordinanza del 14 settembre 2007, contro la quale la madre è ricorso in Cassazione. Proprio in relazione a questa fattispecie la Corte di Cassazione lituana ha presentato il rinvio pregiudiziale.

La Corte risolve i quesiti proposti con il chiaro obiettivo di ripristinare una situazione di legittimità, affermando la legittimità della scelta tedesca di rilasciare il certificato di cui all'art.42 a seguito di un provvedimento contro il ritorno emanato e portato a conoscenza del giudice d'origine. Se l'adozione di un provvedimento contro il ritorno è condizione necessaria ai fini del rilascio del certificato, nel caso di specie è irrilevante "che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo".

Se, infatti, non si consentisse in questa ipotesi l'immediata esecutività che consegue al certificato, laddove il rientro del minore non sia ancora avvenuto, si vanificherebbero gli sforzi posti in essere dal legislatore comunitario per tutelare adeguatamente il minore e il genitore affidatario. (Per approfondimenti sul regolamento 2201/2003 ci si permette di rinviare a E. Bergamini, *Commento al regolamento 2201/2003* in Sesta M. (a cura di), *Codice della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 3934-3996 e alla bibliografia ivi citata).

SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE**a cura di Mario Poti****A.A.V.V. a cura di AGATINO CARIOLA, ANTONINO CORSARO, GIUSEPPE D'ALLURA e FABIO FLORIO, "I danni: verso quali prospettive", G. Giappichelli Editore - Torino, 2008**

Nei giorni 23-24 novembre 2007 si è svolto a Catania un importante convegno che, promosso dalla facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, dalla Sezione di Catania del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" e dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania, ha posto "il danno" ad oggetto di studio ed approfondimento nei vari campi del diritto. La casa Editrice Giappichelli, per l'occasione, ha pubblicato il volume "I danni: verso quali prospettive?" che contiene gli atti del convegno in cui relatori di alto livello - Cesare M. Bianca, Massimo Paradiso, Salvatore Pagano, Ruggero Vico, Vincenzo Zingales, Pietro Abbadessa, Salvatore Mauceri, Laura Raineri, Agatino Cariola, Antonino Corsaro, Tiziana Greco - svolgono un'attenta disamina della problematica relativa al danno nelle diverse connotazioni che esso assume, nonché la relazione di sintesi curata dal Presidente del Consiglio di Stato, dr. Alberto De Roberto.