

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., 20 novembre 2008, sentenza n. 376 1000

Pensioni - Rivalutazione contributiva per esposizione all'amianto - Esclusione per le domande amministrative posteriori al 2 ottobre 2003 - Illegittimità costituzionale - Inammissibilità della questione

- Corte Cost., 5 dicembre 2008, sentenza n. 401 995

Pensioni - Benefici combattentistici - Maggiorazione pensionistica - Perequazione - Decorrenza

- Corte Cass., Sez. Lavoro, 22 ottobre 2008, sentenza n. 25569 1018

Pensioni - Indennità di accompagnamento - Trattamento chemioterapico - Sufficienza per il conseguimento della prestazione - Esclusione - Accertamento concreto delle condizioni previste dall'art. 1 L. n. 18 del 1990 - Necessità

- Corte Cass., Sez. Lavoro, 23 luglio 2008, sentenza n. 20322 1029

Processo civile - Domanda di assegno ordinario di invalidità - Riconoscimento della pensione di inabilità - Ultrapetizione - Sussistenza - Pensione di inabilità - Soggetto già titolare di pensione di vecchiaia - Insussistenza - Fondamento

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Redattori:

FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI
MARIO POTI

Comitato di redazione:

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

Segreteria di redazione:

LUCIA COLANTONIO
ALFREDO D'AMATO
VALERIA MASUTTI
ANTONIO PAGLIONE

Redazione, Amministrazione e Segreteria

Via della Frezza, 17 - 00186 ROMA
Tel. 065905-6340-6348-6484
Fax 065905-6315
E-mail: Informazione.Previdenziale@inps.it

SOMMARIO N. 4/2008

INDICI		pag.	V
DOTTRINA			
VIGNERA G.:	«Sulla provvisoria esecutività <i>ex art.</i> 648 c.p.c.: i presupposti»	»	831
TRONI A.:	«Previdenza complementare in ambito comunitario e funzionalità del contratto collettivo»	»	848
CHIAROMONTE W.:	«Dall'attuazione del Protocollo sul <i>welfare</i> del 2007 alla manovra estiva del 2008: brevi note a margine delle recenti riforme delle tipologie di lavoro flessibile)»	»	871
MINEO A.:	«Aspetti critici in tema di responsabilità solidale negli appalti e subappalti per le obbligazioni contributive»	»	905
NOTE A SENTENZA			
CALEO O.:	«Danno da svalutazione monetaria e onere probatorio: il superamento del "sistema delle categorie" nel nuovo intervento delle Sezioni Unite»	»	935
MANDELLI R.:	«La formazione del titolo esecutivo c.d. amministrativo per la riscossione dei contributi e premi ed il contenuto della opposizione alla cartella esattoriale <i>ex art.</i> 24 D. lgs. n. 46/1999»	»	968
MORMILE L.:	«Dichiarazioni contributive obbligatorie e riconoscimento del debito»	»	980
TITA G.:	«Nota all'ordinanza del Tribunale di Catania del 18/06/2008»	»	993
GIURISPRUDENZA			
CORTE COSTITUZIONALE - Sentenze		»	995
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Unite Civili		»	919
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili		»	1009
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili		»	1040
TRIBUNALI - Sezioni Civili		»	1060
COMMISSIONI TRIBUTARIE PROVINCIALI		»	1100
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)		»	1104

- 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. 4/2008

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
CORTE COSTITUZIONALE (Sentenze)	401/08	5.12.2008	995
	376/08	20.11.2008	1000
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Unite Civili)	19499/08	16.7.2008	919
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Civili)	29481/08	17.12.2008	1009
	28997/08	10.12.2008	1010
	26815/08	7.11.2008	1015
	25569/08	22.10.2008	1018
	21671/08	14.8.2008	1020
	21137/08	5.8.2008	1024
	20322/08	23.7.2008	1029
	17978/08	1.7.2008	957
	16203/08	16.6.2008	957
	15066/08	6.6.2008	1031
	13818/08	27.5.2008	1033
	13531/08	26.5.2008	979
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Milano	891/08	18.1.2008	1040
Palermo	793/08	7.6.2008	1042
Palermo	1690/07	27.12.2007	1045
Salerno	4113/07	11.10.2007	1053
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Catania	Ordinanza	18.6.2008	987
Como	173/08	27.5.2008	1060
Como	95/08	31.3.2008	1062
Milano	4892/08	10.12.2008	1064
Milano	2606/08	10.6.2008	1068
Milano	2400/08	26.5.2008	1071
Monza	579/08	23.8.2008	1075
Monza	404/08	12.7.2008	1082
Monza	285/08	30.6.2008	1086
Venezia	5638/08	13.8.2008	1091
Venezia	758/08	18.8.2008	1092
Venezia	614/08	17.6.2008	1096
Venezia	237/08	6.5.2008	1097

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE Bergamo	74/08	17.10.2008	1100

INDICE ANALITICO N. 4/2008**CONTRIBUTI**

- Domanda di dilazione - Natura di confessione stragiudiziale - Sussistenza - Riconoscimento di debito - Effetti probatori. (pag. 1062)
- Iscrizione a ruolo - Decadenza - Termine *ex art.* 25 D.Lgs 46/1999 - Differimento applicabilità ai soli crediti relativi a periodi successivi alla data dell'1.01.2004. (pag. 1040)
- Prescrizione - Denuncia del lavoratore attivata a mezzo introduzione domanda giudiziale - Persistenza termine decennale. (pag. 1097)
- Socio amministratore di srl - Iscrizione alla gestione commercianti e alla gestione separata - Compatibilità del duplice prelievo contributivo. (pag. 1086)
- Somministrazione irregolare - Intermediazione di manodopera - Permanente antigiridicità. (pag. 1075)
- Somministrazione nulla - Intermediazione di manodopera - Persistente antigiridicità - Rapporti di lavoro iniziati anteriormente alla data di entrata in vigore del D.Lgs 276/2003 - Appalto illecito - Configurazione dei rapporti nei confronti dell'utilizzatore. (pag. 1060)

CONTRIBUTI ASSICURATIVI

- Riscossione - Proposizione di giudizio di merito sulla fondatezza della pretesa contributiva previdenziale - Instaurazione di successivo e separato giudizio di opposizione *ex art.* 24, comma 5, D. Lgs. 26.02.1999 n. 46 relativamente alla stessa pretesa contributiva - Estinzione del processo di opposizione - Preclusione del riesame dell'obbligazione contributiva nel giudizio di merito - Sussistenza. (pag. 957)
- Riscossione - Proposizione di giudizio di merito sulla fondatezza della pretesa contributiva previdenziale - Instaurazione di successivo e separato giudizio di opposizione *ex art.* 24, comma 5, D. Lgs. 26.02.1999 n. 46 relativamente alla stessa pretesa contributiva - Necessità - Esclusione - Fondamento. (pag. 957)

DENUNCE CONTRIBUTIVE

- Riconoscimento del debito - Prescrizione - Interruzione. (pag. 979)

FONDI SPECIALI

- Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale dipendente delle imprese di credito ordinario
- Natura privatistica - Assegno straordinario per il sostegno del reddito - Natura di trattamento pensionistico - Esclusione - Forma di integrazione del TFR - Trattamento fiscale - Tassazione separata. (pag. 1092)

GIURISDIZIONE

- Contribuzione SSN - Impugnativa cartella avanti Giudice del lavoro - Difetto di giurisdizione
- Traslatio iudicii al Giudice tributario - Inammissibilità - Tardività ricorso. (pag. 1100)

IMPIEGO PUBBLICO

- Dipendente INPS - Qualifica dirigenziale - Ispettore Generale - Esclusione. (pag. 1045)

LAVORO (RAPPORTO DI)

- Contratti d'opera - Continuità, coordinazione e personalità dell'apporto di lavoro - Mancata previsione del progetto - Conversione sanzionatoria in lavoro subordinato. (pag. 1082)

OBBLIGAZIONI PECUNIARIE

- Interessi - Moratori - Prova del maggior danno *ex art. 1224*, comma 2, c.c. - Misura del risarcimento - Differenza tra il tasso di rendimento netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e il saggio degli interessi legali - Prova contraria a carico delle parti. (pag. 919)

PENSIONI

- Benefici combattentistici - Maggiorazione pensionistica - Perequazione - Decorrenza. (pag. 995)
- Benefici contributivi in favore dei perseguitati razziali - Ricostituzione pensione - Accessori del credito previdenziale - Rivalutazione - Non spettanza - Interessi legali - Spettanza dalla decorrenza della pensione - Infondatezza - Decorrenza dal 120° giorno

dall'acquisizione della delibera della Commissione *ex* L. n. 96/1955 successiva alla domanda amministrativa. (pag. 1064)

- Coadiutore di impresa artigiana - Automaticità delle prestazioni - Esclusione. (pag. 1042)
- Dirigenti *ex* INAM - Indennità di funzione - Inserimento nella base di calcolo del trattamento di quiescenza - Conseguimento della qualifica dirigenziale in virtù di benefici combattentistici - Diritto all'inserimento dell'indennità di funzione nella base di calcolo della pensione - Insussistenza. (pag. 1015)
- Indebita percezione per concomitante percezione di redditi da lavoro - Regime di totale cumulabilità *ex* art. 44 comma 2 L. 289/2002 - Sanabilità degli indebiti maturati anteriormente alla nuova normativa - Esclusione. (pag. 1068)
- Indennità di accompagnamento - Sottoposizione a trattamento chemioterapico - Sufficienza ai fini del conseguimento della prestazione - Esclusione - Accertamento concreto della effettiva insorgenza delle condizioni previste dall'art. 1 della L. n. 18 del 1990 - Necessità. (pag. 1018)
- Pensione di inabilità - Diritto - Soggetto già titolare di pensione di vecchiaia - Insussistenza - Fondamento. (pag. 1029)
- Pensione di reversibilità - Richiedente uxoricida - Spettanza - Esclusione. (pag. 1091)
- Richiesta di declaratoria di irripetibilità dell'indebito - Regime decadenziale *ex* art. 47 DPR 639/70 e art. 4 DL 384/92 conv. in L. 488/92 - Applicabilità. (pag. 1068)
- Rivalutazione contributiva per esposizione all'amianto - Coefficiente pari ad 1,5 utile ai fini del diritto e della misura della pensione - Applicabilità a coloro i quali non hanno presentato domanda amministrativa di prestazione al 2 ottobre 2003 - Esclusione - Illegittimità costituzionale - Inammissibilità della questione. (pag. 1000)

PERSONA FISICA E DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

- Riservatezza (privacy) in genere - Videosorveglianza - Luogo diverso dal domicilio - Violazione - Insussistenza - Condizioni. (pag. 987)

PRESTAZIONI

- Assegno sociale - Cittadino straniero - Requisiti - Possesso della carta di soggiorno. (pag. 1071)
- Assegno sociale - Coniugi separati conviventi di fatto - Spettanza beneficio - Esclusione. (pag. 1096)

- Assicurazione contro la disoccupazione - Involontarietà dello stato di disoccupazione - Sussistenza in caso di dimissioni per giusta causa - Nozione - Dimissioni volontarie per motivi di salute - Esclusione. (pag. 1009)
- Assicurazione contro la disoccupazione - Trattamento speciale di disoccupazione - Ritardo nel pagamento - Conseguenze. (pag. 1031)

PREVIDENZA (ASSICURAZIONI SOCIALI)

- Contributi assicurativi - Categorie - Attività di investigatore privato - Individuazione - Inquadramento - Settore commercio - Configurabilità. (pag. 1024)
- Contributi assicurativi - Soggetti obbligati - In genere - Società cooperative - Obbligo contributivo a carico della società - Soci lavoratori - Equiparazione ai lavoratori subordinati - Sussistenza. (pag. 1010)
- Contributi assicurativi - Soggetti obbligati - In genere - Società cooperative artigiane - Obbligo contributivo per i soci lavoratori presso l'AGO - Sussistenza. (pag. 1033)

PROCESSO CIVILE

- Opposizione a cartella di pagamento per vizi propri - Natura di opposizione agli atti esecutivi - Termine di impugnativa *ex art. 617 c.p.c.* (pag. 1040)
- Richiesta di esibizione di documenti ai sensi dell'art. 210 c.p.c. - Condizioni. (pag. 1020)
- Rito del lavoro - Ammissione di mezzi di prova - Potere d'ufficio del giudice - Sussistenza - Motivazione - Necessità - Presupposti. (pag. 1020)
- Ultrapetizione - Domanda volta all'accertamento del diritto all'assegno ordinario di invalidità - Riconoscimento giudiziale della pensione di inabilità - Sussistenza. (pag. 1029)

RESPONSABILITÀ CIVILE

- Erronee informazioni - Mero estratto meccanografico - Responsabilità *ex art. 54 L.88/89 dell'INPS* - Non sussiste. (pag. 1053)

GIUSEPPE VIGNERA

Magistrato

**SULLA PROVVISORIA ESECUTIVITÀ EX ART. 648 C.P.C.:
I PRESUPPOSTI**

Sommario: 1. - Premessa. 2. - I presupposti della clausola ex art. 648 c.p.c. nella dottrina e nella giurisprudenza. 3. - (Segue) In particolare: sulla piena prova del credito quale presupposto positivo del potere ex art. 648 c.p.c. - 4. - (Segue) La natura di condanna con riserva della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo desunta dai suoi specifici effetti. 5. - (Segue) Irrilevanza del periculum in mora. 6. - (Segue) Conclusioni. 7. - La provvisoria esecutività parziale. 8. - Provvisoria esecutività e cauzione.

1. — Premessa

“La provvisoria esecutività (od esecutorietà) del decreto ingiuntivo può in via generale definirsi come l’istituto (concretantesi o in una clausola accessoria o in una qualità intrinseca del provvedimento monitorio), in virtù del quale il decreto stesso costituisce titolo esecutivo *ex art. 474, comma 1, n. 1, c.p.c.* e titolo ipotecario *ex art. 655 c.p.c.*, sebbene siano ancora pendenti il termine per l’opposizione o il giudizio oppositivo introdotto dall’ingiunto *ex art. 645 c.p.c.*

L’istituto in parola, per meglio dire, si risolve nell’anticipazione degli effetti della sentenza (esecutiva) rigettante integralmente l’opposizione proponibile o già proposta avverso il decreto ingiuntivo, la quale (sentenza) fa acquistare al decreto - per l’appunto - la qualità di titolo esecutivo (comb. disp. artt. 474, comma 1, n. 1, e 653, comma 1, ultima parte) e quella di titolo ipotecario (art. 655 c.p.c.).

Gli artt. 642 e 648 c.p.c., più esattamente ed in particolare, disciplinano la provvisoria esecutorietà ‘ordinaria’ del decreto ingiuntivo, vale a dire quella prevista in via generale dalle disposizioni sul procedimento monitorio.

Le varie ipotesi divise dai predetti articoli sono accomunate dal fatto che la provvisoria esecutività consegue ad un provvedimento giudiziale accessorio all’ingiunzione di pagamento o di consegna *ex art. 641*, provvedimento (c.d. clausola di provvisoria esecutorietà) con il quale il giudice dell’ingiunzione *ex art. 637 c.p.c.* (nei casi previsti dall’art. 642) o il giudice istruttore della causa di opposizione (nelle ipotesi *ex art. 648*) autorizza (art. 642, comma 1) o concede (artt. 642, comma 2, e 648) l’esecuzione provvisoria del decreto.

Il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo *ex artt. 642 e 648 c.p.c.*, pertan-

to, rappresenta un atto a struttura complessa perchè si compone di due provvedimenti contenutisticamente diversi: quello (principale) contenente l'ingiunzione di pagamento o di consegna *ex art. 641* e quello (accessorio, nel senso che presuppone necessariamente quello principale) autorizzativo o concessivo della provvisoria esecutività.

La superiore puntualizzazione ci pare opportuna non solo perchè consente di confutare la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità relative, rispettivamente, alla questione sulla revocabilità *ex art. 649* della provvisoria esecutività concessa all'opposto decreto *ex art. 642 c.p.c.* ed al problema sulla provvisoria esecutività parziale *ex art. 648 c.p.c.*, ma anche perchè permette di distinguere i decreti ingiuntivi esecutivi *ex artt. 642 e 648 c.p.c.* [qualificabili (alla stregua di quanto testé detto) provvisoriamente esecutivi *ope iudicis*] da quelli provvisoriamente esecutivi *ope legis*" (1).

Esaminata in una precedente occasione la provvisoria esecutività *ex lege* del decreto ingiuntivo (2), affrontiamo adesso il secondo degli argomenti di un nostro studio *in itinere* che, una volta concluso (a Dio piacendo), ci dovrebbe portare ad acquisire una visione sistematica dell'istituto *de quo* il più possibile completa.

L'oggetto delle odierne considerazioni, più esattamente, è rappresentato dai presupposti della provvisoria esecutorietà *ex art. 648 c.p.c.* (3).

2. — *I presupposti della clausola ex art. 648 c.p.c. nella dottrina e nella giurisprudenza*

In base all'art. 648, comma 1, prima parte, c.p.c. "*il giudice istruttore, se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione, può concedere, con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del decreto, qualora non sia stata già concessa a norma dell'art. 642*" (4).

Com'è evidente, la legge indica così i presupposti negativi per la concessione all'opposto decreto della provvisoria esecuzione, rappresentati dall'assenza di una "*prova scritta o di pronta soluzione*" a fondamento dell'opposizione.

Alla stregua della disposizione suindicata, più precisamente, il giudice istruttore non potrà mai rendere il decreto provvisoriamente esecutivo, allorché:

A) le eccezioni proposte dall'opponente siano fondate su "*un documento scritto idoneo a provare, ai sensi degli artt. 2699 ss. c.c. l'inesistenza del fatto costitutivo del credito azionato ovvero l'esistenza di fatti modificativi, impeditivi o estintivi del medesimo*" (5);

(1) Abbiamo scritto queste cose in VIGNERA, *Sulla provvisoria esecutività ex lege del decreto ingiuntivo*, in *Informazione prev.*, 603-606.

(2) V. la nota precedente.

(3) I successivi argomenti di questo nostro studio saranno "*I presupposti della provvisoria esecutività ex art. 642 c.p.c.*" e "*Lo statuto della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo*".

(4) Si rammenta che l'art. 9 d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 ha aggiunto all'art. 648, comma 1., c.p.c. il seguente periodo: "*Il giudice concede l'esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo opposto limitatamente alle somme non contestate, salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali*".

Su tale previsione torneremo al par. 7.

(5) VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2000, 306-308, dove è possibile rinvenire altresì un'esauriente casistica.

B) le eccezioni stesse non abbiano bisogno di un'ulteriore istruzione (6).

“Quelli che si sono fino ad ora esaminati costituiscono i presupposti negativi - ovvero ostativi - per la concessione della provvisoria esecuzione; e, per la verità, sono anche i soli ad essere espressamente considerati dalla lettera della legge, tanto che a lungo si è dubitato della stessa possibilità di estrapolare dal sistema uno o più requisiti positivi ... Al riguardo, notevolissimo è stato l'apporto della dottrina, che, a quanto sembra, è riuscita a sensibilizzare, almeno in linea di massima, persino l'orientamento della Corte costituzionale e - sia pure con qualche incertezza - di una parte sempre più consistente della giurisprudenza di merito. In buona sostanza, nonostante sia fino a poco tempo addietro invalso il discutibile uso di concedere la provvisoria esecuzione sulla base della mera e semplicistica constatazione della carenza di una prova scritta” a fondamento dell'opposizione “e della presumibile eccessiva lunghezza dei tempi di soluzione della causa, può affermarsi che ha preso ormai piede l'interpretazione della necessità, per la concessione della provvisoria esecuzione di cui all'art. 648 c.p.c., del fumus boni iuris - o persino della piena prova del buon diritto, benché allo stato degli atti - del creditore procedente, da valutarsi alla stregua delle regole generali sulla ripartizione dell'onere della prova e sulle prove proprie dell'ordinario giudizio di cognizione” (7).

Più esattamente, mentre la giurisprudenza costituzionale riporta l'istituto *de quo* “nell'ambito dei provvedimenti cautelari, tanto che si è predicata la necessità anche del *periculum in mora*” (8), nella provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c. la dottrina tende invece a ravvisare un'ipotesi di **condanna con riserva** delle eccezioni del convenuto (9).

(6) “Si pensi al caso di una decisione su una questione di competenza del giudice del monitorio, o sull'eccezione di prescrizione presuntiva avverso cui la controparte non abbia reagito col deferimento del giuramento decisorio” ex art. 2960 c.c.: VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 310, nota 150.

(7) Così perspicuamente VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 312-313.

(8) VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 314-315.

(9) “La condanna con riserva è un istituto che oggi è stato sostituito dalla provvisoria esecutività dei provvedimenti interinali, ma una volta era un meccanismo spesso utilizzato, i cui elementi essenziali sono i seguenti: quando i fatti costitutivi sono provati documentalmente, il processo si spezza in due, e si ha una sentenza di accoglimento della domanda sulla base dei fatti costitutivi provati. Il processo poi prosegue sulle eccezioni. La disciplina completa del diritto controverso è data ovviamente dalla seconda sentenza che toglie efficacia alla prima, sempre che le eccezioni siano provate. La tecnica della condanna con riserva delle eccezioni continua ad essere prevista dall'art. 65 della legge sulla cambiale e dall'art. 57 della legge sull'assegno. Tali norme prevedono che, se le eccezioni sono di lunga indagine, il giudice emette, su istanza del creditore, sentenza provvisoria di condanna, con cauzione o senza. Analogamente dispone l'art. 35 c.p.c. con riferimento all'eccezione di compensazione. La sentenza di condanna con riserva ha la stessa funzione della esecuzione provvisoria ex art. 648 c.p.c.: chi chiede tutela deve necessariamente attendere la fine del processo, per vedersi concessa la tutela alla quale ha diritto. Se il processo dura a lungo, si aggrava la posizione dell'attore, il quale non solo aspetta il tempo necessario per provare i fatti costitutivi del suo diritto, ma deve aspettare il tempo relativo alla istruttoria sui fatti impeditivi, modificativi, estintivi, allegati dal convenuto. Ecco che allora l'art. 648 c.p.c. prevede che, se il processo deve andare avanti solo nell'interesse dell'obbligato, si può concedere al creditore l'esecuzione provvisoria. L'art. 648 c.p.c. non si può applicare ove, sulla base della contestazione dell'opponente, i fatti costitutivi non risultano né provati né ammessi. La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo può essere concessa solo quando i fatti costitutivi siano ammessi o provati,

3. — (Segue) *In particolare: sulla piena prova del credito quale presupposto positivo del potere ex art. 648 c.p.c.*

Quasi sempre, però, la configurazione (espressa o implicita) dell'ordinanza *ex art. 648 c.p.c.* quale condanna con riserva è il portato di una petizione di principio o, meglio, di un'affermazione di verità meramente assiomatica perchè non sorretta da adeguata dimostrazione logico-giuridica (10).

Per quanto ci risulta, infatti, l'unica giustificazione argomentativa data al riguardo è la seguente: *“in realtà il primo comma dell'art. 648, nell'escludere l'esecuzione provvisoria del decreto impugnato quando l'opposizione sia fondata su prova scritta, muove logicamente dal presupposto che esista un documento scritto del fatto costitutivo del credito consacrato dal decreto, idoneo a fornire al giudice la prova del fatto stesso, anche se contestato”* (11).

La mancanza di piena forza persuasiva di tale argomento appare evidente se si considera che ad esso sarebbe possibile [in ipotesi (12)] contrapporre il seguente ragionamento:

mentre vi è incertezza sulle eccezioni avanzate, e non può essere concessa quando l'opponente nega l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto, e questi non sono idoneamente provati, perché o si tratta di procedimento monitorio puro, o, pur trattandosi di procedimento monitorio spurio, la prova utilizzata è idonea ai sensi dell'art. 635 c.p.c. per ottenere il decreto ingiuntivo, ma non è idonea in un ordinario giudizio di cognizione”: LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 120-121.

È bene sottolineare che la (“classica”) condanna con riserva emanata con sentenza è soggetta al regime delle sentenze non definitive di merito e, conseguentemente, la sua impugnazione può essere immediata oppure differita *ex artt. 340 e 361 c.p.c.*: con tutta una serie di questioni in caso di impugnazione immediata, che invece non si pongono allorché la condanna con riserva viene pronunciata con ordinanza non impugnabile (come per l'appunto prevede l'art. 648 c.p.c.) (su questi profili v. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano 1989, 525 ss.

(10) Con riferimento all'ordinanza *ex art. 648*, comma 1, c.p.c. parlano espressamente di condanna con riserva, per esempio, CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, 50; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 614; SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., 344 ss.; VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 315 ss.

Nella stessa prospettiva, peraltro, sostanzialmente si pongono quanti affermano che l'ordinanza *ex art. 648*, comma 1, c.p.c. presuppone (non il *fumus boni iuris* della pretesa del creditore-opposto, ma) l'acquisizione della **prova piena** [perché fondata sui documenti indicati dagli artt. 2699-2720 c. c. ovvero sull'ammissione ad opera della controparte del credito menzionato in documenti privi di completa forza probatoria (quali, ad esempio, fatture commerciali o parcelle professionali)] **del fatto costitutivo del diritto** vantato dall'opposto: l'esistenza, cioè, di una situazione probatoria tale da consentire senz'altro **allo stato degli atti** l'accoglimento della sua domanda: v. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 179 ss.; GUARNIERI, *Sui presupposti per la concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo ex art. 648, comma 1° e 2°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 598, 601 ss.; RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 479 ss.

Nel medesimo senso v. in giurisprudenza Trib. Vercelli 18 aprile 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 2535; Trib. Firenze 2 agosto 1991, *Foro it.*, 1992, I, 1935; Trib. Roma 7 agosto 1991, *Foro it.*, 1992, I, 1933; Trib. Milano 20 luglio 1995, *Giur. merito*, 1996, I, 3.

(11) GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 179-180.

Lo stesso autore, peraltro smentisce sé stesso là dove scrive che il provvedimento concessivo dell'esecuzione provvisoria *ex art. 648 c.p.c.* *“per la sua natura cautelare ... non può ritenersi soggetto a ricorso per cassazione”* (GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 188-189).

(12) Intendiamo così precisare che proponiamo tale ragionamento, pur non condividendolo affatto.

a) l'art. 648, comma 1, c.p.c. prevede espressamente che il giudice istruttore può concedere l'esecuzione provvisoria del decreto "*qualora non sia stata già concessa a norma dell'art. 642*";

b) da quest'ultimo inciso può desumersi che i presupposti positivi del potere ex art. 648, comma 1, c.p.c. coincidono con quelli del corrispondente potere ex art. 642 c.p.c.;

c) nel richiamare il "*pericolo di grave pregiudizio nel ritardo*", l'art. 642, comma 2, c.p.c. postula la natura cautelare del provvedimento ivi considerato, il quale pertanto (alla stregua dei principi generali sulla tutela cautelare) presuppone il *periculum in mora* ed il (semplice) *fumus boni iuris* (13);

d) conseguentemente, **pure** l'esercizio del potere ex art. 648, comma 1, c.p.c. è condizionato (soltanto) dalla concomitante presenza di codesti presupposti (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) (14).

Quello stesso argomento, inoltre, potrebbe essere (sempre per pura ipotesi) "superato" con la considerazione che nel sistema del *processo d'ingiunzione in senso lato* (artt. 633-656 c.p.c.) (15) la nozione di "prova scritta" coincide con quella (per così dire "speciale") enucleabile dagli artt. 634-636 c.p.c.: di tal che per "paralizzare" la pronuncia della clausola di provvisoria esecutorietà ex art. 648, comma 1, c.p.c. sarebbe sufficiente che l'opposizione sia fondata su una "prova scritta ontologicamente corrispondente a quella data dal creditore in sede monitoria".

(13) In questo senso v. ultimamente LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 109-110.

Contra (nel senso che, anche là dove si richieda il *periculum in mora*, è pur sempre necessario che l'esistenza del credito risulti da "*una prova in senso proprio secondo le norme ordinarie*") RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 293.

(14) Così Trib. Catania 31 agosto 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 584, 593, che (all'esito di un discorso intriso di supponenza e di verbosità) ha così concluso: "*La provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto, ai sensi dell'art. 648 c.p.c., può essere concessa in due diverse ipotesi dai presupposti fra loro autonomi e complementari e cioè, o quando il creditore opposto abbia fornito la piena prova dei fatti costitutivi del credito e risulti la probabile infondatezza delle eccezioni dell'opponente, o quando il creditore opposto, a prescindere dalla particolare certezza del credito, possa allegare e provare il periculum in mora che a lui deriverebbe dal ritardo nella decisione, qualificato dal fumus boni iuris del suo diritto*".

Per la dottrina e la giurisprudenza che annettono all'istituto ex art. 648 c.p.c. natura (esclusivamente o anche) cautelare e che, conseguentemente, individuano i presupposti "positivi *de quibus* nel *fumus boni iuris* e nel *periculum in mora*" v. CATALDI, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo (nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito)*, Milano, 1999, 107 ss.

Orientata in tal senso è pure la giurisprudenza costituzionale: v. esemplificativamente Corte cost. 25 maggio 1989 n. 295, in *Foro it.*, 1989, I, 2391; Corte cost. 18 ottobre 2002 n. 428, in *Giur. cost.*, 2002, 3227; Corte cost. 20 luglio 2007 n. 306, in *Gazzetta Ufficiale*, Prima serie speciale, 25 luglio 2007 n. 29.

(15) Utilizza tale denominazione, per esempio, SCIACCHITANO, *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, 505, *passim*, spec. 506, 521.

Tale processo (*d'ingiunzione in senso lato*), com'è noto, si compone:

A) del *procedimento monitorio* o *d'ingiunzione in senso stretto*, costituito dal "*complesso degli atti processuali compresi fra il ricorso per ingiunzione (art. 638) e la notificazione del ricorso stesso e del decreto d'ingiunzione (art. 643), ovvero fra il ricorso ed il decreto di rigetto della domanda di ingiunzione (art. 640)*" (GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 31);

B) dell'eventuale *giudizio di opposizione*, costituito dal complesso degli atti processuali compresi tra l'opposizione ex art. 645 c.p.c. [o 650: opposizione tardiva] e la sentenza che decide l'opposizione medesima con il suo rigetto oppure con il suo accoglimento (totale o parziale) (art. 653 c.p.c.).

4. — (Segue) *La natura di condanna con riserva della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo desunta dai suoi specifici effetti*

A nostro avviso l'assimilazione alla condanna con riserva della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo (**tanto** di quella *ex art.* 648, comma 1, **quanto** di quella *ex art.* 642, comma 2, c.p.c.) può e deve desumersi **dagli effetti che l'ordinamento giuridico annette alla medesima** (provvisoria esecutorietà): i quali sono gli **stessi effetti** della sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva (16).

Infatti, **al pari della sentenza di condanna di primo grado** (cfr. art. 282 c.p.c.), pure i decreti dichiarati esecutivi a norma degli artt. 642 e 648 c.p.c. sono titoli esecutivi (v. art. 474, comma 2, n. 1, c.p.c.).

Inoltre, **al pari della sentenza di condanna di primo grado** (v. art. 2818, comma 1, c.c.) (17), pure i decreti dichiarati esecutivi a norma degli artt. 642 e 648 costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale sui beni del debitore (art. 655 c.p.c.).

Orbene!

Se alla provvisoria esecutorietà *de qua* conseguono i **medesimi effetti della sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva**, la sua pronuncia deve "in positivo" presupporre l'esistenza di una situazione probatoria tale che allo **stato degli atti** [se, cioè, il giudizio si dovesse concludere nel momento stesso in cui viene data la clausola *ex art.* 648 (o quella *ex art.* 642)] giustificerebbe l'accoglimento della domanda dell'attore-opposto e la correlativa emissione di una sentenza di condanna del convenuto-opponente provvisoriamente esecutiva: vale a dire, l'acquisizione della **prova piena** del fatto costitutivo del diritto vantato dalla parte opposta.

Precisato che non v'è coincidenza tra la nozione di prova legale (18) e quella di prova piena (19) [o completa, la quale può ben risultare pure da una prova libe-

(16) Tutti sanno che attualmente anche la sentenza di condanna di primo grado è provvisoriamente esecutiva *ex lege* (v. art. 282 c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 33 l. 26 novembre 1990 n. 353).

(17) "Non occorre che la sentenza sia passata in giudicato o sia esecutiva": GORLA-ZANELLI, *Pegno e ipoteche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, art. 2784-2899, Bologna-Roma, 1992, 284.

In giurisprudenza cfr. *ex plurimis* Cass. Sez. Un. 21 marzo 1967 n. 626, in *Foro it.*, 1967, 1, 696; Cass. 26 gennaio 1996 n. 584, in *Guida al diritto*, 2004, 40, 58.

(18) La nozione di **prova legale**, infatti, si contrappone a quella di **prova libera**: distinzione riguardante il "modo secondo il quale il giudice può formarsi il proprio convincimento" (VERDE, *Prova in genere (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 579, 601).

Più esattamente, per **prova legale** si intende quella vincolante il giudice in ordine all'accertamento di determinati fatti da essa rappresentati (per i diversi vincoli ipotizzabili a carico del giudice v. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1985, 165 ss., 225).

Prova libera, invece, vien detta quella rappresentativa di fatti, il cui accertamento è rimesso al prudente apprezzamento del giudice (COMOGLIO, *Le prove*, cit., 223 ss.; VERDE, *Prova in genere*, cit., 601).

(19) La **prova piena** viene contrapposta all'**argomento di prova**: distinzione riguardante, per così dire, il *quantum* erogabile da ciascun mezzo di prova ai fini dell'accertamento dei fatti controversi.

Per **prova piena** (o **prova completa** o **prova tout court**) si intende il mezzo di prova idoneo da sé solo (ed anche in contrasto con altri aventi pari dignità) a fondare il convincimento del giudice circa l'esistenza di un determinato fatto (idoneità solitamente riconosciuta alle c.d. prove tipiche: legali o libere che siano); e per **argomento di prova**, invece, il mezzo di prova privo *ex se* di tale idoneità (cfr. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 230-231; VERDE, *Prova in genere*, cit., 601-602).

ra: (20)], agli effetti *de quibus* la prova completa del credito può essere data:

A) o da uno dei documenti indicati dagli artt. 2699-2720 c.c. [alcuni dei quali, anzi, entro certi limiti costituiscono vere e proprie prove legali: v. specialmente artt. 2700 (21) e 2702 (22) c.c.];

B) **oppure** da un documento *ex se* privo (nel giudizio di opposizione) di efficienza dimostrativa [si pensi alla fattura commerciale (23) o alla parcella professionale (24)], ma integrato dalla non contestazione e/o dall'ammissione (posta in essere dalla controparte) del credito ivi menzionato;

C) **oppure** ancora da una pluralità di documenti (contenutisticamente convergenti) aventi *ex se* (cioè: singolarmente considerati) il valore di argomenti di prova.

Per quanto riguarda specificamente questi ultimi, ben sappiamo che la dottrina maggioritaria (25) sminuisce il loro valore, assegnando agli argomenti di prova la funzio-

(20) V. specificamente COMOGLIO, *Le prove*, cit., 230.

(21) COMOGLIO, *Le prove*, cit., 326 ss.

(22) COMOGLIO, *Le prove*, cit., 340 ss.

(23) V. Cass. 17 novembre 2003 n. 17371, in *Arch. civ.*, 2004, 1105: "Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo si configura come giudizio ordinario di cognizione e si svolge secondo le norme del procedimento ordinario nel quale incombe, secondo i principi generali in tema di onere della prova, a chi fa valere un diritto in giudizio il compito di fornire gli elementi probatori a sostegno della propria pretesa. Pertanto, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento di forniture, spetta a chi fa valere tale diritto fornire la prova del fatto costitutivo, non potendo la fattura e l'estratto delle scritture contabili, già costituenti titolo idoneo per l'emissione del decreto, costituire fonte di prova in favore della parte che li ha emessi; né è sufficiente la mancata contestazione dell'opponente, occorrendo, affinché un fatto possa considerarsi pacifico, che esso sia esplicitamente ammesso o che la difesa sia stata impostata su circostanze incompatibili con il riconoscimento e, con riferimento al comportamento extraprocessuale, non il mero silenzio, ma atti e fatti obiettivi di concludenza e serietà tali da assurgere a indizi non equivoci idonei, in concorso con altri, a fondare il convincimento del giudice".

(24) Cass. 30 luglio 2004 n. 14556, *Guida al diritto*, 2004, 41, 40: "In tema di opposizione a decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento di prestazioni professionali, la parcella corredata dal parere del competente Consiglio dell'Ordine di appartenenza del professionista, mentre ha valore di prova privilegiata e carattere vincolante per il giudice ai fini della pronuncia dell'ingiunzione, non ha - costituendo semplice dichiarazione unilaterale del professionista - valore probatorio nel successivo giudizio di opposizione, nel quale il creditore opposto assume la veste sostanziale di attore e su di lui incombono i relativi oneri probatori ex art. 2697 c.c., ove vi sia contestazione da parte dell'opponente in ordine all'effettività ed alla consistenza delle prestazioni eseguite o all'applicazione della tariffa pertinente ed alla rispondenza ad essa delle somme richieste. Al fine, inoltre, di determinare il suddetto onere probatorio a carico del professionista e di investire il giudice del potere-dovere di verificare la fondatezza della contestazione mossa dall'opponente, non è necessario che quest'ultima abbia carattere specifico, essendo sufficiente anche una contestazione di carattere generico".

(25) Per un quadro panoramico delle diverse opinioni sulla nozione di argomento di prova e sulla loro efficacia v. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 473 ss., di cui però con condividiamo affatto le conclusioni, allineate a quelle di CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 819 ss.

Costoro sostengono che la differenza specifica degli argomenti di prova rispetto alle prove in senso tecnico va ravvisata non già in una loro minore efficacia probatoria, bensì nella loro inidoneità (per quanto persuasivi possano sembrare) a legittimare il giudizio di superfluità nei confronti dell'of-

ne di strumento di verifica dell'attendibilità delle prove in senso stretto: vale a dire, di elementi sussidiari e integrativi di convincimento, i quali come tali sono insuscettibili di essere valutati in assenza di prove in senso proprio e, conseguentemente, sono *ex se* idonei a fondare il convincimento del giudice, anche se cumulativamente considerati (26).

A nostro avviso, però, a quella suindicata va preferita la tesi recepita dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, che riconosce sostanzialmente all'argomento di prova un'efficacia analoga a quella assegnata all'indizio ai fini dell'integrazione della prova logico-presuntiva (27): esso, cioè, isolatamente considerato non è idoneo a determinare il convincimento del giudice, ma lo diventa unitamente ad un altro elemento della stessa specie (28).

ferta di ulteriori mezzi istruttori, (giudizio) implicito nei provvedimenti di chiusura dell'assunzione delle prove *ex art.* 209, ultima parte, c.p.c. e /o di rimessione della causa in decisione *ex art.* 187, comma 1., c.p.c.

Codesta ricostruzione a noi pare palesemente artificiosa perchè dall'art. 116 c.p.c. (*Valutazione delle prove*) si desume incontrovertibilmente che la differenza tra prove ed argomenti di prova rileva nella fase di **decisione** della causa e non già in quella di istruzione della stessa (come, invece, erroneamente postula la tesi avversata).

In questa più corretta prospettiva (decisoria), invece, si pongono solitamente la dottrina e la giurisprudenza: i cui principali orientamenti sintetizzeremo tra poco nel testo.

(26) V. per tutti RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1036 ss.

Nello stesso senso, per esempio, Cass. 5 febbraio 2003 n. 1672, in *Foro it.*, 2003, 1, 2106: "*La contestazione generica non equivale ad ammissione, da parte del convenuto, della sussistenza dei fatti affermati dall'attore, sicché essa, potendo eventualmente integrare violazione del dovere di lealtà processuale, può essere discrezionalmente valutata, attenendo al contegno della parte nel processo, come semplice argomento di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. ed essere utilizzata, in quanto tale, soltanto come elemento aggiuntivo ed integrativo rispetto alle risultanze dei veri e propri mezzi di prova*".

(27) "*L'indizio ... non può acquisire ... l'efficacia di una prova libera per sola forza propria, ma richiede di combinarsi con altri elementi della stessa specie, uniformandosi ai requisiti (di gravità, di precisione e di concordanza) prescritti dall'art. 2729, 1° co, c.c. per l'integrazione di una presunzione semplice*": COMOGLIO, *Le prove*, cit., 230.

(28) V. Cass. 22 agosto 2006 n. 18224: "*Nel giudizio diretto ad ottenere una sentenza dichiarativa della paternità naturale, l'inidoneità, sancita dall'ultimo comma dell'art. 269 cod. civ., della sola dichiarazione della madre e della sola esistenza di rapporti tra questa ed il preteso padre all'epoca del concepimento a costituire prova della paternità stessa, non è assimilabile al divieto assoluto di utilizzazione di simili dichiarazioni, non potendosi escludere, coerentemente con il disposto del secondo comma dell'art. 116 cod. proc. civ. che il giudice possa utilizzarle, come argomento di prova, al pari di tutti gli altri comportamenti tenuti dalle parti medesime in corso di giudizio, coniugandone il contenuto con altri simili argomenti, così da fondare, sul risultato complessivamente ottenuto in tal guisa, il proprio legittimo convincimento*" (Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto che, tra tali ulteriori argomenti, rientra l'ingiustificato rifiuto della parte di sottoporsi ad esami ematologici); analogamente Cass. 24 marzo 2006 n. 6694; Cass. 17 gennaio 2002 n. 443, in *Giur. imposte*, 2002, 577; Cass. 26 marzo 1997 n. 2700.

Analoga a questa impostazione è l'opinione di GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1254 ss., spec. 1319 ss.

Alla stregua di quanto precede ci pare, invece, del tutto *contra legem* quella giurisprudenza, secondo cui "*l'art. 116 c.p.c., che attribuisce al giudice il potere di desumere argomenti di prova dal comportamento processuale delle parti, va inteso nel senso che tale comportamento non solo può orientare la valutazione del risultato di altri procedimenti probatori, ma può anche costituire unica e sufficiente fonte di prova*" (così, tra le più recenti, Cass. 16 luglio 2002 n. 10268, in *Arch. civ.*, 2003, 568).

5. — (Segue) *Irrilevanza del periculum in mora*

Seguendo le orme di certa dottrina (29), alcuni giudici di merito hanno desunto dall'art. 642, comma 2, c.p.c. la possibilità di concedere l'esecuzione provvisoria ex art. 648, comma 1, c.p.c. anche “*quando il creditore opposto, a prescindere dalla particolare certezza del credito, possa allegare e provare il periculum in mora che a lui deriverebbe dal ritardo nella decisione, qualificato dal fumus boni iuris del suo diritto*” (30).

Una simile conclusione va disattesa perché rappresenta il portato di una lettura superficiale ed asistemica dell'art. 642 c.p.c. (31).

Infatti:

a) il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora* potrebbero sicuramente giustificare la concessione a favore del creditore di un sequestro conservativo dei beni del debitore (ex art. 671 c.p.c) o di una misura cautelare avente ad oggetto somme di denaro [anticipatoria dell'efficacia esecutiva di una sentenza di condanna: cfr. art. 669 *duodecies* c.p.c. (32)];

b) poiché alla clausola di provvisoria esecutorietà conseguono effetti ben più “incisivi” di quelli propri di un provvedimento cautelare, consentendo al creditore **pure** l'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del debitore (con conseguente deroga a favore del creditore iscritto della *par condicio creditorum*), i presupposti dell'una devono essere logicamente diversi da quelli dell'altra, richiedendosi per la prima un *quid pluris*;

c) codesto *quid pluris* non può inerire al *periculum in mora* perché, qualunque sia la sua “gravità”, esso risulterebbe sempre e pienamente eliminato dagli effetti del sequestro conservativo divisati dall'art. 2906 c.c. o della misura cautelare avente ad oggetto somme di denaro (cfr. art. 669 *duodecies* c.p.c.);

d) dovendo, pertanto, il *quid pluris* in discorso riguardare il “grado” di verosimiglianza della pretesa sostanziale dedotta dal creditore, esso deve risolversi (attesa la testé segnalata **identità di effetti** tra il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e la sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva) in quella situazione di certezza allo stato degli atti, di cui abbiamo sopra parlato;

e) (anche) per la concessione della provvisoria esecutorietà ex art. 642, comma 2, c.p.c., quindi, non è sufficiente una qualunque “prova scritta” ex artt. 634-636 (legittimante di per sé soltanto la pronuncia del decreto ingiuntivo), essendo invece necessaria la presenza di una **prova piena** del fatto costitutivo del dedotto credito;

f) il *periculum in mora* richiesto dal predetto art. 642 serve **soltanto** a giustificare l'**anticipazione** nella fase monitoria (che si svolge *inaudita altera parte*) di una pronuncia postulante la fase processuale (di opposizione) svolgentesi nel contraddittorio delle parti [nel cui esclusivo ambito è possibile la valutazione (anche) del “grado” di

(29) PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 290, 303 ss.

(30) Così Trib. Catania 31 agosto 1992, già ricordata alla nota 14.

Analogamente Pret. Vercelli 25 novembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 535.

(31) Per l'irrelevanza del *periculum in mora* agli effetti ex art. 648 c.p.c. v. Trib. Vercelli 18 aprile 1991, in *Foro It.*, 1991, I, 2535 (da noi estesa); VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 321 ss.

(32) Per un riesame critico delle vetuste opinioni postulanti un'incompatibilità tra tutela cautelare e procedimento monitorio v. FRUS, *Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 557 ss.

fondatezza delle eventuali eccezioni del debitore]: di tal che risulta incongruo riferirsi a quel *periculum* per l'individuazione dei presupposti di una pronuncia istituzionalmente propria del giudice dell'opposizione.

6. — (Segue) Conclusioni

Alla stregua di quanto precede, quindi, all'ordinanza concessiva della provvisoria esecutività *ex art.* 648, comma 1, prima parte, c.p.c. va senz'altro riconosciuta la natura di condanna con riserva.

I suoi presupposti, infatti, vanno individuati esclusivamente:

a) nella circostanza che il fatto costitutivo del diritto vantato dalla parte opposta risulti allo stato "supportata" (non da un semplice *fumus boni iuris*, ma) da una **prova piena** e, come tale, idonea a consentire senz'altro allo stato degli atti l'accoglimento della sua domanda;

b) nella circostanza ("eguale e contraria" alla precedente) che le eccezioni di rito e/o di merito della parte opponente non siano fondate su prova scritta o di pronta soluzione;

c) nel fatto che "*non sussistono gravi motivi in contrario*" [siccome inducono a concludere la considerazione della natura discrezionale del potere *de quo* (33) e/o un'applicazione analogica dell'art. 665, comma 1, c.p.c. (34)].

(33) Così sostanzialmente GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 183 ("Il potere attribuito al giudice istruttore dall'art. 648, primo comma, ha carattere discrezionale; quando l'opposizione non sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione, il giudice istruttore deve perciò valutare l'opportunità di una esecuzione provvisoria del decreto ed astenersi dall'autorizzarla, quando vi sia pericolo che l'opponente non sia in grado di conseguire la restituzione di quanto non fosse in realtà debitore, o che l'esecuzione gli provochi comunque un danno irreparabile").

L'esistenza di codesto presupposto è sostanzialmente ammessa pure da SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., 573, secondo cui la condanna con riserva non dovrebbe essere mai pronunciata, allorché nella difesa dell'opponente siano configurabili "i requisiti che legittimerebbero l'emanazione di un provvedimento cautelare in favore del debitore (perché la difesa, per quanto di lunga indagine, appare, secondo una deliberazione sommaria, verosimilmente fondata - *fumus boni iuris* -, e perché l'emanazione di una condanna con riserva provvisoriamente esecutiva recherebbe al debitore grave e irreparabile danno - *periculum in mora* -)": ricostruzione contenutistica dei gravi motivi *de quibus*, codesta, che condividiamo senz'altro.

(34) *Contra* VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 323-324: "le ragioni di mero fatto avanzate dal debitore (i gravi motivi ostativi) non sembrano poter ricevere tutela, soprattutto dinanzi alla prova della sussistenza del buon diritto del creditore. In altri termini, quand'anche al debitore potesse derivare un grave - o finanche un gravissimo - danno dalla esecuzione provvisoria, non si rinviene alcun valido motivo in punto di diritto per negare quest'ultima e non consentire l'anticipazione della soccombenza, ove il creditore abbia provato, nei sensi suddetti, di aver ragione".

Con tali parole, però, quei valenti autori obliterano la discrezionalità del potere in discorso e ... cadono pure in contraddizione con una loro precedente affermazione ("l'ordinanza di esecuzione provvisoria ha natura sostanzialmente analoga a quella dell'ordinanza provvisoria di rilascio": così a pag. 323), che avrebbe giustificato *in subiecta materia* l'applicazione analogica dell'art. 665, comma 1, c.p.c.

Mette conto, infine, rimarcare che la natura di condanna con riserva è stata in alcune recenti pronunce di legittimità riconosciuta al decreto ingiuntivo *tout court* (*id est*: anche non provvisoriamente esecutivo ex artt. 642 o 648 c.p.c.) (35).

Codesta generalizzazione, nondimeno, non è affatto corretta perché il decreto ingiuntivo può essere emesso pure sulla base di documenti **non** aventi efficacia probatoria piena (36): “*requisito costante (ma non sufficiente) della condanna con riserva*” in senso tecnico, viceversa, è proprio la **prova piena** dei fatti costitutivi (37).

7. — La provvisoria esecutività parziale

Dottrina e giurisprudenza (38) hanno in prevalenza escluso la possibilità di una provvisoria esecutività parziale dell'opposto decreto: la sussistenza, cioè, di un potere del giudice istruttore di dichiarare il decreto provvisoriamente esecutivo ex art. 648,

(35) V. Cass. 11 maggio 2005 n. 9876, in *Giur. it.*, 2006, 1670: “*In tema di effetti del giudizio di rinvio sul giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, qualora alla pronuncia del decreto sia seguita opposizione, questa sia stata accolta, e la sentenza di merito sia stata a sua volta cassata con rinvio dalla Corte di Cassazione, alla mancata riassunzione del giudizio in sede di rinvio consegue non già l'estinzione dell'intero procedimento, giusta il disposto dell'art. 393 c.p.c., bensì l'applicazione della specifica disciplina di cui al successivo art. 653 c.p.c., a mente del quale in caso di estinzione del processo di opposizione 'il decreto che non ne sia già munito acquista efficacia esecutiva, che ripone la sua ragion d'essere nella natura di condanna con riserva del decreto d'ingiunzione, sicché all'estinzione del procedimento di rinvio per mancata riassunzione consegue l'efficacia esecutiva del decreto medesimo. Né può verificarsi la prescrizione del diritto (ove dall'inizio del procedimento monitorio sia trascorso il tempo necessario per la prescrizione), mettendo nel nulla l'effetto sospensivo permanente previsto dall'art. 2945 c.c., atteso che per il disposto della norma citata (allo stesso modo di quanto statuito dall'art. 338 c.p.c. nel caso di estinzione del giudizio d'appello e passaggio in giudicato della sentenza impugnata) l'estinzione del processo consuma il diritto d'opposizione e non incide sul decreto opposto*”.

Analogamente Cass. 25 marzo 2003, n. 4378, in *Arch. civ.*, 2004, 126.

Ricordiamo che Cass. 15 maggio 2007 n. 11095, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1854, a seguito di una completa ricostruzione sistematica della struttura del giudizio di rinvio e dei rapporti intercorrenti tra le diverse norme processuali in tema di estinzione, ha letteralmente “disintegrato” le conclusioni prospettate (con una superficialità sconcertante!) nelle due superiori pronunce, enunciando il seguente principio di diritto: “*In tema di effetti del giudizio di rinvio sul giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, qualora alla pronuncia del decreto sia seguita opposizione e questa sia stata accolta, e successivamente la sentenza di merito sia stata a sua volta cassata con rinvio dalla Corte di cassazione, nel caso in cui il processo non sia stato riassunto in termine non deve trovare applicazione il disposto dell'art. 653 c.p.c. a mente del quale a seguito dell'estinzione del processo di opposizione 'il decreto che non ne sia munito acquista efficacia esecutiva, ma il disposto dell'art. 393 c.p.c., alla stregua del quale alla mancata riassunzione del giudizio in sede di rinvio consegue l'estinzione dell'intero procedimento e, quindi, l'inefficacia anche del decreto ingiuntivo opposto*”.

(36) Si pensi ad alle fatture commerciali (v. Cass. 17 novembre 2003 n. 17371, in *Arch. civ.*, 2004, 1105) o alle parcelle professionali corredate dal parere espresso dal competente consiglio dell'ordine di appartenenza del professionista emittente (cfr. Cass. 30 luglio 2004 n. 14556, in *Guida al diritto*, 2004, 41, 40).

(37) V. per tutti SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., 400 ss.

(38) Per lo stato della dottrina e della giurisprudenza in argomento v. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 493 ss.

comma 1, c.p.c. limitatamente ad una parte del *quantum* costituente l'oggetto dell'ingiunzione ex art. 641, comma 1, c.p.c. (39).

A sostegno di tale tesi è stato fondamentalmente affermato che il giudice istruttore non può dare l'esecuzione provvisoria ex art. 648 c.p.c. *“per una somma inferiore a quella indicata nel decreto ingiuntivo, perchè ciò comporterebbe l'esercizio di quel potere di modificare il decreto, che non è consentito in quella sede”* (40).

Così ragionando, però, si omette di considerare che:

a) il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ex artt. 642 e 648 c.p.c. rappresenta un atto a struttura complessa perchè si compone di **due** provvedimenti contenutisticamente diversi: quello (principale) contenente l'ingiunzione di pagamento o di consegna ex art. 641 e quello (accessorio) autorizzativo o concessivo della provvisoria esecutività (41);

b) la clausola concessiva dell'esecuzione provvisoria, pertanto, **si aggiunge** (senza intaccarla) all'ingiunzione ex art. 641, la quale non viene affatto modificata dal giudice istruttore nell'esercizio del suo potere ex art. 648 c.p.c. (42).

(39) *“Si osserva preliminarmente che, se il provvedimento monitorio contiene due ingiunzioni cumulate in un provvedimento unico che fa seguito ad un unico ricorso, in questo caso, attesa la circostanza essenziale costituita dalla presenza di distinti provvedimenti giurisdizionali, solo formalmente raccolti in un unico atto, non v'ha dubbio che il giudice possa concedere, limitatamente ad una parte del decreto formalmente unico, la provvisoria esecuzione ex art. 648. Ciò, quando tale parte del decreto corrisponda a distinta domanda giudiziale. Altrettanto si ritiene che il giudice possa non concedere la provvisoria esecuzione rispetto all'altra parte del decreto concernente la domanda monitoria cumulata. Qui infatti la concessione della provvisoria esecuzione parziale del decreto è solo formale, dato che, in realtà, viene posta in essere una concessione della provvisoria esecuzione limitata ad uno dei provvedimenti monitori contenuti nel decreto, unico solo ab extrinseco. Differente appare il caso specifico nel quale l'opposto chieda la provvisoria esecuzione di parte del decreto emanato come unico (formalmente e sostanzialmente) provvedimento giurisdizionale relativo ad una unica domanda monitoria del creditore”* (così FRANCO, *Guida al procedimento di ingiunzione*, Milano, 1998, 809; analogamente GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 183).

Il problema di cui ci stiamo occupando, invece, riguarda proprio la possibilità di dichiarare l'opposto decreto provvisoriamente esecutivo ex art. 648 c.p.c. rispetto ad una frazione dell'**unico credito** dedotto dal ricorrente con la sua (unica) domanda monitoria.

(40) Così Cass. 21 maggio 2001 n. 6901, in *Foro it.*, 2001, I, 3167; conf. Cass. 14 ottobre 1966 n. 2453, in *Foro it.*, 1967, I, 2148; Cass. 7 luglio 1976 n. 2549, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1620.

Analogamente CATALDI, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo*, cit., 136; FRANCO, *Guida al procedimento di ingiunzione*, cit., 810-811; VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 332-333 (cui rinviamo per più complete informazioni bibliografiche).

Diversamente orientata sembra, invece, Cass. 4 maggio 1978 n. 2084, in *Foro it.*, 1979, I, 2725: *“La notificazione del decreto ingiuntivo, una volta effettuata, non deve essere reiterata ai fini dell'esecuzione forzata, essendo necessario solo che nel precetto si faccia menzione del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà: a tal fine e del tutto irrilevante che l'esecutorietà sia concessa per l'intera somma enunciata nel dispositivo o per una somma inferiore, per effetto di eventuali risultanze già acquisite nel giudizio di opposizione o a causa di fatti sopravvenuti (es: pagamenti parziali o estinzione parziale del debito per altre cause)”*.

(41) V. VIGNERA, *Sulla provvisoria esecutività ex lege del decreto ingiuntivo*, cit., 605.

(42) V. in tal senso CEA, *Sull'esecutorietà parziale del decreto ingiuntivo opposto (ovvero come si complica inutilmente un problema inesistente)*, in *Foro it.*, 2001, I, 3167, 3172; RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 493 ss.; VIGNERA, *Sulla provvisoria esecutività ex lege del decreto ingiuntivo*, cit., 606, nota 9.

Val la pena di ricordare, poi, che la Suprema Corte, ragionando (non correttamente) nel modo anzidetto ed assumendo **pure** (correttamente stavolta) che il decreto ingiuntivo può essere intaccato soltanto in sede decisoria, ha ritenuto che l'ordinanza concessiva dell'esecutività provvisoria per una somma inferiore a quella indicata nel decreto stesso abbia natura di sentenza e rimanga, *"pertanto, soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione e non al ricorso per Cassazione, come nella specie proposto"* (43).

La corritività di una simile deduzione è dimostrata dalle seguenti considerazioni:

A) essa (deduzione) si pone in flagrante contraddizione con quanto risulta scritto nella stessa motivazione a proposito dell'assoluta irrilevanza sul giudizio di opposizione e sulla relativa sentenza dell'ordinanza che concede o nega la provvisoria esecuzione, la cui *"parzialità"* (dice la Cassazione) *"non può modificare la sua **ininfluenza sul giudizio ordinario**"*: per coerenza, invero, tale *"ininfluenza"* avrebbe dovuto indurre a far considerare quell'ordinanza *tamquam non esset* e non, invece, ... ad assimilarla agli effetti impugnatori alla sentenza di accoglimento parziale dell'opposizione (come è stato, per l'appunto, fatto con la pronuncia in contestazione!);

B) il provvedimento concessivo dell'esecutorietà parziale dell'opposto decreto ingiuntivo [a differenza di altri atti giurisdizionali, rispetto ai quali è stato affrontato il problema dei rimedi impugnatori avverso provvedimenti sostanzialmente decisori, ma aventi veste formale diversa dalla sentenza (44)] non può avere non solo apparenza, ma **neppure** sostanza decisoria, essendo emesso dal giudice istruttore in una fase processuale [che può precedere ... persino la designazione del giudice istruttore (45)], alla

(43) Cass. 21 maggio 2001 n. 6901, cit.

(44) Al riguardo v., ad esempio, Cass. 5 gennaio 2000 n. 55, in *Giur. it.*, 2001, 928; Cass. 29 settembre 1999 n. 10784.

(45) V. per tutti DI ROSA, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 2003, 352 ss.

Va qui precisato che dalla lettera dell'art. 648, comma 1, prima parte, c.p.c. (*"se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione"*) e dalla sua *ratio* (non far gravare sulla parte opposta il peso di un'istruzione probatoria finalizzata **esclusivamente** a dimostrare la fondatezza delle eccezioni dell'opponente) si desume inequivocabilmente come l'ordinanza ex art. 648, comma 1, c.p.c. possa essere pronunciata solo prima dell'inizio dell'istruzione probatoria in senso stretto (art. 184 c.p.c.): in questo senso VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 336.

Contra CATALDI, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo*, cit., 88, il quale (apoditticamente e senza alcuna considerazione dei dati logico-letterali dianzi prospettati) fissa nell'udienza fissata per la precisazione delle conclusioni il termine ultimo per l'esercizio del potere *de quo*; e specialmente RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 489, il quale rileva: *"Se propendiamo, pur con qualche dubbio, per la tesi contraria e non cronologicamente limitativa è perché l'argomento che correla l'eseguibilità ex art. 648 c.p.c. alla sola eventualità dell'assunzione di prove costituende porterebbe ad alcune implicazioni aberranti e, di conseguenza, inaccettabili: si pensi che, ad adottarlo nella sua integralità, bisognerebbe concludere che l'ordinanza non sia pronunciabile qualora l'opponente formuli un'opposizione non suffragata da alcuna istanza istruttoria e di per sé manifestamente infondata o, addirittura, che l'ordinanza non sia pronunciabile sino a quando non si sia certi se l'opponente chiederà o no l'assunzione di prove costituende (cosicché un callido debitore potrebbe attendere di formulare le proprie richieste istruttorie sino al termine di cui all'art. 184 c.p.c., certo che, sino a quel momento, non essendosi palesata l'esigenza di assunzione di prove orali, l'ordinanza dell'art. 648 c.p.c. non potrebbe essere data)"* [va da sé, naturalmente, che a seguito delle sostituzioni degli artt. 183 e 184 c.p.c. poste in essere dall'art. 2, comma 3, lettera c *ter*), d. l. 14 marzo 2005 n. 35, conv. con modificazioni nella l. 14 maggio 2005 n. 80, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettere a) e b), l. 28 dicembre 2005 n. 263, la menzione del *"termine di cui all'art. 184 c.p.c."* va oggi riferita a quello di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.].

quale è estraneo ogni suo potere di definire il giudizio di opposizione: conclusione, questa, ancor più evidente, allorché il potere *ex art. 648 c.p.c.* spetti ad un organo monocratico e quello decisorio ad un organo collegiale (46);

C) poiché nel pronunciare il provvedimento in discorso il giudice istruttore non intende assolutamente definire il giudizio di opposizione, quest'ultimo (specialmente quando nessuna delle parti abbia proposto immediatamente l'appello, di cui parla la Cassazione) ben potrebbe di fatto proseguire il suo corso e concludersi con una sentenza di merito *ex art. 653 c.p.c.* [di rigetto o di accoglimento (totale o parziale) dell'opposizione] di assai dubbia qualificazione: si tratterebbe, infatti, di una sentenza giuridicamente inesistente (perché pronunciata da un giudice, che aveva esaurito il proprio potere decisorio con la pronuncia del precedente provvedimento apparentemente emesso *ex art. 648*)? **oppure** di una sentenza valida e addirittura "prevalente" su quel precedente provvedimento (se destinati entrambi a passare in giudicato per mancata proposizione dell'appello)?

Questi ed altri quesiti (che è ben possibile immaginare) giustificano l'affermazione che la risposta data dalla Cassazione alla questione in parola "*complica inutilmente un problema inesistente*" (47).

A prescindere dalla considerazione che la fissazione del termine ultimo in discorso nell'inizio della (eventuale) istruzione probatoria non equivale affatto a "*correlare l'eseguibilità ex art. 648 c.p.c. alla sola eventualità dell'assunzione di prove costituenti*", francamente non riusciamo a comprendere perché le denunciate "*implicazioni aberranti*" dovrebbero far propendere per la tesi, secondo cui il termine ultimo per la pronuncia del provvedimento *ex art. 648 c.p.c.* è rappresentato dall'udienza di precisazione delle conclusioni.

Proprio questa soluzione, invero, non solo non previene, ma addirittura **incrementa** il rischio delle paventate "*callidità debitorie*": la prospettazione delle quali avrebbe dovuto indurre quello scrittore (come ha effettivamente indotto altri) ad affrontare la ben diversa questione relativa all'individuazione del momento (non finale, ma) iniziale per l'esercizio del potere in esame e, conseguentemente, alla possibilità o meno di provvedere sull'istanza *ex art. 648 c.p.c.* prima delle udienze e/o della scadenza dei termini divisati dalla legge in funzione della completa definizione della *litis contestatio* e/o delle deduzioni istruttorie [su tale questione e sulle varie soluzioni proposte in dottrina ed in giurisprudenza (*scilicet*: nel vigore degli artt. 180, 183 e 184 c.p.c. nei testi esistenti prima della loro sostituzione operata dall'art. 2 d. l. 14 marzo 2005 n. 35, conv. con modificazioni nella l. 14 maggio 2005 n. 80) v. l'opera della Di Rosa menzionata all'inizio di questa nota].

(46) Così succede ancora oggi nel "procedimento societario" *ex artt. 1, comma 3* ["*Salvo che nelle controversie di cui al comma 1, lettera e), il tribunale giudica a norma del Capo I del titolo II del presente decreto in composizione collegiale*"], e 2, comma 3, ultima parte ("*Ciascuna delle parti, al momento della costituzione, ovvero successivamente, può chiedere che sia designato il magistrato per l'adozione, previa convocazione delle parti, dei provvedimenti di cui agli articoli 648 e 649 del codice di procedura civile*"), d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, nel testo vigente a seguito delle modifiche introdotte dal d. lgs. 6 febbraio 2004 n. 37.

(47) Condividiamo, dunque, il sottotitolo ("*come si complica inutilmente un problema inesistente*"), dato da Cea al proprio scritto testé ricordato alla nota 42: scritto che, nondimeno, trascura del tutto i problemi teorici da noi qui prospettati, limitandosi quell'autore ad evidenziare gli inconvenienti pratici connessi alla soluzione del problema *de quo* divisata dalla Suprema Corte (inconvenienti pratici che, però, erano già stati messi in chiaro risalto da DALMOTTO, *Sulla provvisoria esecuzione parziale dei decreti ingiuntivi*, in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, 51).

A risolvere (per alcuni) o a complicare (per altri) codesta questione è intervenuto l'art. 9 d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, il quale ha aggiunto all'art. 648, comma 1, c.p.c. il seguente periodo: *“Il giudice concede l'esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo opposto limitatamente alle somme non contestate, salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali”*.

Puntualmente è stato osservato che *“tale previsione smentisce, a livello sistematico, il ‘dogma’ dell'intangibilità del decreto ingiuntivo in corso di causa, confermando la distinguibilità, sul piano ontologico, tra gli interventi sul titolo, o meglio sulla relativa portata cognitiva, e quelli ad oggetto dell'efficacia esecutiva dello stesso, questi ultimi perfettamente compatibili, anche se provvisoriamente riduttivi, con la persistenza del provvedimento opposto fino alla decisione finale”* (48).

A nostro avviso, pertanto, in virtù della superiore disposizione il problema in discorso può intendersi definitivamente risolto in senso affermativo.

Non può, infatti, essere condivisa la tesi, secondo cui con la predetta modifica dell'art. 648 c.p.c. il legislatore ha voluto sancire *“l'inammissibilità del provvedimento parziale al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista”* (quella delle somme non contestate) (49).

Il significato sistematico della norma *de qua*, invero, a noi pare ben diverso.

“Limitatamente alle somme non contestate”, cioè, il giudice *“concede”* (*id est: deve* concedere *“salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali”*) all'opposto decreto la provvisoria esecutività parziale: la cui pronuncia, quindi, è in tal caso **obbligatoria**.

Negli altri casi, invece, la concessione dell'esecuzione provvisoria parziale è meramente **discrezionale** perché soggiace alla disciplina di cui alla prima parte dell'art. 648, comma 1, c.p.c.: in base alla quale (disciplina) *“il giudice istruttore ... può concedere”* l'esecuzione stessa in presenza dei relativi presupposti (espliciti ed impliciti, di cui abbiamo sopra diffusamente parlato).

8. — *Provvisoria esecutività e cauzione*

Nella sua formulazione originaria l'art. 648, comma 2, c.p.c. prevedeva che il giudice istruttore *“deve in ogni caso concederla”* (scilicet: *“l'esecuzione provvisoria del decreto”*, di cui parla il comma 1), *“se la parte che l'ha chiesta offre cauzione per l'ammontare delle eventuali restituzioni, spese e danni”*.

Nel 1984 la Consulta (50), rinnegando (come difficilmente fa) gli argomenti posti a fondamento di sue precedenti pronunce di rigetto (51), ha dichiarato, *“l'illegittimità*

(48) Così la parte motiva di Cass. 10 febbraio 2006 n. 3012, in *Foro it.*, 2006, I, 2049.

(49) V. Trib. Verona 18 agosto 2003, in *Giur. merito*, 2004, I, 1118.

Analogamente Trib. Legnano 18 febbraio 2003; Trib. Catania 18 luglio 2006.

(50) Corte cost. 4 maggio 1984 n. 137, in *Foro it.*, 1984, I, 1775.

(51) V. Corte cost. 1° giugno 1966 n. 62, in *Giur. cost.*, 1966, 931; Corte cost. 12 febbraio 1969 n. 17, in *Foro it.*, 1969, I, 821.

Su tali decisioni v. GARBAGNATI, *La dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 648, 2° comma, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, I.

costituzionale dell'art. 648, comma secondo, c.p.c. nella parte in cui dispone che nel giudizio di opposizione il giudice istruttore, se la parte che ha chiesto l'esecuzione provvisoria del decreto d'ingiunzione offre cauzione per l'ammontare delle eventuali restituzioni, spese e danni, **debba e non già possa** concederla sol dopo aver deliberato gli elementi probatori di cui all'art. 648, comma primo, e la corrispondenza della offerta cauzione all'entità degli oggetti indicati nel comma secondo dello stesso art. 648".

Questa sentenza, se ha avuto il merito di "restituire al giudice istruttore il potere di decidere di cui l'art. 648, secondo comma, l'aveva privato" (52), nella sua motivazione [che "non è certo delle più chiare" (53)] non offre elementi idonei a ricostruire univocamente le conseguenze sistematiche da essa (sentenza) derivanti.

A questo riguardo è possibile "registrare" tre diversi orientamenti.

In base al primo, più esattamente, l'offerta di cauzione ex art. 648, comma 2, c.p.c. potrebbe giustificare la concessione della provvisoria esecutorietà allorché l'opposto, **pur** non disponendo allo stato di una prova documentale **piena** dei fatti costitutivi del suo credito, adduca (oltre al *fumus boni iuris*) l'esistenza di un *periculum in mora* (54).

Codesta lettura, tuttavia, non è affatto condivisibile perché finisce con l'assegnare all'istituto *de quo* una valenza cautelare, che invece non può avere: come abbiamo cercato di dimostrare nelle pagine precedenti.

All'orientamento suindicato si contrappone quello, secondo cui dopo la suindicata pronuncia l'art. 648, comma 2, c.p.c. non ha conservato alcun autonomo valore normativo, non conferendo "all'organo giurisdizionale un potere di contenuto diverso da quello che già gli spetta in base al primo comma del medesimo articolo" (55): di guisa che "quella che formalmente figura come una 'manipolazione' parziale dell'art. 648, secondo comma, operata dalla Corte costituzionale, si risolve in realtà in una sua totale ablazione, poiché nel nuovo testo manipolato non può individuarsi alcuna norma giuridica, che si distingua dalle statuizioni normative, già contenute nel comma precedente" (56).

Questa tesi, tuttavia, è smentita dal "diritto vivente" (da cui - piaccia o non piaccia - non si può prescindere), caratterizzato da una *perpetuatio* del potere impositivo della cauzione divisato dall'art. 648, comma 2, c.p.c. (57): sicché il suo contenuto normativo

(52) Così si legge nella motivazione della sentenza *de qua*.

Per rendersi conto dell'esattezza della superiore affermazione v. Cass. 24 marzo 1975 n. 1107, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1143: "Le ordinanze con le quali, a norma del primo e del secondo comma dell'art 648 cod. proc. civ., viene disposta l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo, hanno natura diversa, poiché mentre l'ordinanza prevista dal primo comma della citata norma, presuppone che l'opposizione non sia fondata su prova scritta o sia di pronta soluzione ed ha carattere discrezionale, l'ordinanza prevista dal secondo comma costituisce un atto dovuto e presuppone che la parte che la ha richiesta abbia offerto cauzione per l'ammontare delle eventuali restituzioni, per le spese e per i danni. Da tanto consegue che il rigetto dell'istanza di esecuzione provvisoria proposta senza offerta di cauzione, ai sensi del primo comma dell'art 648 cod. proc. civ., non preclude alla parte di riproporre l'istanza di sospensione accompagnata da tale offerta".

(53) Son parole di PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 290.

(54) PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 304-305.

(55) GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 186.

(56) Così conclude GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 188.

(57) V. Cass. 2 dicembre 1992 n. 12861, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1694; Cass. 12 marzo 2001 n. 3582; Cass. 5 giugno 2007 n. 13069.

sicuramente “sopravvive”, atteso che l’art. 119 c.p.c. non contempla affatto un generale potere giudiziale *in subiecta materia* (58) e considerato che, conseguentemente, la cauzione “può essere imposta dal giudice soltanto nei casi previsti dalla legge” (59).

In base ad un terzo orientamento, infine, in virtù della sentenza in parola “l’offerta di cauzione da parte dell’opposto è diventata ora solo un elemento da prendere in considerazione, che non impedisce però al giudice di rifiutare la provvisoria esecutività” (60).

Condividiamo quest’ultima impostazione: con la precisazione che l’offerta di cauzione rappresenta lo strumento (o uno degli strumenti) dato alla parte opposta per influire sul convincimento del giudice istruttore in ordine all’insussistenza dei “*gravi motivi in contrario*” [rappresentati dalla verosimiglianza della fondatezza delle difese dell’opponente, pur di lunga indagine (61); oppure dal pericolo che l’esecuzione provochi all’opponente stesso un danno grave e irreparabile (62)]: la quale rappresenta uno dei presupposti dell’ordinanza concessiva della provvisoria esecutività ex art. 648, comma 1, prima parte, c.p.c. [come abbiamo visto sopra (63)].

(58) V. SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1993, 219-220.

(59) Così. Cass. 23 novembre 1999 n. 12967.

Alla luce di quanto detto, risulta contraddittoria la posizione di VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 325-326, i quali - da un lato - sostengono che la cauzione ex art. 648, comma 2, c.p.c. “è stata radiata dall’ordinamento, con la citata sentenza 137/84 della Corte costituzionale”; e - dall’altro lato - affermano che “la norma va ora letta nel senso che anche qualora vi sia tale offerta il potere discrezionale del giudice di concedere o meno l’ordinanza rimane integro, in modo non dissimile dalla fattispecie del co. 1°” (così trascurando di considerare che tale offerta sarebbe del tutto irrilevante, se l’art. 648, comma 2, fosse stato effettivamente “radiato” dall’ordinamento!).

(60) LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 121.

(61) Per CATALDI, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo*, cit., 150, l’offerta di cauzione costituirebbe una condotta processuale rilevante ex art. 116, comma 2, c.p.c. ai fini della prova del credito: “*affermazione che non è corretta e pericolosa, in quanto assicura valenza probatoria ad un contegno processuale della stessa parte che se ne vorrebbe giovare*” (son giuste parole di VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 326, nota 191).

(62) Per CONSOLO, *A proposito di ingiunzione esecutiva su cauzione*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 398, 403, l’offerta di cauzione renderebbe irrilevante proprio e solo il *periculum* per i danni che potrebbe subire l’opponente.

(63) V. par. 6, sub c).

ALESSIA TRONI

Cultrice della materia

**PREVIDENZA COMPLEMENTARE IN AMBITO COMUNITARIO E
FUNZIONALITÀ DEL CONTRATTO COLLETTIVO (*)**

Sommario:

Cenni introduttivi

- 1. - Analisi delle problematiche afferenti alla nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale di cui alla Direttiva 2003/41/CE e al decreto legislativo di recepimento n. 28/2007*
 - a. La previdenza complementare in Italia: aspetti generali*
 - b. La Direttiva 2003/41/CE*
 - i. Considerazioni preliminari sulle finalità della direttiva*
 - ii. La nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale. Aspetti storico comparativi*
 - c. Norme della direttiva e spunti per una riflessione critica*
 - i. Definizione di Stato membro ospitante*
 - ii. Attività transfrontaliera*
 - iii. Obblighi informativi nel caso di mutamenti rilevanti nell'ambito del diritto del lavoro e della previdenza sociale. Lettura congiunta dell'art. 20, comma 8 e dell'art. 20, comma 9*
 - iv. Sistema sanzionatorio. Art. 14, comma 4, d) così come richiamato dall'art. 20, comma 10*
 - d. Recepimento della Direttiva 2003/41/CE ad opera D.Lgs. 28/2007. L'attività transfrontaliera e la nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale*
- 2. - Analisi della funzione della contrattazione collettiva nella definizione del contenuto della nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale*
 - a. Necessità di armonizzazione della nozione*
 - b. Nucleo tematico generale ed eventuale nel decreto di recepimento: problematiche generali sul decreto interministeriale*
 - c. Contratto collettivo comunitario di efficacia pubblica e di efficacia privata ex art. 139, comma 2, del Trattato*
 - i. Il caso del nucleo tematico generale definito dal contratto collettivo comunitario*
 - ii. Il caso del nucleo tematico eventuale definito dal contratto collettivo comunitario*
 - d. Contrattazione collettiva aziendale su base comunitaria. Il caso del nucleo tematico eventuale definito dal contratto collettivo aziendale*

(*) Tesi di master di II livello. Diritto del lavoro, sindacale e della sicurezza sociale - Università Europea di Roma.

Cenni introduttivi

La scelta del titolo di questo lavoro, il quale non pretende d'essere una ricerca strutturata ma uno spunto di riflessione scaturito dal lavoro svolto durante il master, ha un raggio di estensione assai ampio che spazia dalla materia della previdenza pubblica e complementare sino alla contrattazione collettiva e al rapporto di lavoro.

Tuttavia ho deciso di affrontare la complessa materia della previdenza complementare, rispetto a cui darò breve cenno introduttivo, con particolare riferimento alle tematiche riferite all'attività transfrontaliera dei fondi pensioni (anche EPAP) così come recepite dal D.Lgs. 28/2007, integrativo del D.Lgs. 252/2005.

L'analisi ha inizio dall'espressione utilizzata dal D.Lgs. 28/2007 "diritto del lavoro e della previdenza sociale" riferita al criterio di riferimento adottato per la vigilanza sui fondi pensione che svolgono attività transfrontaliera.

La direttiva 2004/41/EC individua nella nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale il limite all'esercizio dell'attività transfrontaliera dell'EPAP e, al contempo, il criterio della vigilanza.

Tale nozione pertanto costituisce un limite oggettivo rimesso alla determinazione del singolo legislatore nazionale.

A tale proposito l'art. 15 *ter*, comma 4, 6, D.Lgs. 252/2005 così come riformato dall'art. 8 del D.lgs. 28/2007, individua quali norme di diritto del lavoro e della sicurezza sociale da rispettare quelle dettate dallo stesso decreto in tema di: destinatari, adesioni in forma collettiva, finanziamento, prestazioni, permanenza nella forma pensionistica complementare, cessazione dei requisiti di partecipazione, portabilità oltre che alle norme sugli obblighi informativi nei confronti degli aderenti e alle norme sulla trasparenza.

Non si tratta però di un *numerus clausus*, in quanto il legislatore ha previsto la possibilità di estendere l'elencazione di dette norme, sin anche alla previsione di norme sull'organizzazione e alla partecipazione, attraverso decreto interministeriale.

L'analisi che si intende condurre si sviluppa intorno a due punti.

Il primo dei quali è di carattere metodologico. Esso è volto ad individuare e ad analizzare il contesto e la ratio dell'espressione di "diritto del lavoro e della previdenza sociale" nella direttiva 2003/41/CE e il suo recepimento con il D.Lgs 28/2007.

Il secondo punto, di carattere contenutistico, coincide con lo scopo di questa analisi e in particolare con una riflessione riguardante la possibilità che la contrattazione collettiva in ambito europeo ex art. 139, comma 2 del trattato possa determinare il contenuto della nozione di norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale.

La considerazione, alla base della riflessione che ci si propone di condurre, trova fondamento nelle potenzialità della contrattazione collettiva europea nelle dinamiche di armonizzazione comunitaria delle discipline di interesse sociale di cui ne sono esempio gli accordi raggiunti in tema di tele-lavoro e di contratto a tempo determinato.

A questa considerazione ne segue, per immediata declinazione, che un'armonizzazione nella determinazione del contenuto di norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale consentirebbe di evitare la realizzazione di sistemi disequilibrati o perché troppo complessi e dunque di ostacolo all'attività degli EPAP o per converso non complessi e dunque con basse soglie di tutela per gli aderenti.

Le ricadute sono pertanto sia sociali che economiche in quanto interessano i diritti e i livelli di tutela degli aderenti nonché gli interessi delle imprese dislocate sul territorio europeo le quali traggono il vantaggio di potersi riferire ad un unico EPAP.

1. — Analisi delle problematiche afferenti alla nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale di cui alla Direttiva 2003/41/CE e al decreto legislativo di recepimento n. 28/2007

a) La previdenza complementare in Italia: aspetti generali

La prima regolazione di dettaglio dei fondi pensione si è avuta in Italia nel 1993 con il D.Lgs. 124/1993 (1).

Prima di questa data in Italia esistevano fondi appartenenti all'ambito dell'intermediazione finanziaria, bancaria e assicurativa, o legati all'organizzazione di multinazionali operanti in Italia o ad alcune categorie di lavoratori (fondi pensione preesistenti) (2). Essi trovavano proprio fondamento nel dettato dall'art. 38, comma 5, cost. e regolamentazione negli articoli 2117 e 2123 c.c.

Attualmente i fondi pensione sono regolati dal D.Lgs. 252/2005 attuativo della Legge delega 243/04, il quale ha rimodellato e per certi aspetti ridisegnato il sistema previdenziale complementare (3).

La scelta di potenziare la previdenza complementare si ricollega alla riforma del sistema di previdenza obbligatoria attuata a partire dagli anni novanta.

I fenomeni dell'allungamento della vita media e della diminuzione del tasso di natalità, infatti, sbilanciando in prospettiva il rapporto tra il numero dei pensionati e degli occupati, avevano indotto il legislatore a rivedere il sistema di calcolo delle pensioni obbligatorie al fine di ridurre la spesa pensionistica.

È stato così previsto il progressivo passaggio dal metodo retributivo (importo della pensione calcolato in percentuale degli ultimi stipendi percepiti) a quello contributivo (importo della pensione legato ai contributi versati) che comporta una significativa riduzione del tasso di sostituzione a parità di anzianità contributiva e anagrafica.

(1) M. MESSORI, *La previdenza complementare in Italia: un cenno introduttivo*, in *La previdenza complementare in Italia*, (a cura di) M. Messori, Il Mulino, 2006, 17 ss. Con la L. 124/1993 sono stati introdotti i fondi pensione con caratteristiche diverse rispetto ai fondi pensione preesistenti. La legge, infatti, aveva introdotto, garantendo il principio dell'adesione volontaria, fondi chiusi (Fpc) e fondi aperti (Fpa) vincolando la sola "scelta" dei lavoratori subordinati all'adesione ai primi. In questo modo la scelta dei lavoratori subordinati era vincolata ai soli schemi a contribuzione definita. I Fpc erano di natura contrattuale e prevedevano un'adesione collettiva. Per i Fpa, a cui erano indirizzati i lavoratori autonomi, l'adesione era individuale e la gestione del fondo era per lo più rimessa a banche ed assicurazioni.

(2) M. MESSORI, *op. ult. cit.* Tali fondi sono nati come fondi di carattere aziendale, i cui oneri nella gran parte dei casi erano a carico del solo datore di lavoro, non dando vita ad una separazione tra sponsor e fondo stesso.

(3) A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di parziale commento del D. lgs. 252/2005*, in *Prev. Ass. Pub. Priv.*, 2, 2006, 145 ss..

Il contesto socio economico, così come brevemente delineato, ha determinato di conseguenza uno spostamento dell'attenzione del legislatore italiano anche verso la definizione e determinazione delle forme pensionistiche complementari convinto di poter in questo modo favorire un bilanciamento tra previdenza pubblica e previdenza complementare e dunque poter garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 36 Cost.

La riforma da ultimo introdotta con il D.lgs. 252/2005, rispetto al D.lgs. 124/1993, cerca di incentivare il ricorso alle forme complementari di previdenza da parte dei lavoratori favorendo l'aumento delle adesioni e l'accrescimento dei flussi di finanziamento alla previdenza complementare attraverso l'istituto del conferimento del trattamento di fine rapporto (di seguito TFR), disponendo un più favorevole regime fiscale di contributi e prestazioni, prevedendo l'ampliamento delle opportunità di scelta per i lavoratori e l'adozione di strumenti volti ad assicurare un'adesione effettivamente consapevole e una più ampia libertà di circolazione all'interno del sistema.

Da un punto di vista soggettivo, il decreto interessa tutti i lavoratori dipendenti del settore privato e tutti i lavoratori autonomi; ad esclusione dei dipendenti pubblici, per i quali il decreto, in attuazione delle disposizioni della legge delega, prevede che, in attesa dell'emanazione di specifica disciplina, continua ad applicarsi quella previgente (D. Lgs. 124/1993).

Lo sviluppo del settore della previdenza complementare per i lavoratori dipendenti è in buona parte affidato dalla riforma al conferimento del TFR alle forme pensionistiche complementari, ivi comprese le forme pensionistiche individuali (pur se, per queste ultime forme, solo per effetto di scelta esplicita del lavoratore).

Viene quindi superato il vincolo normativo di destinazione del TFR solo a forme di natura collettiva, aspetto che caratterizzava, secondo la precedente normativa, la differenziazione tra fondo chiuso e fondo aperto.

Il decreto conferma, inoltre, il principio della libertà e volontarietà dell'adesione alle forme pensionistiche complementari. Tale principio trova applicazione anche nel caso di conferimento del TFR con modalità tacite (silenzio assenso), intendendosi il silenzio del lavoratore come manifestazione implicita di volontà cui viene collegato l'effetto dell'adesione alla forma pensionistica complementare individuata secondo i criteri fissati dal decreto (4).

Con riguardo all'assetto costitutivo e organizzativo delle forme pensionistiche complementari, il decreto interviene, sulla materia della *governance*, sia mediante la valorizzazione del ruolo di alcuni organi, sia prevedendo l'adozione di nuove figure in funzione di accrescimento della tutela dell'interesse degli iscritti (in particolare, per i fondi aperti, è disposta l'istituzione di un organismo di sorveglianza destinato a rappresentare adeguatamente gli interessi degli aderenti e a verificare che l'amministrazione e gestione del fondo si svolgano nell'esclusivo interesse degli stessi).

Molto più articolato, inoltre, rispetto al passato si presenta l'aspetto della contribuzione. Innanzi tutto è data facoltà al lavoratore di definire il contributo a proprio carico, ferma restando, nelle forme pensionistiche collettive, la competenza delle fonti

(4) P. SANDULLI, *Il conferimento tacito e non del TFR al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in *Previdenza complementare in Italia*, (a cura di) M. MESSORI, Il Mulino, 2006, 157 ss..

istitutive a stabilire la misura minima della contribuzione a carico dei lavoratori e del datore di lavoro. Il lavoratore a tale riguardo ha la possibilità di conferire alla previdenza complementare il solo TFR ma può altresì optare per il versamento anche di contributi propri che in questo caso, nei limiti e secondo le modalità previsti dai contratti e degli accordi collettivi danno allo stesso diritto alla contribuzione a carico del datore di lavoro.

Viene poi modificato il regime delle prestazioni, con la previsione della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica al conseguimento da parte dell'iscritto dei requisiti di accesso alla pensione obbligatoria, con almeno 5 anni di iscrizione alla previdenza complementare. Le prestazioni pensionistiche complementari possono essere erogate, a richiesta dell'iscritto, interamente in rendita oppure parte in capitale (fino ad un massimo del 50% della posizione maturata) e parte in rendita.

Anche la disciplina delle anticipazioni subisce significative modifiche.

Da un lato viene, infatti, fissato il limite massimo erogabile pari al 75 % della posizione maturata per le ipotesi di spese per gravi motivi di salute e acquisto e ristrutturazione della prima casa di abitazione, dall'altro viene eliminato il periodo minimo di partecipazione alla forma per ottenere il beneficio in caso di spese sanitarie. L'anticipazione, per tale fattispecie, può quindi essere richiesta *in qualsiasi momento* del rapporto di partecipazione.

In ultimo, vengono ampliate le causali che danno luogo al conseguimento del beneficio, prevedendone l'erogazione fino al massimo del 30 per cento della posizione anche per *altre esigenze del lavoratore*. Per le prestazioni pensionistiche e le anticipazioni conseguite per spese sanitarie, in ragione della rilevanza sociale degli interessi ad esse sottese, viene prevista l'applicazione dei limiti normativi alla cedibilità, pignorabilità e sequestrabilità in vigore per le pensioni di primo pilastro. Per lo stesso motivo, tali prestazioni sono sottoposte ad un regime fiscale particolarmente favorevole.

In ultimo, nel caso del trasferimento volontario della posizione ad altre forme, che potrà essere esercitato dall'iscritto decorsi due anni di partecipazione, il lavoratore ha diritto al versamento alla forma prescelta del TFR maturando e dell'eventuale contributo datoriale, nei limiti e secondo le modalità definite dalle fonti istitutive a carattere collettivo.

b) La Direttiva 2003/41/CE

i. Considerazioni preliminari sulle finalità della direttiva

Il fondamento giuridico della direttiva è da ricondursi agli artt. 47, comma 2, 55, 95, comma 1, del trattato (5) in tema di concorrenza e mercato.

La direttiva, infatti, sin dalle sue premesse, si pone quali obiettivi sia quello del completamento della disciplina di armonizzazione nel mercato interno dei servizi

(5) In generale sul tema della previdenza complementare e sulla materia della concorrenza si v. S. GIUBBONI, *La previdenza di base e complementare nella giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza*, in *Riv. Prev. Pubb. Priv.*, 1, 2002, 685 ss..

finanziari (6), sia quello della creazione di un sistema di norme comuni volte ad incentivare l'adesione e al contempo tutelare, attraverso sistemi di vigilanza, gli aderenti all'EPAP.

La necessità di dare vita ad un mercato interno di schemi pensionistici è da collegarsi al crescente rilievo economico e sociale che gli stessi hanno conquistato nel panorama economico e sociale europeo a seguito di un generale andamento di crisi dei sistemi di previdenza sociale di base dei singoli Stati membri.

Il fatto che le prestazioni pensionistiche di base, nella gran parte degli Stati membri, non siano più in grado di assicurare livelli di vita rapportabili a quelli goduti durante la vita lavorativa, ha determinato un crescente ricorso a schemi pensionistici integrativi (7).

La creazione di un mercato interno di schemi pensionistici, come precisa la stessa direttiva, non ha lo scopo di sostituire gli schemi pensionistici di base, ai quali è riconosciuta la funzione di garantire una protezione sociale sicura, durevole ed efficace, ma quello di dettare norme di sorveglianza comuni agli Stati membri atte a tutelare i diritti degli aderenti e beneficiari dello schema pensionistico aziendale o professionale.

La direttiva pone in essere una strategia di tutela dell'aderente che si muove su tre principali piani: uno propriamente finanziario, uno di carattere informativo e uno di carattere giuslavoristico.

Per quanto riguarda il primo aspetto, di cui se ne vuole dare un breve cenno, la direttiva pone al centro del sistema di tutela degli aderenti la definizione di criteri minimi finalizzati alla riduzione del rischio finanziario del sottofinanziamento il quale, oltre ad aver riflessi sul fondo pensione, fa ricadere direttamente sull'aderente il rischio della mancata erogazione della prestazione previdenziale. Gli Stati membri devono disporre che gli EPAP si attengano, per quanto riguarda il loro assetto finanziario ai principi di proporzionalità e sufficienza così come definiti dall'art. 15, comma 1 e 2 della direttiva.

Lo stesso articolo ai commi 3 e 4 richiede inoltre che i mezzi patrimoniali debbono essere calcolati annualmente mediante sistemi di computo eseguiti e certificati da soggetti specializzati, secondo metodi attuariali improntati alla prudenza (lettera a) del quarto comma), che è criterio da prendere in considerazione anche per il computo del tasso di interesse e delle tavole biometriche (lettere b e c del quarto comma).

La direttiva è di rilevante interesse, inoltre, nella prospettiva della tutela dei diritti di informazione spettanti agli aderenti e/o loro rappresentanti (art.li 10, 11 direttiva).

In particolare vi è il diritto degli aderenti e/o dei propri rappresentanti a ricevere il rendiconto annuale di cui all'art. 10 della direttiva e il diritto a ricevere ogni informazione relativa a modifiche regolamentari che afferiscono alla forma pensionistica cui si è aderito (comma 2 dell'art. 11 della direttiva). Vi è il diritto degli aderenti a ricevere infor-

(6) Si v. il considerando 3 della direttiva che rinvia alla Commissione europea, Messa in atto del quadro di azione per i servizi finanziari: piano di azione, Com (1999) 232; per i profili specifici dell'elaborazione comunitaria si v. il *Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation on the European Securities Markets*, Bruxelles, 15 febbraio 2001, elaborato dalla commissione dei saggi presieduta dal barone Lamfalussy.

(7) R. GALLO e L. PIATTI, *Previdenza complementare in Europa*, in *Previdenza complementare in Italia*, (a cura di) M. MESSORI, Il Mulino, 2006, 103 ss..

mazioni dettagliate e appropriate (8): sul livello della prestazione pensionistica posto come obiettivo e sul livello delle prestazioni successive alla cessazione del contratto di lavoro (lettere a e b del comma 4 dell'art. 11 della direttiva); nonché, nel caso di compartecipazione al rischio di investimento da parte dell'aderente, sull'assetto di opzioni di investimento, sul *portfolio* di investimenti sussistente, sull'esposizione al rischio e sui costi relativi all'investimento (lettera c del comma 4 dell'art. 11 della direttiva).

Sotto il profilo giuslavoristico la tutela dell'aderente è affidata al rispetto delle norme del diritto del lavoro e della previdenza sociale. Si dovrà notare, in questo senso, la trama normativa riferita al diritto del lavoro e della sicurezza sociale di cui all'art. 6 lettera j), oltre all'art. 20, primo comma, ottavo comma, nono comma, decimo comma, e all'art. 14, comma quarto, lettera d), della direttiva 2003/41/CE.

Secondo il legislatore comunitario tali norme dovrebbero efficacemente garantire il lavoratore aderente e, al contempo, permettere uno sviluppo del mercato dei fondi pensione transfrontalieri con benefici rilevanti per le imprese che operano in ambito comunitario (9).

Le imprese, infatti, possono trovarsi nella condizione di poter fare riferimento ad un'unica EPAP su tutto il territorio comunitario con un taglio cospicuo delle spese di gestione (10).

L'individuazione di che cosa si intenda per diritto del lavoro e della sicurezza sociale diviene pertanto di fondamentale importanza per poter capire come l'EPAP possa operare a livello transfrontaliero nel pieno rispetto delle norme poste a tutela del destinatario.

ii. La nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale. Aspetti storico comparativi

Individuare una definizione di diritto del lavoro e della previdenza sociale valevole per tutti quanti i paesi dell'unione europea risulta impresa non solo ardua ma quasi impossibile. Sono, infatti, riscontrabili differenti scuole di pensiero che si sono andate sviluppando nel tempo secondo indirizzi e direttive tra loro differenti (11).

(8) Nella versione inglese della direttiva si parla propriamente di informazioni "*detailed and substantial*".

(9) Sono, inoltre da segnalare a questo proposito le perplessità degli osservatori extracomunitari non tanto legate al progetto di creazione di un mercato interno dei fondi pensione quanto soprattutto alle diversità sia intermini di disciplina che di tassazione tra i diversi Stati membri. J. MARCHALL, "*The European Union Pension Directive: Implications for U.S. Business*" *Compensation and benefits review*, July-August, 2004 vol. 36, 41 ss..

(10) J. MARCHALL, *op.ult. cit.* afferma che "The directive opens the door to pan-European pension funds and cross-border provision. For companies choosing this route, there should be material cost savings. These will differ from company to company. BP, the oil company, for example, recently estimated annual savings of Euro 40 million. In addition, the EFRP recently concluded that significant cost savings could be achieved in investment, administration, compliance, expatriates and governance".

(11) Si tenga presente, ad esempio, che all'inizio del XX secolo la nozione di previdenza sociale, in alcuni Stati era una espressione senza un significato preciso in quanto collegata a tutto ciò che toccava la sfera del sociale e dunque della società. Oggi gli orientamenti si sono indirizzati verso una differente nozione che lungi dall'essere ricomprensiva di tutto ciò che attiene alla società si ricollega esclusivamente al rapporto di lavoro.

Il diritto del lavoro e della previdenza sociale non ha inoltre seguito processi di formazione e di diversificazione quali quelli degli ordinamenti common law o civil law, che consentono di differenziare con nettezza gli istituti dell'uno e dell'altro.

Il diritto del lavoro e della previdenza sociale ha seguito percorsi trasversali ed autonomi (12) tali da renderla materia relativamente contemporanea, nuova e in continua evoluzione.

Un punto di contatto e allo stesso tempo punto di partenza per la ricostruzione delle norme di diritto del lavoro della sicurezza sociale può essere individuato nel rapporto di lavoro. Attorno alla nozione di rapporto di lavoro è dato evincersi un primo nucleo di norme componenti il diritto del lavoro che può essere rappresentato dalle norme del contratto collettivo e da quelle del contratto individuale. Le norme di sicurezza sociale invece, pur potendole fare discendere dalla nozione di diritto del lavoro, ricondotta a quella di rapporto di lavoro, si estendono oggi ad ambiti di tutela di portata ben più ampia riconducibili al concetto di cittadinanza (13).

Per questo motivo la nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale a livello europeo pur potendola ricondurre a dati comuni deve comunque considerarsi polisemantica.

In ogni singolo stato la nozione di diritto del lavoro e della sicurezza sociale viene declinato in modo differente soprattutto se si ha riguardo all'ordinamento di matrice romanistica e a quelli di matrice anglosassone.

L'Italia ad esempio ha assistito prima allo sviluppo della nozione di previdenza sociale, come diritto della solidarietà sociale e solo nel secondo dopo guerra tale nozione si è arricchita divenendo diritto della sicurezza sociale. In paesi come l'Olanda e il Belgio, con l'espressione *social law* si intendono sia il diritto del lavoro che della previdenza sociale, mentre identificano con il concetto di *welfare law* quello di sicurezza sociale.

Questi pochi esempi chiariscono quanto sia complesso a livello europeo dare una definizione univoca di diritto del lavoro e del diritto della sicurezza sociale, e preannunciano, al contempo, le complessità che deriveranno dal recepimento. Se, infatti, il fondo che opera a livello transnazionale deve attenersi alle norme di diritto del lavoro e della sicurezza sociale del paese ospitante avrà e potrà avere innanzi scenari legislativi completamente diversi gli uni dagli altri.

Questo non significa che si auspica l'adozione da parte degli Stati membri di un medesimo sistema di sicurezza sociale, ciò sarebbe irrispettoso delle peculiarità di ogni Stato membro, ma si auspica un maggiore ricorso al principio di sussidiarietà, così come declinato dall'art. 5, comma 2 del Trattato in base al quale "Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o

(12) G. PERA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2000, 1 "il diritto del lavoro è una materia relativamente nuova, e tipica dell'età contemporanea. È venuta in essere e si è sviluppata dagli ultimi decenni dell'ottocento, all'inizio e con una diversa denominazione nei diversi paesi di diversa industrializzazione (diritto operaio, legislazione sociale, o industriale), in ragione dello sviluppo del vario movimento sociale delle classi lavoratrici e in particolare della classe operaia in contestazione della situazione sociale di massa derivata dalla rivoluzione industriale nel regime liberale-liberistico".

(13) M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006

degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario".

A sua volta tale principio va direttamente collegato all'art. 2 del trattato in base al quale è comune obiettivo della comunità europea promuovere un alto livello di occupazione e di protezione sociale.

b) Norme della direttiva e spunti per una riflessione critica

Come sopra accennato la direttiva richiama il concetto di diritto del lavoro e della previdenza sociale negli artt. 6, lett. j); 14 e 20, in tema di: (i) definizione dello Stato membro ospitante, (ii) di attività transfrontaliera, (iii) obblighi informativi tra autorità competenti e (iv) sorveglianza. Allo stesso tempo la direttiva non fornisce una definizione di ciò che si debba intendere per norme di diritto del lavoro e della sicurezza sociale.

i. Definizione di Stato membro ospitante.

Il primo riferimento alle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale è riscontrabile nell'art. 6, lett. j) direttiva a proposito di definizione di Stato membro ospitante. La direttiva definisce Stato membro ospitante lo Stato le cui norme pertinenti in materia di schemi pensionistici aziendali e professionali si applicano al rapporto tra impresa promotrice e aderenti nello Stato ospitante (14).

Dal dettato della direttiva sembra potersi evincere che le norme rientranti nella nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale siano quelle che rispondano al requisito della pertinenza con gli schemi pensionistici aziendali e professionali che, al contempo, trovino applicazione nel rapporto tra impresa promotrice e aderente (rapporto di lavoro). La norma non sembra di chiara interpretazione.

In primo luogo il dato letterale potrebbe dare adito ad un'interpretazione di carattere restrittivo che limiti le norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale a quelle che regolano gli schemi pensionistici. In questo caso dunque le norme a cui l'EPAP risulterebbe vincolato sono solo quelle che riguardano lo "schema pensionistico" dunque quelle relative a "un contratto, un accordo, un negozio fiduciario o un insieme di disposizioni che stabilisce le prestazioni pensionistiche erogabili e le condizioni per loro erogazione;" (art. 6, lett. b) della direttiva).

Potrebbe anche pensarsi che essendo la direttiva a norma dell'art. 2, comma 1, direttiva, applicabile agli EPAP che svolgano attività transnazionale, l'art. 6 lett. j) in realtà intendesse riferirsi al complessivo sistema delle norme che regolano i fondi pensione.

La norma inoltre riferisce le norme di diritto di lavoro e della previdenza sociale a quelle norme che trovano applicazione nel rapporto tra impresa promotrice e aderente.

Sotto questo aspetto si rileva che le norme che regolano il rapporto di lavoro non incidono direttamente sull'EPAP il quale è legato all'impresa promotrice e aderente da contratto di diritto privato.

(14) In particolare la norma "definisce lo Stato ospitante" lo Stato membro il cui diritto del lavoro e della previdenza e sicurezza sociale pertinente in materia di schemi pensionistici aziendali o professionali si applica al rapporto tra l'impresa promotrice e gli aderenti

ii. Attività transfrontaliera

L'Art. 20, comma 1 è dedicato alla regolazione dell'“attività transfrontaliera”. In particolare lo Stato membro fatta salva la legislazione nazionale in tema di diritto del lavoro e della previdenza sociale per quanto riguarda l'organizzazione dei sistemi pensionistici, compresa l'adesione obbligatoria e i risultati della contrattazione collettiva consente alle imprese operanti nel proprio territorio di promuovere EPAP autorizzate in altri Stati membri e al contempo consente alle EPAP autorizzate sul proprio territorio di avere come promotori imprese con sede in altri Stati membri.

Rispetto all'art. 6 lett j) e all'articolo 20, comma 1, della direttiva, si richiama la legislazione nazionale di diritto del lavoro e della previdenza sociale riguardante l'organizzazione dei sistemi pensionistici. Il legislatore europeo, dunque, promuove tra gli Stati membri la libera circolazione degli EPAP, fatte salve, le norme della legislazione nazionale in tema di organizzazione dei sistemi pensionistici, comprese le norme sull'adesione obbligatoria e le risultanze della contrattazione collettiva (15).

iii. Obblighi informativi nel caso di mutamenti rilevanti nell'ambito del diritto del lavoro e della previdenza sociale. Lettura congiunta dell'art. 20, comma 8 e dell'art. 20, comma 9

L'art. 20, comma 8, stabilisce in capo allo Stato ospitante l'obbligo di informare lo Stato d'origine dell'EPAP dei mutamenti significativi che si siano verificati nell'ambito delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale capaci di influire sugli schemi pensionistici aziendali e professionali. La norma facendo riferimento ai mutamenti significativi lascia allo Stato membro ospitante la discrezionalità di decidere che cosa o meno ritenere degno di essere comunicato essendo rimesso allo stesso la facoltà di decidere cosa debba essere o meno considerato rilevante. La problematica che in questo caso potrebbe ingenerarsi riguarda non solo la determinazione del contenuto ma anche la modalità informativa (16).

(15) Il fatto che il legislatore abbia posto tra le norme che possono limitare il reciproco operare degli EPAP sul territorio europeo la contrattazione collettiva, potrebbe indurre a pensare che la contrattazione collettiva nazionale potrebbe anche disporre in senso contrario a principi della direttiva.

(16) Uno studio condotto dall'European Association of Paritaria Institutions (AEIP) sottolinea che le conseguenze di una mancata comunicazione o comunque il mancato adeguamento del fondo alle normative del luogo in cui opera potrebbe avere conseguenze non di poco conto. Si evidenzia infatti che l'EPAP potrebbe essere sanzionato in base all'art. 14 e 20 comma 10 se le competent authority dello Stato ospitante non abbiano dato sufficienti informazioni allo Stato membro di origine. Gli aventi diritto potrebbero infatti chiamare in responsabilità direttamente il fondo il quale potrebbe con un aggravio di costi e di procedure chiamare in causa lo Stato ospitante o anche l'azienda promotrice. L'ambito giudiziario oltre ad essere complesso per il numero di chiamati in causa potrebbe ulteriormente essere aggravato a detrimento del fondo da alcuni principi come *ignorantia legis non excusat*, o buona fede nei contratti. Per ovviare a tale problematica è possibile fare ricorso non solo a specifiche convenzioni bilaterali tra Stati ospitante e d'origine ma anche fare ricorso al CEIOPS (Committee of European Insurance and Occupational Pension Supervisor) il quale con un protocollo firmato a Lussemburgo nel 2004 si assume il compito di parte terza nel dialogo informativo tra Stati.

Tale comma dell'art. 20 va letto in unione con Art. 20, comma 9, in base al quale l'EPAP è sottoposto alla vigilanza delle competenti autorità dello Stato ospitante le quali vigilano sul rispetto delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale inerenti gli schemi pensionistici professionali e aziendali nonché sul rispetto delle disposizioni riguardanti gli obblighi informativi.

La vigilanza viene pertanto esercitata, con evidente scopo di tutela dell'aderente dallo Stato ospitante il quale ha il contatto diretto con l'attività dell'EPAP.

iv. Sistema sanzionatorio. Art. 14, comma 4, d) così come richiamato dall'art. 20, comma 10

Il sistema sanzionatorio così come disegnato dalla direttiva all'art. 14, comma 4, d) così come richiamato dall'art. 20, comma 10, ha quale criterio e parametro fondante il rispetto delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale in tema di schemi pensionistici. Dall'articolo 14 non è dato evincersi quale dei due Stati membri, se quello ospitante o quello d'origine, debba esercitare i poteri di vigilanza.

È d'ausilio l'art. 20, comma 10, della direttiva, il quale riconosce allo Stato ospitante la facoltà di intervenire inibendo l'attività illegittima, espletate le procedure informative nei confronti dello Stato d'origine del fondo.

Questo sembra voler significare che il provvedimento non debba essere concertato tra le due autorità che pertanto lo Stato ospitante possa intervenire anche senza l'accordo dello Stato d'origine o quando questo manchi di misure di sicurezza adeguate (17).

c) Recepimento della Direttiva 2003/41/Ce ad opera D.Lgs. 28/2007. L'attività transfrontaliera e la nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale

Il recepimento della direttiva 2003/41/CE nell'ordinamento italiano si deve al D.lgs. 28/2007 il quale è intervenuto novellando il D.Lgs. 252/2005. La novella si inserisce nel rinnovato contesto regolativo dei fondi pensione, come evidenziato precedentemente, ha comportato notevoli modifiche sotto il profilo organizzativo e finanziario.

In primo luogo l'EPAP coincide nell'ordinamento italiano, facendo riferimento all'art. 15 bis del decreto n. 252, con "i fondi pensione di cui all'art. 4, comma 1, D.lgs. 252/2005, i fondi pensione aperti, nonché quelli già istituiti alla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, aventi soggettività giuridica ed operanti

(17) Secondo la ricerca condotta da AEIP è corretto chiedersi come possa un EPAP operare in contrasto con le norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale quando queste sono alla base del rapporto che lega l'impresa sponsorizzante con l'aderente. Sono infatti richiamate le norme che regolano il rapporto di lavoro e pertanto ci si chiede perché lo Stato membro ospitante non possa direttamente agire nei confronti del datore di lavoro chiamando eventualmente in solido l'EPAP.

secondo il principio della capitalizzazione, che risultino iscritti all'Albo tenuto a cura della COVIP" nonché, in relazione all'art. 15 *ter* del decreto n. 252 "i fondi pensione istituiti negli Stati membri dell'Unione europea, che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/41/CE".

Gli EPAP italiani che vogliano operare con riferimento a lavoratori e datori di lavoro di altri paesi dell'Unione Europa secondo l'art. 15 bis, comma 1 D.lgs. 252/2005 oltre ad essere, previamente iscritti all'albo della COVIP ne devono essere autorizzati. La COVIP è l'autorità competente per la definizione delle procedure e condizioni per il rilascio della stessa. L'EPAP è tenuto a comunicare per iscritto alla COVIP la propria intenzione di avviare attività transfrontaliera precisando lo Stato membro ospitante e le caratteristiche principali dello schema pensionistico che si intende realizzare. Interessante è rilevare che la COVIP una volta data comunicazione allo Stato membro ospitante dell'EPAP italiano può preventivamente bloccare l'attività dello stesso quando abbia ragione di dubitare della compatibilità del fondo con gli schemi pensionistici dello Stato membro ospitante, per ragioni legate all'onorabilità del management, alla struttura organizzativa e finanziaria. In questo caso la COVIP esercita un'attività di vigilanza preventiva. L'EPAP inoltre deve attenersi alle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale che nello Stato membro ospitante regolano i fondi pensione che svolgono attività transfrontaliera e alle norme sull'informativa agli aderenti.

La COVIP oltre ad esercitare un potere di vigilanza preventivo nei confronti dell'EPAP è l'autorità competente all'irrogazione di sanzioni nel caso in cui vi sia un mancato rispetto delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale dello Stato membro ospitante.

Quest'ultimo, infatti, è tenuto a dare comunicazione alla COVIP della violazione e questa in coordinamento con le autorità competenti dello Stato membro, ha il potere di chiedere la cessazione della violazione.

Solo nell'ipotesi di reiterazione o continuazione della violazione lo Stato membro ospitante ha il potere di intervenire direttamente. Il legislatore italiano ha optato per un mantenimento della propria autorità sanzionatoria nei confronti di EPAP dalla stessa autorizzato.

L'attività transfrontaliera di EPAP comunitaria sul territorio è invece regolata dall'art. 15 *ter*, D. Lgs. 252/2005.

In primo luogo l'EPAP comunitaria è ammessa a raccogliere solo adesioni di tipo collettivo e non individuale.

L'articolo dispone inoltre che, limitatamente alle adesioni effettuate in Italia e alle risorse gestite in relazione a tali adesioni, si applicano le norme di diritto del lavoro e della sicurezza sociale definite dal medesimo comma in via predefinita (norme relative ai destinatari, adesioni in forma collettiva, finanziamento, prestazioni, permanenza, cessazione e portabilità) nonché da un decreto interministeriale che fisserà ulteriori disposizioni

La scelta può apparire alquanto particolare e peculiare in primo luogo perché si permette mediante decreto ministeriale di definire, anche in ragione di criteri non determinati, l'estensione dell'elenco delle norme da rispettare, senza la corresponsabilità del consiglio dei ministri. In secondo luogo è da sottolineare che nell'elenco

non vi è riferimento all'art. 8, comma 9, del decreto n. 252 che stabilisce il regime speciale di garanzia che si applica in caso di conferimento tacito del TFR relativo all'investimento prudenziale finalizzato alla restituzione del capitale e dei rendimenti comparabili al tasso di rivalutazione del TFR. Si tratta certamente di una norma che, appartenendo al sistema del diritto del lavoro e della sicurezza sociale, dovrebbe rientrare nell'elenco (18).

Si potrà notare che nell'ordinamento olandese le norme che attengono al diritto di famiglia (successione, divorzio, etc) rientrano nel sistema delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale (19).

In relazione alle norme di diritto del lavoro e della sicurezza sociale si può, dunque, ritenere in via generale che la consistenza di tale elenco normativo, nella parte predefinita e in quella da completare, potrà essere interpretata alla stregua di un elenco con una duplice potenzialità interpretativa.

In primo luogo si può interpretare la previsione di un elenco eventuale di norme come indice di tutela degli aderenti, pertanto maggiore sarà la consistenza dell'elenco, maggiore si potrà ritenere la tutela per gli aderenti. In secondo luogo invece l'elenco complessivo di norme potrebbe essere letto alla stregua del complesso dinamismo delle operazioni transnazionali dei fondi pensione, quale indice della politica di attrazione o, in alcuni casi, di ostacolo rispetto a fondi pensione provenienti da altri Stati membri che intendano operare in Italia (20).

Allo scopo si ritiene opportuno ricordare che alcuni Stati Membri, tra cui il Belgio, l'Olanda e l'Irlanda, stanno attuando meccanismi di facilitazione, anche di tipo organizzativo, finalizzati a supportare fondi pensione connessi a gruppi di imprese a livello comunitario per supportare iniziative di costituzione di fondi pensione connessi a gruppi di imprese di livello comunitario.

Si tratta in particolare di strategie che focalizzano l'attenzione sulle agevolazioni fiscali che deriverebbero dai diversi schemi di tassazione della previdenza di cui godrebbero i lavoratori, sulle economie di scala di cui beneficerebbero le multinazionali nonché sulle prospettive di attrazione del personale più qualificato mediante forme

(18) M. FAIOLI, *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva nella previdenza complementare. Tutele degli aderenti e applicazione di discipline comunitarie*, (dattiloscritto), 2007, a tale proposito sottolinea che dallo studio dell'art. 15 ter del decreto n. 252, come novellato dal decreto n. 28 del 2007, "si può ricavare una ragione ulteriore per ritenere la disciplina che regola gli effetti derivanti dalla morte dell'aderente sui beneficiari/eredi come maggiormente orientata verso la matrice giuslavoristica e, dunque, verso l'acquisto iure proprio (e non iure successionis) della prestazione previdenziale. Se nel quarto comma dell'art. 15 ter, ove si stabilisce l'elenco delle materie giuslavoristiche inderogabili in caso di attività transfrontaliera dei fondi, vi è l'indicazione della materia afferente alle prestazioni e della cessazione dei requisiti di partecipazione, allora si può ritenere che sia l'art. 11 comma 5 che l'art. 14 comma 3 debbano essere considerate come parte delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale. Ciò significa che, nonostante l'indicazione letterale della norma ("eredi" e "beneficiari designati"), tali fattispecie debbono essere assoggettate in una logica di sistema ai principi giuslavoristici e previdenziali che regolano istituti simili (tra cui l'art. 2122 c.c.)",

(19) Si v. il "*Pension and Saving Funds Act*" e la disciplina vigente "*Pensioenwet*" (PW, in vigore dal 1° gennaio 2007).

(20) In materia si v. P. PURI, *La previdenza complementare nei redditi di lavoro dipendente*, in *I redditi di lavoro dipendente*, V. FICARI (a cura di), Torino, 2003, 195 ss.

pensionistiche costruite ad hoc per far coincidere in modo più efficace le aspirazioni personali dei lavoratori con i progetti dell'azienda (21).

2. — *Analisi della funzione della contrattazione collettiva nella definizione del contenuto della nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale*

a) **Necessità di armonizzazione della nozione**

Dalla breve analisi condotta nel capitolo precedente si evince che non è di facile soluzione l'individuazione non solo di una nozione comune a tutti gli Stati membri di diritto del lavoro e della previdenza sociale ma anche la determinazione del suo contenuto.

La problematica si presenta ancora più complessa se si ha riguardo al fatto che non solo la direttiva evita di darne una definizione ma non è chiara se le norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale debbano essere riferite agli schemi pensionistici, così come definiti dall'art. 6, let. b) direttiva o se invece debbano essere riferite in modo più generale all'EPAP art. 2, comma 1, direttiva.

Questa scarsa circoscrizione della materia e la mancanza di indicatori al quale il legislatore dello Stato membro può fare riferimento per la determinazione del contenuto della nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale potrebbe ripercuotersi sul funzionamento del mercato interno dei fondi pensione.

La libera circolazione dei fondi, infatti, come precedentemente sottolineato, non solo risponde all'esigenza di completare la disciplina di armonizzazione dei mercati finanziari, ma intende anche migliorare la mobilità del mercato del lavoro europeo. Il fenomeno della segmentazione europea comunitaria dell'impresa (che da intendersi in termini di positiva delocalizzazione dell'impresa e di libera circolazione dei servizi e dei capitali) potrebbe trovare grande giovamento dalla possibilità di poter aderire ad un unico fondo capace di rispondere alle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale di ogni Stato nel quale operi e di mantenere contemporaneamente una comune impostazione civilistico-commerciale.

La problematica si complica a questo punto, mancando un'armonizzazione comunitaria, con riferimento all'alto livello di diversificazione in tema di norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale tra i vari Stati membri.

All'indomani della pubblicazione della direttiva i primi commentatori e le prime ricerche effettuate sul tema sembrano aver riscontrato proprio nella definizione di norme di diritto del lavoro e della sicurezza sociale il punto di partenza per una completa tutela dell'aderente ma al contempo il tallone d'Achille dell'attività transfrontaliera dei fondi pensione.

Al riguardo anche gli osservatori extraeuropei nutrono perplessità (22).

(21) In questo senso M. FAIOLI, *op. ult. cit.* il quale sostiene che in questo modo "si costruisce la c.d. "total remuneration" che è un concetto socio-organizzativo significativamente utilizzato per attrarre - o mantenere in azienda - il personale più qualificato anche mediante le prestazioni derivanti dai fondi pensione di gruppo".

(22) J. MARCHALL, *op. cit.*

Essi, consapevoli delle innumerevoli sfaccettature delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale sul territorio europeo, confidano nel miglioramento del mercato interno dei fondi pensione, dal quale attraverso economie di scala ricaverebbero notevoli risparmi, ma ne temono, al contempo, anche l'impraticabilità.

Il timore di una non efficiente ed efficace realizzazione del progetto sembra aleggiare anche nei commentatori della direttiva.

Esiste a tal proposito una ricerca avviata dall'European Association of Paritarian Institution (AEIP) di Leuven - Belgio (23) dai risvolti molto interessanti. Scritta all'indomani della entrata in vigore della direttiva, la ricerca parte dalla considerazione e dal riconoscimento dell'importanza del richiamo alle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale quale strumento di tutela degli aderenti ma altrettanto lucidamente ne intravede anche il *punto dolens*.

Partendo dalle diversità nazionali la ricerca focalizza l'attenzione sulla necessità di individuare principi comuni capaci di indirizzare i legislatori nazionali nella determinazione del contenuto della nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale. In particolare la ricerca si propone di individuare i principi da porre alla base di un "pilastro previdenziale paradigmatico" (24).

Tale pilastro è così costituito dalle norme che attengono ai seguenti ambiti:

- i. protezione e livello di protezione;
- ii. responsabilità;
- iii. esistenza sicura;
- iv. solidarietà;
- v. eguaglianza;
- vi. partecipazione.

Il presente studio, nell'analisi della funzione della contrattazione collettiva rispetto alla definizione del contenuto delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale, intende evidenziare tale pilastro previdenziale paradigmatico in termini di utilità per la selezione degli ambiti di riferimento utili a determinare detto contenuto.

b) Nucleo tematico generale ed eventuale nel decreto di recepimento: problematiche generali sul decreto interministeriale

Le norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale individuate dal legislatore italiano possono essere raggruppate in due diversi gruppi.

Il primo si potrebbe definire nucleo di carattere generale, all'interno del quale fare rientrare tutte le norme dal decreto già specificatamente elencate (nucleo tematico generale).

Nel nucleo generale rientrano le norme riguardanti: gli obblighi informativi nei confronti degli aderenti, e quelle del D. Lgs. 252/2005 in tema di destinatari, adesioni

(23) Y. STEVENS, *The meaning of "national social and labor legislation"* in "directive 2003/41/EC on the activities and supervision of institutions per occupational retirement provision" dall'European Association of Paritarian Institution (AEIP) di Leuven, Belgio, 2004

(24) Si v. *supra*.

in forma collettiva, finanziamento, prestazioni, permanenza nella forma pensionistica complementare, cessazione requisiti di partecipazione, portabilità (art. 15 *ter*, comma 4), e di trasparenza (art. 15 *ter*, comma 5).

Il legislatore italiano sembra essersi attenuto, nella determinazione del contenuto del nucleo generale, alla dizione letterale utilizzata dalla direttiva, la quale riferisce il diritto del lavoro e della previdenza sociale alle norme pertinenti gli schemi pensionistici.

Le norme, infatti, sono riconducibili alla determinazione degli aspetti caratterizzanti lo schema pensionistico che in Italia è offerto dai fondi pensione (25). A tal proposito rinvio al paragrafo c) di cui sopra, con riferimento al caso olandese.

Il secondo nucleo si potrebbe definire nucleo di carattere eventuale rimesso alla determinazione di un decreto interministeriale.

Il nucleo eventuale non è definito né per linee generali né nei contenuti. Si rimanda, infatti, per la determinazione ad un decreto interministeriale il quale può estendersi anche alla enucleazione di norme riguardanti l'organizzazione e la partecipazione.

Il legislatore, infatti, dispone in specifico che il decreto interministeriale possa individuare anche altre norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale, comprese quelle concernenti l'organizzazione e la partecipazione.

Perplessità, oltre che sullo strumento regolativo, potrebbero porsi anche sull'estensione della definizione del contenuto.

Infatti, si potrebbe pensare che tale decreto interministeriale potrebbe svolgere a seconda delle vicissitudini storiche e politiche in atto e secondo le contingenze economiche un ruolo limitativo o promozionale dell'attività transfrontaliera dei fondi pensione.

Ciò significa che tale decreto interministeriale potrebbe variare (con tutta la portata che nella gerarchia delle fonti possiede un decreto interministeriale) al rialzo o al ribasso il contenuto delle norme che l'EPAP deve rispettare (26).

In relazione a quanto descritto sopra il presente studio intende indagare il tema del ruolo della contrattazione collettiva in ambito comunitario sia di carattere generale che aziendale nella definizione del contenuto di norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale.

Ci si chiede, in definitiva, se e come la contrattazione collettiva possa intervenire nella determinazione del contenuto delle norme nazionali di diritto del lavoro e della previdenza sociale vincolanti l'attività transfrontaliera degli EPAP.

I paragrafi che seguono sono strutturati se pur nei limiti degli obiettivi di questo lavoro di tesi, e con il proposito di trovare occasioni future per estendere la ricerca qui effettuata, secondo l'impostazione che indico di seguito.

Vi è un primo paragrafo che attiene alle problematiche della CCL comunitaria generale ex art. 139, comma 2, del trattato. Tale paragrafo, che ripropone le tematiche essenziali che caratterizzano il dialogo sociale e la formazione di un CCL comunitario, affronta il ruolo del contratto collettivo comunitario nella determinazione del nucleo

(25) Si richiamano a tal proposito le considerazioni fatte relativamente al mancato richiamo delle norme riguardanti i beneficiari di cui al paragrafo C) note 18 e 19.

(26) A ciò bisogna aggiungere la dimensione che attiene ai profili tributari e alla mancata armonizzazione della imposizione fiscale in ambito comunitario con riferimento alla contribuzione alle prestazioni dei fondi pensione. tali aspetti non sono trattati nel presente lavoro per esigenze di focalizzazione sugli aspetti di carattere giuslavoristico.

tematico generale nonché del nucleo tematico eventuale.

Vi è un secondo paragrafo che riguarda la contrattazione collettiva aziendale su base comunitaria e il ruolo che tale contrattazione può svolgere nella determinazione del nucleo eventuale. A tal proposito si accenna al recepimento della direttiva sugli obblighi generali di informazione dei lavoratori attuato mediante il D. lgs. 25/2007.

c) Contratto collettivo comunitario di efficacia pubblica e di efficacia privata ex art. 139, comma 2, del Trattato

Il ruolo delle parti sociali nell'ambito delle decisioni di interesse sociale è di notevole rilievo e con risvolti determinati sotto il profilo del raggiungimento degli obiettivi di armonizzazione delle discipline di tale ambito.

Non sono, infatti, da trascurare i risultati ottenuti a livello comunitario in tema di armonizzazione delle politiche del lavoro con gli accordi raggiunti sul tele-lavoro, sul contratto di somministrazione o sul contratto a tempo determinato.

La contrattazione collettiva si presta pertanto come un ottimo veicolo di armonizzazione delle discipline di interesse sociale.

Il trattato in particolare individua due diverse procedure.

Il fondamento delle due procedure risiede nell'art. 138 in quale stabilisce che in tema di materie di interesse sociale le deliberazioni del consiglio siano precedute da un procedimento di dialogo con le parti sociali (art. 138 del trattato). Si parla a questo proposito di "accordo rafforzato" (27) che consente al consiglio di emanare normative che già abbiano previamente ottenuto il consenso delle parti sociali.

Durante questa fase di consultazioni le parti sociali a norma dell'art. 138, comma 4 del trattato, hanno la facoltà di decidere se procedere con la redazione di un parere.

È questo il momento in cui le parti sociali chiariscono l'intento di procedere per il raggiungimento di un accordo collettivo secondo le modalità previste dall'art. 139 comma 2 del trattato.

Da questo punto si diramano due diverse procedure collettive attraverso le quali si può esplicitare l'autodeterminazione delle parti sociali.

Raggiunto l'accordo, infatti, le parti sociali hanno la possibilità di farlo recepire nei diversi Stati membri attraverso la contrattazione collettiva domestica o, in alternativa, possono su richiesta congiunta farlo proporre dalla commissione al consiglio perché lo recepisca in una direttiva a condizione che la materia rientri tra quelle dettate dell'art. 137 del trattato.

I procedimenti delineati dall'art. 139 del trattato sono accomunati dal fatto che la loro efficacia a livello locale è subordinata ad una forma di recepimento che nel primo caso avviene secondo le prassi delle parti sociali e degli Stati membri (28) e nell'altro

(27) M.C. AQUILAR GONZÁLEZ, *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, Valladolid, 2006, pg. 214.

(28) Secondo M.C. AGUILAR GONZÁLEZ, *op. ult. cit.* l'espressione utilizzata dal legislatore europeo non è di chiara interpretazione, infatti non si comprende se la "e" abbia valore congiuntivo indicando pertanto procedure delle parti sociali e degli Stati membri o se si debba intendere l'espressione come procedure delle parti sociali negli Stati membri.

con un provvedimento legislativo dello Stato membro.

Il migliore esempio di contrattazione collettiva introdotta mediante contrattazione collettiva nazionale riguarda il caso del tele-lavoro, accordo stipulato nel giugno del 2002. Tale accordo, infatti, è stato introdotto nei diversi ordinamenti mediante contrattazione collettiva nazionale che ne ha riprodotto i contenuti e l'impostazione.

Esempio del secondo tipo è l'accordo sul contratto a tempo determinato recepito dalla Direttiva 1999/44/EC successivamente introdotto mediante norme positiva nei vari ordinamenti.

Potrebbero secondo alcuni commentatori avanzarsi delle differenziazioni tra i due procedimenti.

Tali differenze discenderebbero dal fatto che secondo il primo procedimento le parti sociali agiscono in completa autonomia. La prima tipologia di accordo rimane, infatti, dalla sua origine sino al suo recepimento nell'ambito dell'autonomia privata e, in particolare, dell'autonomia privata collettiva. Per questa ragione tali accordi si potranno definire come accordi ad efficacia privata (29).

In relazione alla seconda categoria, ove pur restando chiaramente definiti i presupposti di autonomia privata che derivano dal dialogo sociale di cui all'art. 138 del trattato, si dovrà ritenere che il procedimento istituzionale che assorbe tale azione collettiva rafforza l'efficacia rendendola pubblica. Ciò significa che questi accordi possono essere definiti in termini di efficacia pubblica (30).

Di fatti essi saranno recepiti da una direttiva, che è norma dell'ordinamento comunitario, e successivamente introdotti nei diversi ordinamenti statali mediante legge positiva (31).

Rifocalizzando l'attenzione sul tema principale della presente tesi, e prendendo spunto dai lineamenti appena esposti in materia di contrattazione collettiva, si definisce di seguito il punto centrale del problema posto all'inizio di questa ricerca.

In primo luogo si evidenzierà la funzione normativa che il CCNL comunitario può svolgere rispetto alla definizione della nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale.

In secondo luogo si tratterà del ruolo della contrattazione collettiva aziendale nel determinare tale nozione.

i. Il caso del nucleo tematico generale definito dal contratto collettivo comunitario

La direttiva 2003/ 41/CE non è connessa ai presupposti giuridici di cui titolo XI e dunque ai fondamenti della politica sociale.

(29) M. CRISTINA AQUILA GONZÁLEZ, *op. ult. cit.*

(30) M. CRISTINA AQUILA GONZÁLEZ, *op. ult. cit.* L'accordo collettivo, infatti, sia a livello europeo che a livello nazionale è da collocarsi nell'ambito dell'autonomia privata e dunque in un ambito regolato da norme di carattere privatistico. Un accordo collettivo sancito in un atto del consiglio assume connotati pubblicistici vincolando gli Stati firmatari al recepimento del proprio ordinamento.

(31) R. BLANPAIN, *European Labour Law*, The Hague, 2006.

Come espresso e già delineato nei paragrafi precedenti è fondata sul principio delle libertà di circolazione dei servizi e dei capitali (32). È evidente che essendo posto in questi termini il quadro giuridico di formazione della direttiva 2003/41/CE, il dialogo sociale e la procedura dell'art. 139 abbiano potuto trovare alcun minimo spazio nella formazione degli aspetti sociale che pure ad essa si trovano connessi.

Mediante tale indicazione si intende porre preliminarmente la distinzione tra ciò che è accaduto nella realtà (formazione e recepimento della direttiva 2003/41/CE) e ciò che può e potrebbe accadere, laddove ci fosse un mutamento e una nuova sensibilità nell'approccio delle relazioni industriali a livello europeo sulla materia.

Il proposito è quello di verificare sotto un profilo meramente scientifico lo spazio della funzione normativa di un contratto collettivo europeo nella determinazione, seppure a posteriori, cioè successivamente all'introduzione e recepimento di detta direttiva, del contenuto della nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale.

Il punto di partenza dell'argomentazione che segue consiste nell'art. 137, comma 1, lett. c) del trattato e nella competenza attribuita ad un contratto collettivo europeo di intervenire a favore della regolamentazione dei sistemi di protezione sociale mediante o accordo di efficacia privata o di efficacia pubblica (33).

L'argomentazione giuridica è la seguente.

Se è vero che il CCL europeo può intervenire nei sistemi di protezione sociale, è altrettanto vero che esso può in via generale determinare un contenuto armonizzato della definizione delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale.

Ciò sarebbe potuto avvenire a priori nella misura in cui a fondamento di detta direttiva vi fosse stato un'indicazione riferita all'art. 136 ss del trattato. Ma ciò non è accaduto e forse non poteva accadere.

Ciò non esclude che, a posteriori, in presenza di detta direttiva, la contrattazione collettiva in forza del citato art. 137 lett. c), possa intervenire con la portata della sua funzione normativa nella determinazione di detta definizione.

È evidente che l'esercizio di detta competenza realizza l'obiettivo di cui all'art. 2 del trattato riferito alla coesione sociale in quanto i lavoratori sono qualitativamente e quantitativamente meglio protetti mediante un intervento di questo tipo.

Solo per accennare ad un esempio si pensi alla miglior tutela che riceverebbe un lavoratore coinvolto nei processi di mobilità in ambito comunitario.

In questo senso si deve fare riferimento al caso Albany (CGE 21 sett. 1999, C-67/96) mediante cui la Corte di Giustizia ha chiaramente stabilito il principio secondo cui la contrattazione collettiva che attua l'art. 137 del trattato prevale sull'autonomia

(32) Si richiamano a tal proposito a fondamento della direttiva gli artt. 47, comma 2, 55, 95, comma 1, del Trattato.

(33) Per una valutazione generale sulle competenze delle autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario si veda F. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva*, in *Il dialogo sociale*, Milano, 1994; e S. SCIARRA, *Collective agreements in the hierarchy of European Community Sources*, in *European Community Labour Law: Principles and perspectives*, Oxford, 1996.

individuale privata nonché su norme che contrastino con il principio di solidarietà. Siano queste norme positive di carattere comunitario o nazionale.

Seguendo la linea procedurale suggerita dall'art. 139, comma 2, del trattato, nel primo caso le parti sociali a livello europeo potrebbero raggiungere un accordo che poi le organizzazioni sindacali potrebbero recepire nel proprio contratto collettivo a livello nazionale.

Il recepimento mediante contrattazione collettiva in Italia subirebbe quale possibile obiezione il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo.

Con riferimento al secondo caso, la trasposizione in una direttiva dell'accordo collettivo comporterebbe, invece, un recepimento del contenuto della nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale successivamente in un atto normativo dello Stato membro.

Indubbiamente in questo caso non si porrebbero problemi di efficacia erga omnes ma le obiezioni potrebbero essere poste a monte del recepimento e in particolare al momento della trasposizione.

Potrebbero, infatti, essere poste obiezioni, anche di carattere politico, che riguardano la corretta individuazione delle competenze di cui all'art. 137 del trattato in sede istituzionale.

Da ultimo, analizzando la situazione specifica del recepimento italiano, si pone il problema della gerarchia delle fonti e il rapporto tra atti normativi di carattere generale nel sistema delle fonti.

In particolare, laddove un contratto collettivo comunitario definisse il contenuto di detta definizione e questo venisse recepito in una delle due modalità, si porrebbe il problema della prevalenza di un atto normativo rispetto all'altro.

Qualora il recepimento avvenisse con contrattazione collettiva il problema riguarderebbe la prevalenza del contratto collettivo nazionale sul decreto legislativo e ulteriormente il complesso tema della efficacia soggettiva del contratto collettivo.

Qualora il recepimento avvenisse mediante direttiva e successivamente con decreto legislativo questo prevarrebbe secondo il principio *lex posterior derogat legi priori*.

Il quadro sintetico sopra esposto lascia intuire la complessità delle tematiche attinenti al recepimento nel nostro ordinamento della contrattazione collettiva secondo le due forme previste dall'art. 139. Tuttavia si vuole evidenziare che l'obiettivo di questa tesi consiste nell'individuare esclusivamente il fondamento giuridico della funzione normativa del contratto collettivo.

Tale fondamento, si ripete è individuato nella lettera c) art. 137, comma 1 del trattato e nell'art. 2, comma 2 del trattato.

Tale armonizzazione potrebbe avere quale riferimento il così detto paradigma previdenziale così formulato dall'università di Lovanio:

- i. protezione e livello di protezione;
- ii. responsabilità;
- iii. esistenza sicura;
- iv. solidarietà;
- v. eguaglianza;
- vi. partecipazione.

La contrattazione collettiva in questo senso sarebbe tenuta a riempire di conte-

nuto normativo i principi sopra esposti. In termini esemplificativi alla voce esistenza sicura bisognerebbe collegare alcuni istituti del diritto di famiglia che nell'attuale D. Lgs. 252/2005 non sono correttamente rappresentati o alla voce eguaglianza si potrebbe legare il tema del lavoro non standard e dei diritti dei così detti lavoratori atipici.

ii. Il caso del nucleo tematico eventuale definito dal contratto collettivo comunitario

Quanto appena esposto in tema di problematiche in tema di funzione normativa del contratto collettivo europeo si ripropone con un peso specifico molto diverso laddove il contratto collettivo, introdotto nelle due forme di cui all'art. 139 del trattato, avesse la funzione di definire il così detto nucleo eventuale.

Ci si riferisce in termini schematici alla prevalenza nell'ambito del sistema delle fonti dell'ordinamento italiano che in ogni caso il contratto collettivo comunitario avrebbe, sia come atto di efficacia privata sia come atto ad efficacia pubblica, sul decreto interministeriale.

Si ritiene in questo senso auspicabile un intervento di questo tipo confidando nel medesimo presupposto giuridico di cui all'art. 137, comma lett. c) del trattato.

Il ragionamento in questo caso è molto più semplice.

È evidente, infatti, che un contratto collettivo introdotto nelle due forme non può essere contrastato da alcuna norma derivante da decreto interministeriale.

In questo senso si potrebbe trovare altresì un appiglio normativo nella medesima direttiva la quale all'art. 20, comma 1, favorisce l'attività transfrontaliera nel limite delle norme nazionali di diritto del lavoro e della previdenza sociale in tema di organizzazione dei sistemi pensionistici, compresa l'adesione obbligatoria e le risultanze della contrattazione collettiva.

La direttiva all'art. 20 promuove l'attività transfrontaliera dei fondi pensione fatti salvi i limiti eventualmente esistenti nella legislazione nazionale in tema di organizzazione di sistemi pensionistici, compresi l'adesione obbligatoria e le risultanze della contrattazione collettiva.

Non si evince dal dettato della direttiva se il richiamo alle norme sull'adesione obbligatoria e alle risultanze della contrattazione collettiva abbiano solo una funzione chiarificatrice rispetto alla legislazione nazionale o se invece debbano essere considerate come norme autonome.

Se si dovesse seguire la seconda interpretazione, la contrattazione collettiva, quale strumento di determinazione del contenuto della nozione di diritto del lavoro e della previdenza sociale, potrebbe trovare un ulteriore fondamento giuridico nella medesima direttiva n. 41.

d) Contrattazione collettiva aziendale su base comunitaria. Il caso del nucleo tematico eventuale definito dal contratto collettivo aziendale

Con riferimento al tema del ruolo della contrattazione collettiva aziendale a livel-

lo comunitario rispetto alla definizione del contenuto delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale si pongono due possibili scenari.

Il primo scenario attiene al caso in cui mediante contrattazione collettiva aziendale di ambito comunitario si decide di costituire un fondo pensione ad hoc per i lavoratori che operino in ciascuna delle società collegate e dislocate nei diversi Stati membri.

Il secondo scenario riguarda il caso di un fondo pensione già costituito cui si aderisce mediante contrattazione collettiva aziendale di ambito comunitario.

La questione che ci si pone nel presente paragrafo attiene alla possibilità in entrambi gli scenari di definire mediante il contratto collettivo aziendale di ambito comunitario il nucleo eventuale della definizione di diritto del lavoro e della previdenza sociale.

Ciò significa che si assume che vi sia, come nel caso italiano, una norma di rango primario che abbia definito il nucleo generale e che vi sia la possibilità di una norma di rango secondario o inferiore che debba completare il procedimento di definizione (il c.d. nucleo eventuale).

Con riferimento al primo scenario e in termini necessariamente sintetici relativi alle questioni che riguardano la costituzione di un fondo mediante contrattazione collettiva, si deve evidenziare che il contratto collettivo, nella fase di costituzione del fondo e tenendo presente le necessità di mobilità territoriale dei lavoratori aderenti, può definire il contenuto eventuale della definizione di diritto del lavoro e della previdenza sociale.

Si tratta della realizzazione dei principi di cui all'art. 137 e all'art. 2 del trattato. Si rinvia a quanto sopra detto in tema di fondamento giuridico.

Le norme di tale contratto collettivo si porranno in una posizione di specialità rispetto alle eventuali norme derivanti da legge positiva che abbiano definito norme del contenuto eventuale.

La specialità è connessa alle circostanze cui il CCL aziendale è mirato per la soddisfazione delle esigenze individuali combinate con quelle dell'organizzazione aziendale.

Da ciò si può dedurre che la prevalenza delle norme del contratto collettivo sulle norme positive si avrebbe in ragione del fatto che la tutela prestata al lavoratore, proprio per le circostanze di cui sopra, presenta oltre al carattere di specialità anche quello di favor.

Con riferimento al secondo scenario si ritiene sia possibile costruire un paradigma giuridico che faccia riferimento alla direttiva 2002/14/EC.

In particolare mediante la contrattazione collettiva il contenuto delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale può essere definito in forza dei principi di cui a detta direttiva recepita in Italia con D. Lgs. 25/2007.

Tale direttiva stabilisce che costituiscono contenuto delle informazioni dovute al lavoratore anche le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dei contratti di lavoro (art. 4, comma 3, lett. c) D. lgs. 25/2007).

Considerando le questioni che afferiscono alle prestazioni previdenziali derivanti da fondo pensione come elementi direttamente connessi al contratto individuale di lavoro e dunque all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione datoriale, si potreb-

be ritenere che il contratto collettivo aziendale, di cui sopra, diventi lo strumento di realizzazione di tale diritto all'informazione mediante la definizione del contenuto delle norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale.

In altri termini ciò significa che tale diritto all'informazione si esplica nella forma della definizione di tale contenuto mediante contratto collettivo aziendale.

È evidente che il contenuto di tale definizione trova fondamento nella realizzazione del diritto all'informazione nonché il diritto all'informazione non può non realizzarsi nel caso specifico nel processo di definizione di tale contenuto.

WILLIAM CHIAROMONTE

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Firenze

**DALL'ATTUAZIONE DEL PROTOCOLLO SUL WELFARE DEL 2007
ALLA MANOVRA ESTIVA DEL 2008:
BREVI NOTE A MARGINE DELLE RECENTI RIFORME
DELLE TIPOLOGIE DI LAVORO FLESSIBILE**

Sommario: 1. - Premessa. 2. - Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato. 2.1. - Il contratto a tempo determinato come deroga rispetto alla regola del tempo indeterminato. 2.2. - Il limite massimo alla successione di contratti a termine. 2.2.1. - La pluralità dei contratti a termine. 2.2.2. - L'identità delle parti. 2.2.3. - L'equivalenza delle mansioni. 2.2.4. - Il superamento del limite di 36 mesi e l'irrelevanza dei periodi di interruzione. 2.3. - La derogabilità assistita. 2.4. - Le esclusioni dall'applicazione del limite temporale. 2.5. - I limiti quantitativi di utilizzo dell'istituto. 2.6. - Il diritto di precedenza dei lavoratori a termine. 2.7. - Il regime sanzionatorio. 2.8. - Le disposizioni transitorie. 3. - Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo parziale. 3.1. - Le clausole flessibili ed elastiche. 3.2. - Le ipotesi di trasformazione del rapporto di lavoro da full time a part time. 3.3. - Il diritto di precedenza dei lavoratori che hanno trasformato il rapporto di lavoro da full time a part time. 4. - L'abolizione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. 5. - La (temporanea) abrogazione del contratto di lavoro intermittente. 6. - Le modifiche in materia di lavoro occasionale di tipo accessorio.

1. La legge 24 dicembre 2007, n. 247 (1), emanata all'esito di un lungo *iter* evolutivo caratterizzato dalla sperimentazione di un nuovo modello di concertazione "forte" (2), rappresenta l'attuazione del *Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili*, stipulato tra Governo e parti sociali il 23 luglio 2007. Solo un mese prima della sua caduta, il Governo Prodi è riuscito a far approvare la legge che costituisce una delle principali riforme dell'Esecutivo di centro-sinistra in materia di lavoro (3). I contenuti del complesso provvedimento legislativo,

(1) Legge 24 dicembre 2007, n. 247, recante *Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale*, in *GU*, 29 dicembre 2007, n. 301.

(2) Si vedano le considerazioni di V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, I, 185.

(3) M. CORTI, A. SARTORI, *Osservatorio legislativo in materia di lavoro: la legge di attuazione del Protocollo del luglio 2007; le disposizioni lavoristiche della Finanziaria; la nuova disciplina dell'orario degli autotrasportatori; le nuove regole per comunicazioni obbligatorie e dimissioni*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, III, 479-480.

che spesso introduce anche significativi elementi di novità rispetto a quanto previsto dal Protocollo, sono riconducibili a tre aree tematiche (4): il *welfare*, che comprende le innovazioni in materia di politiche di sicurezza sociale; la competitività, nella quale si annoverano gli interventi di natura incentivante rivolti sia alle imprese che ad altri soggetti presenti sul mercato del lavoro (ad esempio, i giovani e le donne); infine, il mercato del lavoro, nell'ambito del quale assumono un rilievo particolare le disposizioni che mirano a dare una nuova fisionomia alle diverse tipologie di lavoro flessibile, ed alle quali è dedicato il presente studio.

Importanti innovazioni sono introdotte dalla legge principalmente in materia di lavoro a tempo determinato (del quale, tra le altre cose, si afferma il carattere eccezionale rispetto al lavoro a tempo indeterminato), di lavoro a tempo parziale (le cui modalità di impiego tornano ad irrigidirsi), di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (che viene abolita), e di lavoro intermittente (riservato dalla legge solo ad alcuni settori produttivi).

Volendo individuare il *fil rouge* che caratterizza questa parte del provvedimento, esso è rappresentato dal contrasto alla eccessiva precarizzazione dei rapporti di lavoro, nell'intento di garantire una più incisiva tutela degli interessi dei lavoratori, e dalla concessione alla contrattazione collettiva di più ampi "spazi di manovra" rispetto a quelli riconosciuti all'autonomia individuale. La gran parte delle disposizioni che si andranno ad esaminare delineano scenari nuovi rispetto a quanto previsto sia dal d. lgs. n. 368 del 2001 che dal d. lgs. n. 276 del 2003, quando non sono addirittura apertamente in controtendenza rispetto ad essi, quasi a voler simbolicamente testimoniare una netta presa di distanza dalle politiche del lavoro del precedente Governo.

Sulla materia delle tipologie di lavoro flessibile si è cimentato con grande celerità anche l'attuale Governo di centrodestra, nella cui prima produzione normativa le disposizioni lavoristiche occupano decisamente un posto di prim'ordine. La manovra finanziaria estiva (d. l. 25 giugno 2008, n. 112 (5), convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 (6)), che è intervenuta ridisegnando il diritto del lavoro sia del settore privato che di quello pubblico, ha parzialmente modificato anche la materia di cui andremo ad occuparci, ed in particolare gli istituti del lavoro a tempo determinato, la cui disciplina è ora resa derogabile in maniera più incisiva dalle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e del lavoro intermittente, che adesso trova nuovamente un'applicazione generalizzata. Non sono invece state oggetto di revisione le modifiche introdotte alla disciplina del lavoro *part time* dalla legge n. 247 del 2007, né tantomeno il Governo è tornato (almeno per il momento) sull'abolizione dell'istituto

(4) Cfr. M. CINELLI, G. FERRARO, *Nota introduttiva*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Welfare, mercato del lavoro e competitività. Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, supplemento a *Guida Lav.*, 2008, 2, 7 ss..

(5) Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, in *GU*, 25 giugno 2008, n. 147, suppl. ord. n. 152/L.

(6) Legge 6 agosto 2008, n. 133, recante *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, in *GU*, 21 agosto 2008, n. 195, suppl. ord. n. 196.

della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato.

Pur senza configurare un ritorno alla situazione precedente la legge n. 247, le disposizioni in commento sono caratterizzate dalla flessibilizzazione, spesso subordinata all'intervento delle parti sociali, di alcuni istituti come il contratto a termine, cui si accompagna la semplificazione di una serie di adempimenti formali cui è tenuto il datore di lavoro. Iniziano dunque a delinearsi con maggiore chiarezza le opzioni di politica del diritto fatte proprie dall'attuale Governo in tema di lavoro, nella direzione di una maggiore semplificazione e deregolazione della materia (7).

2. Le novità in tema di contratto di lavoro a tempo determinato (art. 1, commi 39-43, legge n. 247 del 2007, ed art. 21, legge n. 133 del 2008) rappresentano senza dubbio il tratto maggiormente caratterizzante delle riforme in materia di tipologie contrattuali flessibili, e sono tendenzialmente rivolte a limitare l'utilizzo dell'istituto (8). I punti salienti delle novelle legislative consistono nell'affermazione del principio secondo cui il contratto a tempo determinato costituisce una deroga rispetto alla regola del tempo indeterminato; nella previsione di un limite massimo di durata alla successione dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati, per lo svolgimento di mansioni equivalenti, tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, salva un'ipotesi di derogabilità assistita; nei limiti quantitativi di utilizzo dell'istituto; infine, nella previsione di un diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a beneficio dei lavoratori già occupati a termine alle dipendenze dello stesso datore di lavoro.

2.1. L'art. 1, comma 39, della legge n. 247 del 2007, conformandosi alle indicazioni del Protocollo del 23 luglio 2007, che a sua volta richiama la previsione della Direttiva secondo cui il contratto di lavoro a tempo indeterminato rappresenta "la forma comune dei rapporti di lavoro" (9), premette all'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001 il principio in forza del quale "il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato". Un'affermazione di questo genere si pone in linea di continuità con quanto originariamente previsto dalla legge n. 230 del 1962, il cui art. 1 disponeva che "il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato", fatte salve le eccezioni tassativamente previste, e quindi sanciva il carattere eccezionale del lavoro a termine.

Come è noto, il d. lgs. n. 368 del 2001, nell'attuare la Direttiva comunitaria n. 70 del 1999, aveva omissso di pronunciarsi sul punto, nonostante la dichiarazione di prin-

(7) Questi sembrano essere, stando alle parole del Ministro Sacconi, i principali obiettivi da perseguire nell'opera di riorganizzazione del diritto del lavoro, pur rimanendo alquanto indeterminata la portata di tali termini, ed in particolare del secondo: così M. CORTI, A. SARTORI, *Osservatorio legislativo in materia di lavoro: la manovra estiva; la partecipazione dei lavoratori in caso di fusione transnazionale di s.p.a.; il decreto salva-Alitalia; il Libro unico del lavoro*, in Riv. It. Dir. Lav., 2008, III, 173-174. Per una visuale complessiva sulle riforme introdotte dalle leggi n. 247 del 2007 e n. 133 del 2008 si rinvia ai contributi raccolti in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P. A. VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, Torino, 2008.

(8) Così V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 188.

(9) Considerando n. 6 dell'accordo quadro siglato da CES, UNICE e CEEP il 18 marzo 1999.

cipio contenuta nell'accordo quadro recepito nella stessa Direttiva, limitandosi a dettare una norma generale che consente l'apposizione del termine "a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" (10). Di conseguenza, la dottrina si è posta il quesito se la disciplina del 2001 presupponga una sostanziale parificazione tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato, arrivando talvolta a sostenere una piena fungibilità tra le due tipologie, anche in virtù dell'estensione dell'ampiezza delle causali d'accesso al lavoro a termine (11).

La riaffermazione della centralità del contratto a tempo indeterminato, tuttavia, non deve essere eccessivamente enfatizzata, se si considera che, nell'interpretazione della legge del 2001, era prevalsa la tesi secondo cui il contratto a tempo determinato continuerebbe a rappresentare una deroga rispetto al modello *standard* rappresentato dal contratto a tempo indeterminato (12). Una tale posizione aveva trovato conferma anche nella giurisprudenza successiva al 2001 da un lato (13), nonché, dall'altro, nelle disposizioni della legge finanziaria per il 2008 in tema di tipologie contrattuali flessibili nel pubblico impiego (14).

Se si considera, poi, che la nuova disciplina non ha modificato l'impianto del d. lgs. n. 368 del 2001, ed in particolare la possibilità di apporre al contratto un termine di dura-

(10) Sulla disciplina del contratto a termine a seguito del d. lgs. n. 368 del 2001 si vedano, tra gli altri, A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001; M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002; L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002; A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003; N. MIRANDA, *Il nuovo contratto a termine nel lavoro "privato" e "pubblico"*, Cedam, Padova, 2007. Da ultimo, cfr. anche S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008; G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2008.

(11) Si veda, per tutti, M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 90 ss. *Contra*, da ultimo, cfr. F. LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine. Dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 1, 41 ss..

(12) Cfr. G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Welfare, mercato del lavoro e competitività. Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, cit., 67, il quale sottolinea come la possibilità di porre sullo stesso piano le due fattispecie contrattuali, che hanno una valenza ed una funzione differente, è esclusa anche dalla previsione, nel caso del lavoro a termine, della forma scritta obbligatoria e dell'indicazione di una causale specifica. Sul punto si veda anche R. FOGLIA, *Lavoro a termine e a tempo indeterminato: due realtà non fungibili neanche per l'ordinamento comunitario*, in *Dir. Lav.*, 2006, I, 67 ss.

(13) Si vedano, tra le altre, Corte d'Appello di Firenze, 11 luglio 2006, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, 459 ss.; Corte d'Appello di Firenze, 30 maggio 2005, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, 120 ss. In precedenza, la Suprema Corte aveva già avuto modo di affermare che il termine costituisce una deroga rispetto al principio secondo cui il contratto di lavoro è normalmente a tempo indeterminato: così Cassazione, 21 maggio 2002, n. 7468, in *Foro It.*, 2002, I, 1956. Più in generale, sulla giurisprudenza in materia di contratto a termine dopo il d. lgs. n. 368 del 2001, si rinvia a L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, I, 327 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d. lgs. n. 368 del 2001*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2007, 455 ss.; T. VETTOR, *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post d. lgs. n. 368 del 2001 e successive modificazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 2, 605 ss.

(14) Art. 3, legge 24 dicembre 2007, n. 244, che ha modificato l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001: si veda C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT, n. 68/2008, 4.

ta solo qualora sussistano “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” (art 1, comma 3), ne deriva che gli spazi di manovra datoriali per ricorrere alla tipologia contrattuale in parola rimangono sostanzialmente immutati (15). A ben vedere, tali spazi si sono in qualche modo ampliati in virtù dell’art. 21, primo comma, della legge n. 133 il quale, modificando l’art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 368 del 2001, specifica che l’apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato è consentita a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili “alla ordinaria attività del datore di lavoro”; in questo modo, si supera la posizione di quanti avevano ritenuto che l’apposizione del termine fosse legittima esclusivamente se riferita ad attività aziendali non ordinarie, ben potendo ora il datore di lavoro individuare, anche con riferimento alla sua attività usuale, le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che consentono la stipula del contratto a termine, fermo comunque restando il principio secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è, di regola, a tempo indeterminato. “In effetti, vi può ben essere una ragione di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che si riferisca all’ordinaria attività del datore di lavoro, che sia al contempo di carattere temporaneo: si pensi a un picco di produzione determinato da una particolare contingenza del mercato” (16).

L’aver ribadito il rapporto di regola ed eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine (17) conferma, inoltre, il prevalente orientamento dottrinale, cui è corrisposto un analogo maggioritario orientamento giurisprudenziale (18), che ritiene necessaria, per poter legittimamente ricorrere al lavoro a tempo determinato, la temporaneità dell’esigenza datoriale (19). In altre parole, non sarebbe possibile ricorrere alla tipologia contrattuale *de qua* in presenza di una stabile esigenza di manodopera da parte dell’impresa, né di una qualsiasi ragione oggettiva che renda preferibile il

(15) Così G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Le nuove leggi civili commentate, Cedam, Padova, 2008, 94.

(16) M. CORTI, A. SARTORI, *Osservatorio legislativo in materia di lavoro: la manovra estiva*, cit., 175.

(17) In realtà la Direttiva comunitaria sembra avallare, più che un rapporto regola-eccezione, una relazione tra l’ordinarietà del contratto a tempo indeterminato e la specialità di quello a termine: così G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 3, 659.

(18) Sui diversi orientamenti giurisprudenziali si rinvia ancora una volta a L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, cit., 327 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa*, cit., 455 ss.; T. VETTOR, *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post d. lgs. n. 368 del 2001*, cit., 605 ss..

(19) Si vedano, tra gli altri, V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, 361 ss.; ID., *Il contratto a termine. Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, 2003, 399 ss.; L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, cit.; *contra* A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., e, più di recente, G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, cit., 660, e A. VALLEBONA, *Giustificazione del lavoro a termine*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, supplemento a *Mass. Giur. Lav.*, 2006, 38, secondo il quale è sufficiente “una qualsiasi ragione obiettiva non arbitraria o fraudolenta che renda utile il lavoro a termine nella concreta organizzazione aziendale”, senza che vi sia la necessità, ai fini della validità dell’apposizione del termine, del carattere temporaneo delle ragioni aziendali.

lavoro a termine, dovendosi viceversa verificare un'esigenza di incremento della forza lavoro limitata nel tempo (20). Una tale conclusione non sembra inficiata dal riferimento, inserito da ultimo dalla legge n. 133, alla ordinaria attività del datore di lavoro.

2.2. L'art. 1, comma 40, lettera *b*, della legge n. 247 del 2007 interviene dettando un limite massimo di durata (36 mesi) alla successione dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati, per lo svolgimento di mansioni equivalenti, tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore.

La modifica può essere meglio compresa se si considera che l'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001, cui la novella ha aggiunto un comma 4 *bis*, trova la sua ragion d'essere in uno degli obiettivi espliciti della Direttiva n. 70 del 1999, vale a dire la prevenzione degli abusi derivanti dalla reiterazione di assunzioni con contratto a termine. La clausola 5 della Direttiva impone infatti agli Stati membri, che non dispongano già di normative a riguardo, di introdurre nei rispettivi ordinamenti una o più misure atte a contenere detti abusi, ipotizzando il ricorso a tre diversi strumenti, utilizzabili in maniera congiunta o alternativa: la previsione di ragioni obiettive per consentire il rinnovo del contratto a tempo determinato; la fissazione di una durata massima totale dei contratti a termine successivi; infine, la fissazione di un numero massimo di rinnovi dei suddetti contratti (21).

Il d. lgs. n. 368 del 2001 aveva già posto dei limiti alla proroga del termine (art. 4), alla continuazione di fatto del rapporto oltre la scadenza del termine (art. 5, commi 1 e 2) ed ai rinnovi (art. 5, commi 3 e 4), ma era carente sotto il profilo dei limiti di durata massima alla successione dei contratti a tempo determinato (22); per tale motivo, si è discusso della compatibilità della normativa italiana rispetto alla disciplina comunitaria. Da un lato, è stato sostenuto che la disciplina italiana, prevedendo fin dal 2001 l'esigenza di "ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti", fosse almeno formalmente conforme ai dettami comunitari già prima della novella del 2007; difatti, nelle intenzioni del legislatore comunitario la previsione di ragioni obiettive per consentire il rinnovo del contratto a tempo determinato avrebbe dovuto costituire una misura anche solo alternativa rispetto alla fissazione della durata massima dei contratti a termine successivi, non dovendo necessariamente cumularsi a quest'ultima (23). D'altro canto, si è ritenuto che un effettivo adeguamento dell'ordinamento nazionale alle disposizioni della Direttiva comunitaria, in particolare per quanto concerne l'aspetto della prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una

(20) Si veda più diffusamente V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 189 ss.; *contra*, è stato sostenuto che "non necessariamente i contratti a termine debbano essere strutturalmente impregnati dello stigma della transitorietà, anche perché il criterio della temporaneità è di per sé intrinsecamente duttile ed elastico, venendo a rappresentare un dato meramente prognostico rispetto ad esigenze aziendali suscettibili di continua evoluzione": così G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 67.

(21) Si vedano M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2007, 218.

(22) Cfr. G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, 40-41.

(23) In questo senso G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 94.

successione di contratti a termine, sia avvenuto solo nel 2007, rilevando, nell'ottica comunitaria, non tanto la motivazione del primo contratto a termine, quanto piuttosto la giustificazione del rinnovo, per il già ricordato atteggiamento di sospetto collegato al possibile utilizzo abusivo dell'istituto (24). La seconda posizione, maggiormente rispettosa della *ratio* della disciplina comunitaria, sembra preferibile.

La legge n. 247, ancora una volta rifacendosi alle indicazioni del Protocollo sul *welfare*, ha ritenuto necessario intervenire nuovamente sul punto, presumibilmente allo scopo di tutelare maggiormente i lavoratori contro i possibili abusi derivanti da un uso distorto dell'istituto che, nonostante la disciplina del 2001, continuavano a verificarsi (25). In particolare, essa disegna una fattispecie composta da più elementi - la pluralità di contratti a termine, l'identità delle parti, l'equivalenza delle mansioni ed il periodo di durata massima dei contratti a tempo determinato, senza che rilevino i periodi di interruzione - alla sussistenza dei quali vengono connesse rilevanti conseguenze sanzionatorie (26).

Prima di esaminare più da vicino i singoli elementi che compongono la fattispecie delineata dal comma 4 *bis* è necessario ricordare che esso fa salva la disciplina della successione di contratti a tempo determinato, prevista dall'art. 5, commi 3 e 4, del d. lgs. n. 368 del 2001, presumibilmente poiché essa è posta a garanzia del fatto che non si ricorra al contratto a termine in modo fraudolento, ovvero sia anche in presenza di un'esigenza lavorativa di carattere permanente. Ciò significa che la disciplina di cui all'art. 4 *bis* si applica esclusivamente qualora la stipulazione di un secondo contratto a tempo determinato avvenga dopo che sia decorso un periodo di dieci ovvero venti giorni dalla data di scadenza del contratto che abbia avuto durata, rispettivamente, inferiore o superiore a sei mesi (27); altrimenti, se la riassunzione avviene entro i dieci o i venti giorni, è disposta la conversione del secondo contratto *ex nunc* in un rap-

(24) Si veda G. FERRARO, *L'evoluzione del quadro legale*, in ID., (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., 8-9, il quale ritiene che "il decreto del 2001 non aveva tenuto adeguatamente conto di tale problematica limitandosi a prescrivere in termini generali l'obbligatorietà di una motivazione tecnico-produttiva, di per sé inidonea a giustificare la reiterazione dei contratti a termine, tanto più in mancanza di un limite temporale ("durata massima totale") oppure numerico ("il numero dei rinnovi")".

(25) Secondo PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 95, la *ratio legis* consisterebbe nel sollecitare il datore di lavoro a stabilizzare il lavoratore assumendolo a tempo indeterminato, allo scopo di farlo uscire dalla "trappola della precarietà"; tuttavia, lo stesso Autore rileva che, nei casi in cui lo strumento venga utilizzato in modo improprio, ciò potrebbe provocare un aggravamento della posizione del lavoratore, che si vedrebbe preclusa la possibilità di una prosecuzione, sia pure a tempo determinato, del rapporto di lavoro con lo stesso datore.

(26) Sulle modifiche introdotte dall'art. 5, comma 4 *bis*, come pure dall'art. 5, comma 4 *ter*, si veda, da ultimo, A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4 bis e ter, d. lgs. n. 368/2001*, in Riv. It. Dir. Lav., 2008, I, 287 ss..

(27) C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 6, ricorda che si tratta di un'ipotesi tipizzata di frode alla legge, dal momento che "la previsione sottende la presunzione per la quale il ricorso reiterato al contratto a termine oltre un certo limite di tempo è indicativa di un'esigenza stabile di utilizzo delle prestazioni del lavoratore da parte del datore di lavoro".

porto di lavoro a tempo indeterminato (art. 5, comma 3). Invece, nel caso in cui la riasunzione avvenga senza soluzione di continuità, ai sensi del comma 4 avremo una conversione legale *ex tunc*.

2.2.1. Il primo elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 5, comma 4 *bis*, del d. lgs. n. 368 del 2001 consiste nella stipulazione di più contratti a termine, la cui durata complessiva superi il limite massimo dei 36 mesi. C'è da chiedersi, allora, se la stipulazione tra le parti di un unico contratto a termine di durata superiore a quella stabilita dalla novella legislativa ricada nell'ipotesi sanzionata dallo stesso articolo con la conversione in rapporto a tempo indeterminato.

Da un lato si può argomentare a favore della sostanziale neutralità del legislatore nei confronti della durata del primo contratto a termine, che sarebbe quindi oggetto di una disciplina di maggior favore, priva di limitazioni di durata e giustificata dalla minore diffidenza rispetto alle successive proroghe (28). Sarebbe quindi consentita la stipulazione di un unico contratto a tempo determinato di durata superiore a 36 mesi, senza che ciò implichi la trasformazione dello stesso in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Del resto, un'impostazione di questo genere sembra confermare quanto affermato dalla prevalente dottrina, secondo cui il d. lgs. n. 368 del 2001, ed in particolare la disciplina della proroga di cui all'art. 4, avrebbe consentito una durata iniziale del contratto anche superiore a tre anni, dovendosi in ogni caso rispettare il requisito della temporaneità delle esigenze datoriali (29).

Una diversa interpretazione punta sulla valorizzazione del termine di 36 mesi come termine massimo di durata del contratto a tempo determinato in tutte le ipotesi previste dal d. lgs. n. 368 del 2001, e quindi anche in caso di stipula di un unico contratto (30). Per il tramite di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 4, comma 3, il quale prevede che il limite complessivo della durata del contratto riguarda solo l'ipotesi di proroga del contratto la cui durata iniziale sia inferiore a tre anni, si giungerebbe così ad individuare un limite di durata massima di 36 mesi anche nel caso di un unico contratto, limite superabile solo grazie alla deroga prevista dall'art. 5, comma 4 *bis*, sulla quale si tornerà tra breve, oltre che, naturalmente, nelle ipotesi non soggette al limite di durata ed individuate dall'art. 10 del decreto (31).

Una tale impostazione, tuttavia, anche alla luce delle recenti innovazioni legislative, non sembra pienamente condivisibile, soprattutto se si considera che la lettera della legge è chiara nel fare riferimento alla stipulazione di una pluralità di contratti a tempo determinato.

(28) In questo senso G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 67, e G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 95.

(29) Si veda, per tutti, V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 400 ss., il quale tuttavia si riferisce alla situazione precedente alla riforma.

(30) Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 196-200, il quale ritiene che l'ammissibilità di un contratto che superi i 36 mesi sin dall'origine sarebbe contraria all'intenzione del legislatore di evitare che i contratti a termine si estendano oltre tale periodo massimo.

(31) Così C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 8.

Se, dunque, si può ritenere che nell'ipotesi di un unico contratto a termine stipulato per una durata iniziale superiore ai 36 mesi non operi il meccanismo sanzionatorio previsto all'art. 4 *bis*, resta da vedere cosa accade nel caso in cui, per effetto di una proroga o di un rinnovo, il contratto a tempo determinato stipulato per una durata inferiore a 36 mesi arrivi a superare tale soglia. In tal caso, in entrambe le ipotesi si ritiene che operi la conversione, anche se in virtù di diverse basi giuridiche. Il rinnovo difatti, costituendo a tutti gli effetti un nuovo contratto, va ad aggiungersi al primo, integrando così il requisito della pluralità di contratti a termine richiesto dall'art. 4 *bis*, e dunque consente la conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Per quanto concerne la proroga, invece, non potendosi fare riferimento alla suddetta disposizione, dal momento che in questo caso non si può parlare di una pluralità di contratti a tempo determinato, bensì di un unico contratto, si dovrà allora guardare all'art. 4, comma 1, che dispone che la durata complessiva del rapporto, compresa la proroga, non può essere superiore a 36 mesi; anche a questa ipotesi consegue la medesima conseguenza sanzionatoria suesposta, vale a dire la conversione in rapporto a tempo indeterminato (32).

2.2.2. Il secondo elemento qualificante la fattispecie di cui all'art. 5, comma 4 *bis*, del d. lgs. n. 368 del 2001 consiste nell'identità delle parti: il rapporto di lavoro instaurato attraverso una pluralità di contratti a termine deve intercorrere "fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore".

La questione più rilevante attiene, in questo caso, all'individuazione del soggetto che la norma qualifica come "datore di lavoro". È stato sottolineato, difatti, che per "datore di lavoro" si potrebbe intendere la persona, fisica o giuridica, titolare del rapporto di lavoro, ovvero si potrebbe far riferimento alla nozione lavoristica di "azienda". La prima soluzione appare quella da preferire; di conseguenza, nel caso in cui si verifichi un trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro a termine alle dipendenze del soggetto cedente non può cumularsi con quello intercorso con il cessionario al fine dell'applicazione della disposizione in commento (33).

2.2.3. Ulteriore requisito richiesto dalla norma è quello della equivalenza delle mansioni: l'art. 5, comma 4 *bis*, dispone che i contratti successivamente stipulati devono avere ad oggetto mansioni equivalenti, il che significa che non danno luogo alla sanzione della conversione i contratti a termine stipulati tra gli stessi soggetti, ma che prevedano lo svolgimento di mansioni diverse.

Il concetto di equivalenza delle mansioni è desunto dall'art. 2103 del c.c. in tema di *jus variandi* del datore di lavoro; stando alla consolidata giurisprudenza sul punto, non è sufficiente un'equivalenza oggettiva e retributiva, desumibile cioè dall'inclusione in uno stesso livello contrattuale di inquadramento delle precedenti e delle nuove mansioni, bensì

(32) G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 96. La trasformazione del rapporto a termine in rapporto *sine die* è prevista solo qualora il rapporto continui di fatto oltre il ventesimo giorno, in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il trentesimo giorno, negli altri casi (art. 5, comma 2, d. lgs. n. 368 del 2001).

(33) *Ibidem*.

deve esservi un'equivalenza di tipo soggettivo, dalla quale si possa evincere che le nuove mansioni siano concretamente equivalenti a quelle svolte in precedenza per quanto concerne il contenuto, la natura e le modalità del loro espletamento, essendo quindi null'altro che un perfezionamento ed un affinamento di quanto già acquisito in precedenza, e che esse corrispondano alla specifica competenza tecnica del dipendente, ne salvaguardino il livello professionale e siano, comunque, tali da consentire al lavoratore l'utilizzazione del patrimonio di esperienza acquisita nella pregressa fase del rapporto di lavoro (34).

Se è vero che il riferimento al concetto di mansioni equivalenti *ex art.* 2103 c.c. costituisce un utile metro di paragone per definire e circoscrivere il requisito in parola (35), tuttavia non si può fare a meno di rilevare che alle due norme siano sottese *rationes* differenti, cui corrispondono necessariamente concetti di equivalenza professionale di ampiezza diversa (36).

Nell'ambito della disciplina dello *jus variandi*, le mansioni equivalenti devono essere interpretate, nell'interesse del lavoratore, in modo restrittivo, e quindi riferite essenzialmente al mantenimento delle competenze professionali di quest'ultimo, allo scopo di una più incisiva tutela della professionalità acquisita. L'art. 5, comma 4 *bis*, viceversa, assolve ad una funzione antifraudolenta, e di conseguenza più ampio è il concetto di mansioni equivalenti, maggiore sarà il grado di tutela riconosciuto al lavoratore contro un utilizzo abusivo dell'istituto. Oltre a ciò, si consideri che una troppo rigida ricostruzione del concetto di equivalenza delle mansioni rischierebbe di facilitare il datore di lavoro che, allo scopo di evitare la stabilizzazione del lavoratore in conseguenza della violazione della disposizione in esame, potrebbe adibirlo a mansioni solo apparentemente non equivalenti (37).

Nell'ipotesi in cui l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori o superiori sia fittizia, e quindi miri ad eludere la norma che impone il tetto massimo di 36 mesi, il lavoratore potrà anche tentare di dimostrare l'esistenza della frode alla legge, *ex art.* 1344 c.c.; in questo caso, graverà sul datore di lavoro l'onere di dover provare l'insistenza della elusione (38).

2.2.4. Per quanto concerne il periodo di durata massima dei contratti a termine

(34) Cfr., tra le altre, Cassazione, 26 luglio 2006, n. 17022, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, 4, 1117; Cassazione, 12 gennaio 2006, n. 425, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, 381; Cassazione, 12 aprile 2005, n. 7453, in *Dir. e Giust.*, 2005, 25, 44; Cassazione, 11 aprile 2005, n. 7351, in *Dir. e Giust.*, 2005, 30, 47; Cassazione, 23 marzo 2005, n. 6326, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, 1128. È da rilevare che di recente la Suprema Corte ha ammesso la legittimità delle clausole collettive di fungibilità delle mansioni, il che potrebbe comportare una revisione della suddetta interpretazione: Cassazione, Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, 2, 193.

(35) Si consideri che è lo stesso Ministero del lavoro, con la circolare n. 13 del 2 maggio 2008, a richiamare espressamente la nozione di equivalenza delle mansioni *ex art.* 2103 c.c. ai fini dell'identificazione dei contratti a termine che, stipulati in successione, comportano la conversione in contratto a tempo indeterminato al superamento del periodo complessivo di 36 mesi.

(36) Così G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 68.

(37) *Ibidem*.

(38) Si rinvia sul punto alle più ampie considerazioni di V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 203-206.

successivi, si è già detto che la norma lo fissa in “36 mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro”, disponendo che, qualora si superi detto termine, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato.

In primo luogo, si deve rimarcare che, ai fini del raggiungimento del tetto massimo di 36 mesi, non rilevano i periodi di interruzione intercorrenti tra un contratto e l'altro, ma solo i tempi di lavoro effettivamente prestato.

In secondo luogo, la formulazione della norma sembrerebbe lasciare intendere che, in assenza della specificazione da parte della legge di un arco di tempo di riferimento, un lavoratore non potrebbe superare, nell'arco dell'intera vita lavorativa, con più contratti a termine stipulati con lo stesso datore di lavoro, e per l'espletamento di mansioni equivalenti, il limite massimo complessivo di 36 mesi, pena la conversione in contratto a tempo indeterminato. Una tale conclusione produrrebbe però degli effetti irrazionali, e per questo motivo non è mancato chi ha sospettato della sua incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost. (39); tuttavia, la prospettata ricostruzione potrebbe essere agevolmente superata mediante una rigorosa interpretazione del concetto di “successione” dei contratti, da intendersi come “reiterati nel quadro di un processo sostanzialmente unitario e temporalmente (comunque) delimitato, a nulla rilevando contratti dislocati in periodi completamente diversi” (40).

Ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 368 del 2001, al superamento dei 36 mesi “il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato”; è stato considerato che tale effetto si verifica *ex nunc*, ma non nel momento in cui tale limite massimo viene superato, bensì quando sia decorso anche l'ulteriore periodo di moratoria di venti giorni, restando di conseguenza impregiudicati i precedenti contratti e gli effetti che ne sono derivati (41).

Inoltre, l'affermazione secondo cui il contratto, al superamento del termine prescritto, “si considera” a tempo indeterminato sembra implicare che non si possa propriamente parlare di una vera e propria conversione, bensì che si verifichi un effetto legale tipico, prescritto dal legislatore, in forza del quale “riprende pienamente vigore il principio o la “regola” sul carattere normalmente indeterminato del rapporto” (42).

Il comma 2 dell'art. 21 della legge n. 133 del 2008 interviene sull'art. 5, comma 4 *bis*, del d. lgs. n. 368 del 2001, il quale, come già si ricordava, disciplina la successione dei contratti a tempo determinato, ed il relativo tetto massimo dei 36 mesi totali di lavoro presso lo stesso datore di lavoro. Ferma restando la disciplina della succes-

(39) Secondo G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 97, sarebbe bastato “individuare un arco temporale (anche molto ampio) che faccia da limite esterno entro il quale abbiano rilevanza, e siano cumulabili, i diversi contratti a termine succedutisi nel tempo”, per evitare tali effetti irrazionali.

(40) Così G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, cit., 662.

(41) Cfr. G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 97; *contra* G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, cit., 664-665, il quale ritiene che la decorrenza del contratto stabile si determina al superamento del periodo di 36 mesi, e non anche dell'ulteriore periodo di venti giorni. La circolare n. 13/2008 del Ministero del lavoro conferma la prima ricostruzione, nonostante il tenore letterale e la *ratio* degli artt. 5, commi 2 e 4 *bis* del d. lgs. n. 368 del 2001, vale a dire che allo scadere dei 36 mesi il rapporto si protrae per ulteriori venti giorni, senza che durante questo periodo si determini l'effetto della conversione.

(42) In questi termini G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 68.

sione di contratti di cui ai commi precedenti, si fanno salve le diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Alle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale è dunque riconosciuta la facoltà di negoziare deroghe al generale limite massimo di 36 mesi.

2.3. Lo stesso art. 5, comma 4 *bis*, del d. lgs. n. 368 del 2001 prevede una disciplina derogatoria rispetto a quanto fin qui esposto: “un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l’assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato”. Inoltre, la durata dell’ulteriore contratto dovrà essere stabilita con avvisi comuni delle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Qualora la procedura non venga rispettata, o ancora se si superi il termine stabilito nell’ulteriore contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.

Il modello delineato dalla norma è dunque quello della derogabilità assistita (43). Per evitare l’operatività del meccanismo della conversione, la stipula del nuovo contratto dovrà avvenire, sulla base della procedura descritta, prima della scadenza dei 36 mesi, dal momento che, decorso tale periodo, il lavoratore acquisisce il diritto alla stabilità del rapporto (44). Nel caso in cui l’accordo intervenga solo dopo che sia scaduto tale termine, esso “rappresenterebbe un atto di disposizione abdicativa da parte del lavoratore del diritto alla stabilità del posto di lavoro già maturato” (45); per questo motivo, il legislatore ha ritenuto necessario affiancare al lavoratore una qualificata assistenza sindacale, allo scopo di consentire che l’atto di volontà assistita si formi e si esprima in modo libero e consapevole. La Direzione provinciale del lavoro ed il sindacato sono quindi chiamati a verificare la sussistenza di tre elementi: il superamento dei 36 mesi, l’esistenza di esigenze temporanee alla base del nuovo contratto ed il rispetto, da parte del rapporto “in deroga”, della durata massima prevista dagli avvisi comuni (46). Mentre sembra pacifica l’ammissibilità di un eventuale controllo giurisdizionale sui suddetti profili di legittimità del contratto, resta aperta la questione se, una volta stipulato il nuovo contratto derogatorio, il lavoratore possa ancora agire in giudizio per far dichiarare la conversione in contratto a tempo indeterminato, o se viceversa tale via gli sia preclusa dalla stipula del nuovo contratto (47).

(43) Il riferimento, da ultimo, è allo studio di R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007.

(44) *Contra* M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Guida Lav.*, 2008, 2, 114, secondo il quale il riferimento ad un “ulteriore contratto successivo” escluderebbe la possibilità di stipulare, prima della scadenza dei 36 mesi, un ulteriore contratto a termine che conduca, in deroga, al superamento del limite massimo.

(45) Ancora G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 67; nello stesso senso V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 196.

(46) V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 212.

(47) Sostiene quest’ultima tesi C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 11.

La procedura descritta dalla disposizione in commento ricorda da vicino l'istituto della certificazione, di cui agli artt. 75 ss. del d. lgs. n. 276 del 2003 (48); tuttavia, il ricorso a tale istituto non sembra ammissibile per il lavoro a tempo determinato (49), e dunque non si può parlare di una vera e propria certificazione del contratto a termine in deroga, soprattutto se si tiene in considerazione che la funzione della procedura derogatoria non sembra essere tanto quella di esercitare una forma di controllo sulla giustificazione dell'ulteriore contratto a termine, quanto piuttosto di informare il lavoratore dell'eccezionale possibilità di stipulare un ulteriore contratto a tempo determinato in deroga a quanto ordinariamente previsto (50). Oltre a ciò, l'accordo raggiunto con l'assistenza sindacale dimostra una efficacia più ampia rispetto a quello che è frutto della procedura di certificazione, poiché da un lato esso può derogare al termine di 36 mesi per l'ammissibilità di più contratti a termine, e dall'altro produce l'effetto di non poco conto di rinunciare a diritti già entrati nella sfera giuridica del lavoratore (51).

Di particolare rilevanza è la previsione secondo cui saranno le organizzazioni comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro a stabilire, attraverso avvisi comuni, la durata massima del contratto derogatorio (52).

In primo luogo, la norma non fa riferimento ai contratti collettivi, bensì, utilizzando una terminologia di derivazione comunitaria, ad "avvisi comuni", dovendosi intendere per tali non degli accordi dotati di contenuto negoziale, bensì delle indicazioni, presumibilmente di livello interconfederale, che rappresentano la visione delle organizzazioni sindacali sulla materia in oggetto; sembra deporre nel senso della distinzione tra avvisi comuni e contratti collettivi anche la previsione contenuta nell'art. 5, comma 4 *ter*, che, in tema di esclusioni dall'applicazione del comma 4 *bis*, prevede che siano individuate "dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali" (53).

Si prevede, inoltre, che il lavoratore debba necessariamente farsi assistere da un rappresentante delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Sono stati sollevati dei dubbi circa l'opportunità di delimitare in tal modo i soggetti negoziali capaci di esercitare la funzione di assistenza, dal momento che il lavoratore iscritto ad un sindacato che non è comparativamente più rappresentativo si vedrebbe preclusa la possibilità di farsi assistere dal sindacato cui è iscritto, dovendosi

(48) Si veda, anche in rapporto alla derogabilità assistita, M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 581 ss. Cfr. anche L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 869 ss.

(49) M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., 588.

(50) C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 11, ricorda che tale conclusione è sostenuta anche dal fatto che non si potrebbe escludere il potere di accertamento del giudice circa la concreta ricorrenza del presupposto causale; *contra* A. VALLEBONA, *Il lavoro a termine nel protocollo del luglio 2007*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, 698 ss.

(51) Così G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 68, che peraltro ritiene inoppugnabile la rinuncia espressa dal lavoratore nelle forme della derogabilità assistita.

(52) Dunque, finché tali avvisi comuni non verranno emanati, sarà impossibile superare in deroga il tetto massimo di 36 mesi.

(53) Si veda C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 13.

viceversa necessariamente rivolgere ad un sindacato diverso (54). Va rimarcato che, sul punto, il Protocollo del luglio 2007 prevedeva la necessaria presenza di un rappresentante dell'organizzazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato.

Infine, l'effetto sanzionatorio della conversione è, in questa ipotesi, ricondotto al mancato rispetto della procedura che consente la deroga, ovvero al superamento del termine fissato nel nuovo contratto, ed avviene al momento del superamento del termine stabilito nel contratto derogatorio (55).

Dall'esame della disposizione, a fronte di un ruolo tendenzialmente ridimensionato che la contrattazione collettiva ha assunto nel d. lgs. n. 368 del 2001, nonostante i molteplici rinvii ad essa operati (56), sembrano emergere nuovi margini di manovra per quest'ultima con riferimento al contratto a termine, ed in particolare al ruolo ad essa attribuito sia nell'ambito della stipulazione assistita del successivo contratto a termine, che deroghi alla disciplina generale di cui all'art. 5, comma 4 *bis*, sia nella fissazione della durata massima di detto contratto derogatorio. A ciò si aggiunga, infine, la facoltà ad essa attribuita di derogare al generale limite massimo di 36 mesi, introdotta da ultimo dalla manovra estiva del 2008.

2.4. Il nuovo comma 4 *ter* dell'art. 5 esclude dal campo di applicazione del comma 4 *bis* le attività stagionali, nonché, come già si accennava in precedenza, quelle che verranno individuate "dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative".

Per quanto concerne le attività stagionali, esse sono definite dal D.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 e successive modificazioni, con un'elencazione che è ragionevole ritenere tassativa; quanto alle integrazioni ad opera delle parti sociali, che testimoniano il recupero di un'importante funzione da parte del sindacato, la lettera della norma sembrerebbe far pensare che anch'esse debbano essere di carattere stagionale (57).

(54) Le perplessità sono espresse da G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 98; diversamente, V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 212, ritiene che la selezione del soggetto sindacale comparativamente più rappresentativo sia pienamente comprensibile, e che rispecchi la finalità, già sottesa all'art. 23 della legge n. 56 del 1987, di garantire il controllo del mercato del lavoro solo a determinate organizzazioni sindacali.

(55) G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 69, sottolinea che la conversione in contratto a tempo indeterminato consegue alla trasgressione di una clausola contrattuale di carattere obbligatorio, che invece avrebbe dovuto comportare più logicamente un effetto risarcitorio.

(56) Si vedano a proposito le riflessioni di S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, 1, 505 ss.; sul ruolo della contrattazione collettiva nel regolare il ricorso al contratto a tempo determinato si vedano anche B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Italy*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Flexibility and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT, n. 56/2007, 46 ss..

(57) È di questo avviso C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 13; *contra* V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 208, il quale sostiene che gli avvisi comuni ed i contratti collettivi siano liberi di introdurre ipotesi normative diverse da quelle caratterizzate dal requisito della stagionalità, poiché altrimenti vi sarebbe una restrizione del ruolo dell'autonomia collettiva contrastante con i poteri ad essa attribuiti su altri aspetti essenziali della materia.

La novella legislativa non incide ulteriormente in tema di esclusioni. Ne deriva che restano sottratti dal limite temporale dei 36 mesi quei contratti a termine già disciplinati in precedenza dall'art. 10, commi 1-6, del d. lgs. n. 368 del 2001, per quanto ancora in vigore. Ai contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, gli unici adesso ammissibili *ex art. 1, comma 46* della novella legislativa, tale limite massimo non si applica *ex art. 22, comma 2*, del d. lgs. n. 276 del 2003, come modificato dall'art. 1, comma 42 della legge n. 247 del 2007; lo stesso vale per i contratti di formazione (art. 10, comma 1, lettera *b*), oggi applicabili al solo settore pubblico, di apprendistato e per le "tipologie contrattuali legate a fenomeni di formazione attraverso il lavoro che, pur caratterizzate dall'apposizione di un termine, non costituiscono rapporti di lavoro" (art. 10, comma 1, lettera *c*), nonché, in via analogica, per i contratti di inserimento. Ancora, sono esclusi "i rapporti di lavoro tra i datori di lavoro dell'agricoltura e gli operai a tempo determinato" (art. 10, comma 2), i dirigenti (art. 10, comma 4), ed "i rapporti instaurati con le aziende che esercitano il commercio di esportazione, importazione ed all'ingrosso di prodotti ortofrutticoli" (art. 10, comma 5).

2.5. L'art. 1, comma 41, della legge n. 247 del 2007 interviene sui limiti quantitativi di utilizzo del contratto a tempo determinato, che, *ex art. 10, comma 7*, sono individuati dalla contrattazione collettiva, fatte salve alcune ipotesi espressamente previste dalla legge.

La novella legislativa modifica proprio i casi di ricorso al contratto a termine esenti da limitazioni quantitative; in particolare, la norma non interviene sulle lettere *a* (assunzione di personale nella fase di avvio di nuove attività) e *b* (assunzione per ragioni di carattere sostitutivo o di stagionalità), ma riformula le lettere *c* (assunzione per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi) e *d* (assunzione di lavoratori di età superiore a 55 anni). Ne deriva che non sono più compresi nell'elenco delle ipotesi di ricorso al contratto a tempo determinato esenti da limitazioni quantitative i contratti a termine stipulati per l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno, quelli stipulati a conclusione di un periodo di tirocinio o di stage, allo scopo di facilitare l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro, e quelli stipulati per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale. Di conseguenza, risulta potenziata la possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre limiti quantitativi all'utilizzo del contratto a termine.

La disposizione che esclude dalle percentuali quantitative prescritte dai contratti collettivi i contratti a termine stipulati con lavoratori di età superiore a 55 anni merita un maggiore approfondimento, se non altro in virtù della (apparente) analogia con il caso *Mangold* deciso dalla Corte di Giustizia (58). In quest'ultimo caso, difatti, la

(58) Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, in *Racc.*, 2005, I-9981, per una completa disamina della quale si rinvia a V. PICCONE, S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *Foro It.*, 2006, IV, 342 ss., nonché, più in generale sulla recente giurisprudenza comunitaria in tema di contratto a termine, si veda S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT, n. 52/2007.

Corte ha ritenuto incompatibile con la Direttiva comunitaria n. 78 del 2000, in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, la legge tedesca che consentiva la stipulazione senza restrizioni di contratti a termine con lavoratori che avessero compiuto i 52 anni di età. Tuttavia, non sembra potersi ritenere incompatibile rispetto alla Direttiva comunitaria la disposizione in commento, dal momento che essa “non introduce una maggiore elasticità nell’assunzione a termine dei lavoratori che abbiano superato una determinata età, ma si limita semplicemente ad escluderli dalle percentuali quantitative prescritte dai contratti collettivi” (59).

Lo stesso art. 1, comma 41, lettera *b*, procede alla abrogazione dell’art. 10, commi 8 (che esentava dalle limitazioni quantitative i contratti a termine di durata inferiore a sette mesi), 9 (che rinviava alla contrattazione collettiva l’individuazione di un diritto di precedenza a favore dei lavoratori a termine, per le assunzioni presso la stessa azienda e con la medesima qualifica) e 10 (che regolava l’estinzione del predetto diritto di precedenza) (60).

Infine, l’art. 1, comma 41, lettera *c*, conferma la deroga dall’applicazione del limite massimo di 36 mesi anche per il lavoro dirigenziale; si tratta di un *surplus*, poiché già il d. lgs. n. 368 del 2001 nella sua formulazione originaria all’art. 10, comma 4, escludeva dal suo campo di applicazione i dirigenti, con le uniche eccezioni del principio di non discriminazione (art. 6) e dei criteri di computo (art. 8).

2.6. I commi 4 *quater*, *quinquies* e *sexies* dell’art. 1 disciplinano il diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a beneficio dei lavoratori già occupati a termine alle dipendenze dello stesso datore di lavoro. Un diritto di precedenza di questo genere era già previsto dall’art. 23 della legge n. 56 del 1987, sia pure per i soli lavoratori stagionali, nonché per quelli assunti in occasione delle punte stagionali di attività; ciononostante, non si può parlare di una mera reintroduzione di tale diritto, dal momento che oggi la fattispecie è decisamente più ampia che in passato.

Come si ricordava *supra*, nella vigenza del testo originario del d. lgs. n. 368 del 2001 era rimessa alla contrattazione collettiva, conclusa a livello nazionale dai sindacati comparativamente più rappresentativi, l’individuazione di un diritto di precedenza, per i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato ed impiegati in lavori stagionali o per punte stagionali di attività, nell’assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica. Una tale situazione aveva ingenerato un arretramento di tutele, dal

(59) Questo il giudizio di G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 71; in senso parzialmente difforme, C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 20, ritiene che la previsione “può essere considerata legittima solo se si ritiene che la sottesa finalità di politica occupazionale possa giustificare la differenziazione di trattamento tra lavoratori giovani e anziani, secondo i criteri di necessità e proporzionalità indicati dalla Corte di Giustizia comunitaria”. La stessa Autrice ritiene che, nella fattispecie in parola, la finalità di favorire l’occupazione di soggetti deboli sul mercato di per sé giustifichi la stipula del contratto a termine, anche qualora non ricorrano esigenze temporanee dell’impresa.

(60) Le abrogazioni di cui ai commi 9 e 10 si giustificano per il fatto che il legislatore ha adesso introdotto un diritto di precedenza di fonte legale. Si deve peraltro rilevare che i suddetti commi sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla sentenza della Corte costituzionale 4 marzo 2008, n. 44, sulla quale si tornerà più diffusamente tra breve.

momento che la precedente disciplina non subordinava alla previsione del contratto collettivo l'attribuzione del diritto di precedenza a favore dei lavoratori stagionali e per quelli assunti in occasione delle punte stagionali di attività, diritto che era invece riconosciuto dalla fonte legale; per questo motivo, la giurisprudenza aveva dubitato della legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 76 Cost., della scelta del legislatore delegato del 2001 (61).

La questione è stata di recente risolta dalla Corte costituzionale (62); la Consulta non affronta direttamente la questione della violazione, nel caso di specie, della clausola di non regresso della Direttiva n. 70 del 1999, dal momento che essa non è ritenuta operante poiché la disciplina dettata dall'art. 10, commi 9 e 10, e dall'art. 11, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 368 del 2001, si colloca al di fuori del campo di applicazione oggettivo della Direttiva comunitaria. Tale disciplina, difatti, non mira tanto a prevenire l'abusiva reiterazione di più contratti di lavoro a tempo determinato, ma è volta unicamente a tutelare i lavoratori stagionali, regolando l'esercizio del diritto di precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda e con la medesima qualifica. La Corte, tuttavia, ha ritenuto costituzionalmente illegittime le norme impugnate per contrasto con l'art. 77, comma 1, Cost., in quanto emanate in assenza di delega. La Consulta, in sostanza, sostiene che non sia rinvenibile nella Direttiva alcuna traccia della necessità di vietare il diritto alle riassunzioni, e che quindi la diversa disciplina del diritto di precedenza introdotta nel 2001 sia frutto di una scelta del legislatore delegato in totale assenza di una delega sul punto. Di conseguenza, tornerebbe ad operare il diritto di precedenza, nelle assunzioni in favore dei lavoratori stagionali già occupati con contratto a termine, attribuito dall'art. 23, comma 2, della legge n. 56 del 1987.

Nel frattempo, come si diceva, il diritto di precedenza di fonte legale è stato reintrodotta dalla legge n. 247 del 2007, che ha così superato la situazione di illegittimità costituzionale. Nello specifico, la legge disciplina due distinte ipotesi, vale a dire il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato (art. 5, comma 4 *quater*, d. lgs. n. 368 del 2001), e quello per le attività stagionali (art. 5, comma 4 *quinquies*), entrambe con l'evidente finalità di favorire una stabilizzazione della posizione lavorativa dei lavoratori a termine.

La prima ipotesi prevede che il diritto di precedenza sia riconosciuto al lavoratore a termine (dunque anche stagionale) in presenza di tre condizioni: questi deve vantare un'anzianità lavorativa di almeno sei mesi presso l'azienda che intende procedere all'assunzione, potendo tale anzianità lavorativa far riferimento ad uno o più contratti a tempo determinato; l'assunzione deve essere a tempo indeterminato, e per l'effettua-

(61) Cfr. Tribunale di Rossano, 17 maggio 2004, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, II, 85; Tribunale di Rossano, 13 gennaio 2007, n. 483, in *Il Merito*, 2007, 9, 34. Si veda, anche per una ricostruzione storica dei diversi regimi di tutela del diritto di precedenza dei lavoratori a termine, S. P. EMILIANI, *Il nuovo diritto di precedenza dei lavoratori a termine*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, cit., 101 ss..

(62) Corte costituzionale, 4 marzo 2008, n. 44, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, 504 ss., sulla quale si vedano M. QUARANTA, *La disciplina del contratto a termine sotto la "lente comunitaria" della Corte costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, 507 ss.; F. AMICI, *Lavoratori stagionali a termine e diritto di precedenza di fronte alla Corte costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, 764 ss..

zione delle mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine (63); infine, il nuovo contratto deve essere sottoscritto entro i 12 mesi successivi alla scadenza dell'ultimo contratto a termine (64). Il comma 4 *sexies* aggiunge che il lavoratore deve manifestare al datore di lavoro la propria volontà, in ordine all'esercizio del diritto di precedenza, entro il termine di decadenza di sei mesi dalla data di cessazione del rapporto a tempo determinato, e che tale diritto si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Con riferimento a questa prima ipotesi, il nuovo art. 5, comma 4 *quater*, come modificato da ultimo dalla legge n. 133 del 2008, dispone che il diritto di precedenza, che scatta nel momento in cui il lavoratore abbia prestato la sua attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, per le assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, e con riferimento alle mansioni già espletate, possa essere oggetto di "diverse disposizioni" previste dalla contrattazione collettiva stipulata a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In sostanza, si tratta di una disposizione di tenore analogo a quella dell'art. 5, comma 4 *bis*, del d. lgs. n. 368 del 2001 in tema di derogabilità, ad opera della contrattazione collettiva, del limite massimo di tre anni per la successione di contratti a termine. In questo caso, il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato diviene dunque derogabile ad opera della contrattazione collettiva.

La seconda ipotesi riconosce il medesimo diritto di precedenza nel caso di nuove assunzioni a termine per lo svolgimento di attività stagionali (ma non per le punte stagionali di attività, stando alla lettera della legge) da parte dello stesso datore di lavoro, e per lo svolgimento delle medesime attività stagionali. Anche in questo caso, è previsto che il lavoratore manifesti la propria volontà di essere assunto entro, però, il più breve termine di tre mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro (65); analogamente, il

(63) Secondo M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 115, dovrebbero ritenersi estranee alla previsione le mansioni che siano "solo equivalenti, ancorché ricomprese nello stesso inquadramento, sia con riferimento all'utilizzazione pregressa del prestatore, che alla successiva assunzione"; nello stesso senso si veda C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 15-16. Diversamente, G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 69, è dell'avviso che il riferimento alle mansioni già espletate, comprendendo anche l'ipotesi in cui le mansioni svolte non siano sempre state uniformi nei vari contratti che si sono succeduti, consenta un'ampia interpretazione che favorisce il diritto di precedenza. La circolare n.13/2008 del Ministero del lavoro sposa la prima delle suddette ricostruzioni, affermando che le mansioni che determinano per il lavoratore il sorgere del diritto di precedenza nelle nuove assunzioni effettuate dal datore di lavoro *ex art. 5, comma 4 quater*, del d. lgs. n. 368 del 2001, sono solo quelle identiche a quelle già espletate, e non anche quelle ad esse equivalenti.

(64) Ancora G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 69, ritiene che tale diritto di precedenza possa sorgere anche nel corso dell'espletamento del contratto a termine, una volta che siano comunque stati superati i sei mesi di attività lavorativa.

(65) In dottrina è stato sostenuto da un lato che la volontà manifestata dal lavoratore debba giungere nella sfera di conoscibilità del datore di lavoro prima della scadenza del termine di sei o tre mesi, non essendo sufficiente la mera manifestazione di volontà entro tali termini di decadenza (S. P. EMILIANI, *Il nuovo diritto di precedenza dei lavoratori a termine*, cit., 120), dall'altro che sia sufficiente che il lavoratore manifesti la propria volontà prima della scadenza del termine, non potendo essere fatto gravare su quest'ultimo il rischio di eventuali ritardi nella trasmissione della comunicazione (G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, cit., 673).

diritto di precedenza si estingue una volta che sia trascorso un anno dalla cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro (comma 4 *sexies*).

Il diritto di precedenza è subordinato, in quest'ultima ipotesi, non allo svolgimento di "mansioni già espletate" dal lavoratore, bensì più genericamente alle "attività stagionali". Da un lato, è stato sostenuto che si configuri così un ampliamento di tale diritto, potendo essere esteso a tutte le mansioni riconducibili all'attività di carattere stagionale, anche qualora le mansioni non corrispondano a quelle precedenti (66). D'altra parte, si è ritenuto che una lettura come quella evidenziata trascuri di considerare la *ratio* della disposizione, che mira alla riassunzione dei lavoratori, che sono già stati impiegati da un datore di lavoro, proprio in virtù delle acquisite capacità lavorative nello svolgimento delle precedenti mansioni (67).

È stato ritenuto che il diritto di precedenza riguardi qui le sole assunzioni a termine, mentre sembrerebbe escluso un analogo diritto a beneficio dei lavoratori già occupati a termine in attività stagionali per le nuove assunzioni a tempo indeterminato (68). A ben vedere, tuttavia, le due ipotesi non devono intendersi come alternative, bensì come complementari: il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali avrà dunque un diritto di precedenza non solo per le nuove assunzioni a termine effettuate dallo stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali, ma anche per quelle a tempo indeterminato (69).

In entrambe le ipotesi la norma non individua il soggetto a cui spetta la precedenza, nel caso in cui vi siano più lavoratori ad averne diritto; sembra pertanto doversi riconoscere che il datore di lavoro non ha alcun vincolo nella scelta tra i diversi lavoratori che vantano il diritto di precedenza, ben potendo quindi scegliere liberamente tra di essi quelli che, durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, abbiano dimostrato una maggiore meritevolezza, potendosi applicare all'ipotesi *de qua* in via analogica, come stabilito dalla giurisprudenza della Cassazione, la possibilità per il datore di lavoro di scegliere discrezionalmente tra i diversi lavoratori con diritto di precedenza licenziati per riduzione del personale (70). Ovviamente, la scelta dovrà tener conto degli obblighi generali di correttezza, buona fede e non discriminazione. Il vuoto normativo potrebbe essere colmato da un intervento della contrattazione collettiva, cui

(66) In questo senso G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 69, e M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 116.

(67) È questa l'opinione di C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 17-18, secondo la quale una simile lettura è suffragata anche dal tenore letterale della norma, che sembra riferita alla medesima attività stagionale già svolta dal lavoratore.

(68) Così S. P. EMILIANI, *Il nuovo diritto di precedenza dei lavoratori a termine*, cit., 114 ss. Secondo l'Autore, tale apparente mancata previsione di un diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a tempo indeterminato a favore dei lavoratori a termine già occupati in attività stagionali potrebbe essere superata mediante un'interpretazione della norma conforme alla Direttiva n. 70 del 1999; lo stesso dicasi a favore di un'interpretazione estensiva dell'espressione "attività stagionali", sì da riferirla anche alle attività svolte in occasione delle punte stagionali di attività. Un simile ragionamento eviterebbe di individuare nei commi 4 *quater* e *quinquies* un conflitto con la già richiamata clausola di non regresso della suddetta Direttiva.

(69) Cfr. G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, cit., 670-671.

(70) Cassazione, 26 agosto 2003, n. 12505, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 7-8. Cfr. S. P. EMILIANI, *Il nuovo diritto di precedenza dei lavoratori a termine*, cit., 112-113.

sembrano attribuibili margini di manovra allo scopo di definire una serie di criteri per risolvere gli eventuali problemi di concorrenza (71).

In caso di inottemperanza da parte del datore di lavoro, sembra astrattamente ammissibile la possibilità per il giudice di ordinare, *ex art. 2932 c.c.*, la costituzione del rapporto di lavoro in capo al lavoratore (72), pur essendo il diritto in questione non tanto un diritto al posto di lavoro, quanto piuttosto un diritto ad essere preferito nell'assunzione; tuttavia, residua comunque il problema della incoercibilità di tale obbligo di *facere*, e quindi dell'esecuzione della sentenza con cui il giudice, *ex art. 2932 c.c.*, costituisca il rapporto di lavoro in capo al lavoratore. In ogni caso, il lavoratore avrà diritto al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa *ex art. 1226 c.c.* (73).

2.7. Il legislatore del 2007, nel modificare il regime sanzionatorio, affianca alle ipotesi di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato originariamente previste dal d. lgs. n. 368 del 2001 due ipotesi ulteriori: il superamento del periodo complessivo di 36 mesi, previsto dall'art. 5, comma 4 *bis*, e la stipulazione del contratto derogatorio rispetto al tetto massimo di 36 mesi senza aver osservato la procedura di derogabilità assistita, ovvero senza aver rispettato il termine di durata massimo stabilito dall'avviso comune (74).

Nel primo caso, la conversione opererà *ex nunc*, come già si ricordava *supra*, non nel momento in cui viene superato il limite massimo di 36 mesi, bensì una volta che sia decorso anche l'ulteriore periodo di moratoria di venti giorni, di cui all'art. 5, comma 2 (75). Anche nel secondo caso il contratto si convertirà *ex nunc*, ma stavolta immediatamente al momento della scadenza del triennio, dal momento che non viene richiamata la disposizione di cui all'art. 5, comma 2 (76).

Per le altre ipotesi di violazione della normativa non previste dalla novella legislativa, si ritiene che la conseguenza non potrebbe individuarsi nell'applicazione del regime della nullità totale, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c., come pure era stato prospettato prima della legge n. 247, bensì nella produzione dell'effetto legale automatico della conservazione del contratto privo del termine, *ex art. 1419, comma 2, c.c.* (77). Si può quindi concludere che l'intero contratto non viene travolto dalla nullità della clau-

(71) Ad esempio, sembra ragionevole il criterio della maggiore anzianità di servizio nei periodici contratti a termine, prospettato da G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 70.

(72) Così M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 116; *contra* C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 16-17.

(73) Sulle conseguenze dell'inosservanza del diritto di precedenza si veda *amplius* G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, cit., 673 ss..

(74) Si veda V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 215.

(75) In questo senso G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 97.

(76) Cfr. C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 13.

(77) Si vedano a riguardo le ampie argomentazioni di V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 216 ss., il quale ricorda altresì come tale soluzione sia quella fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente.

sola oppositiva del termine, bensì che esso si conserva a tempo indeterminato, come già avveniva nel regime previgente (78). Questa impostazione ha il pregio di riuscire ad evitare conseguenze pregiudizievoli per il lavoratore, che si verificherebbero, qualora si affermasse che la nullità del termine dovrebbe travolgere l'intero contratto, a seguito della liberazione del datore di lavoro da ogni vincolo contrattuale.

2.8. L'art. 1, comma 43, della legge n. 247 del 2007 disciplina il regime transitorio.

La lettera *a* dispone che i contratti a tempo determinato in corso alla data di entrata in vigore della legge continuano fino alla scadenza del termine previsto nel contratto, anche qualora si superi il limite temporale dei 36 mesi.

La lettera *b*, invece, prevede che, ai fini della determinazione del limite di durata massima di 36 mesi, i periodi di lavoro a termine già effettuati alla data di entrata in vigore della legge si computano, insieme ai successivi periodi di attività, solo una volta che siano decorsi 15 mesi dalla stessa data (79). Ciò significa, in altre parole, che il periodo di lavoro svolto con contratti a termine stipulati dopo il 1 gennaio 2008 si somma con i periodi di lavoro a termine effettuati prima del 31 dicembre 2007 ai fini del raggiungimento dei 36 mesi, al superamento dei quali si verifica l'effetto della conversione, ma solo a decorrere dal 31 marzo 2009 (80).

La disciplina del regime transitorio non sembra incidere sul diritto di precedenza dei lavoratori a termine come delineato dai commi 4 *quater*, *quinquies* e *sexies*, che trova applicazione anche nei confronti dei contratti già in corso alla data di entrata in vigore della novella legislativa (81).

(78) Cfr. M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 111.

(79) Si ritiene preferibile l'opinione di chi ritiene che il legislatore abbia voluto riferirsi non tanto al solo contratto a termine in corso alla data di entrata in vigore della legge, quanto piuttosto anche ai contratti precedenti a tale data, che andrebbero quindi considerati una volta superato il periodo interlocutorio: così G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, cit., 679; *contra* C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 10. G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 100, ritiene che la lettera *b* riguardi esclusivamente i periodi di lavoro prestati dal lavoratore sulla base di uno o più contratti a termine già risolti prima dell'entrata in vigore della legge, poiché solo così sarebbe possibile differenziare i "periodi di lavoro già effettuato" dai "contratti a termine in corso" di cui alla lettera *a*.

(80) Questa la lettura di G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 71, il quale tuttavia sottolinea che "la netta differenza regolamentare tra i rapporti espletati prima della data indicata e quelli in corso di svolgimento dopo la stessa data determina una diversità di regime giuridico troppo drastica, tale da potere essere considerata irrazionale, e quindi suscettibile di essere assoggettata ad una verifica di legittimità costituzionale". Nello stesso senso F. ROTONDI, *Le modifiche ai contratti di lavoro a tempo determinato e part-time*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, 239, e G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 100. Una tale interpretazione risulta confermata dalla più volte citata circolare n. 13/2008 del Ministero del lavoro. Per una diversa lettura della norma si vedano M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 116, e C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 9.

(81) Si veda G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 71.

L'art. 21, comma 1 *bis*, della legge n. 133 del 2008, inserito in seno al provvedimento legislativo in sede di conversione, introduce, nel corpo del d. lgs. n. 368 del 2001, l'art. 4 *bis*, in materia di contenzioso giudiziario sui contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione, vale a dire al 21 agosto 2008. Fatte salve le sentenze passate in giudicato, si prevede che, in caso di violazione delle disposizioni in tema di ragioni che legittimano l'apposizione del termine (art. 1), di disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo ed i servizi aeroportuali (art. 2) e di proroga (art. 4), il lavoratore abbia diritto, in luogo dell'applicazione dei principi di diritto comune, secondo i quali l'apposizione del termine dovrebbe considerarsi priva di effetto ed il contratto dichiarato sin dall'inizio a tempo indeterminato, unicamente ad un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con riferimento ai criteri di cui all'art. 8 della legge n. 604 del 1966 e successive modificazioni (vale a dire numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'impresa, anzianità di servizio del prestatore di lavoro, comportamento e condizioni delle parti) (82). La riforma interviene, in altre parole, su alcune clausole di illegittimità del contratto a termine, modificandone esclusivamente il regime sanzionatorio *ratione temporis*. Non è chiaro se la disposizione in esame disciplini unicamente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine, come potrebbe desumersi dalla rubrica dell'articolo, nel qual caso dovrebbe ritenersi che anche nei giudizi in corso il giudice del lavoro possa emettere una pronuncia di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e di condanna dell'azienda ad adibire il lavoratore all'attività lavorativa; ovvero, se essa precluda al giudice l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo determinato e la condanna dell'azienda ad adibire il lavoratore all'attività lavorativa. Vale la pena segnalare che sono già state sollevate questioni di legittimità costituzionale della norma in commento, in modo particolare per violazione degli artt. 3, 24, 77, 102, 104 e 117 Cost. (83).

Infine, il quarto comma dell'art. 21 della legge n. 133 prevede che, decorsi 24 mesi dalla data di entrata in vigore della nuova normativa, il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali debba verificare, assieme alle organizzazioni sindacali dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, gli effetti delle disposizioni contenute nell'articolo stesso, riferendo poi al Parlamento entro tre mesi ai fini della valutazione della loro vigenza ulteriore.

3. La legge n. 247 del 2007 detta alcune importanti disposizioni anche in materia di lavoro a tempo parziale, che peraltro non sono state oggetto di revisione nell'ambito della manovra estiva del 2008; in particolare, gli aspetti più innovativi attengono alla disciplina delle clausole flessibili ed elastiche, alle ipotesi di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro *part time* per i lavoratori affetti da

(82) Giova ricordare che la disposizione rinvia ad una norma di legge che disciplina la materia del licenziamento ingiustificato nell'area della stabilità obbligatoria nonostante che, nel caso di specie, manchi qualsiasi atto di licenziamento.

(83) Cfr., tra le altre, Corte d'Appello di Bari, Ordinanza del 18 settembre 2008; Tribunale di Roma, Ordinanza del 26 settembre 2008; Corte d'Appello di Genova, Ordinanza del 29 settembre 2008; Tribunale di Ascoli Piceno, Ordinanza del 30 settembre 2008; Corte d'Appello di Torino, Ordinanza del 2 ottobre 2008.

patologie oncologiche, nonché, in determinati casi, anche qualora siano affetti da dette patologie i familiari del lavoratore, e, infine, al diritto di precedenza nelle assunzioni a beneficio dei lavoratori che hanno trasformato il loro rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale.

3.1. L'art. 1, comma 44, lettere *a*, *b* e *c*, della legge n. 247 del 2007 torna, a soli quattro anni di distanza, sulla tormentata disciplina delle clausole flessibili ed elastiche, disciplinate dall'art. 3, commi 7-10, del d. lgs. n. 61 del 2000, come modificato prima ad opera del d. lgs. n. 100 del 2001, art. 1, comma 1, e, poi, del d. lgs. n. 276 del 2003, art. 46, comma 1.

Come è noto, nel contratto di lavoro a tempo parziale il datore di lavoro non può variare unilateralmente l'orario di lavoro o la collocazione temporale della prestazione lavorativa; tuttavia, sono ammissibili, all'interno del contratto di lavoro *part time*, sia clausole flessibili, che consentono la variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa, che clausole elastiche, che, nei soli rapporti di lavoro a tempo parziale c.d. verticale o misto, ammettono una variazione in aumento della durata concordata della prestazione lavorativa (84).

Con la novella legislativa del 2007 è adesso prevista la possibilità di apporre al contratto clausole flessibili ed elastiche a fronte di una doppia chiave d'accesso: in primo luogo, solo i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono prevedere la possibilità di introdurre tali clausole nel contratto; oltre a ciò, per la stipulazione delle suddette clausole è altresì richiesto il consenso del lavoratore, da formalizzare attraverso uno specifico patto scritto (art. 3, comma 7, d. lgs. n. 61 del 2000). Quindi, in assenza di previsioni contrattuali - ipotesi, ad onor del vero, alquanto remota - o anche qualora il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo (85), il datore ed il prestatore di lavoro sono privati della possibilità di concordare l'apposizione al contratto di clausole flessibili ed elastiche, come conferma l'abrogazione dell'art. 8, comma 2 *ter*, del d. lgs. n. 61 del 2000 ad opera dell'art. 1, comma 44, lettera *c* della legge n. 247 del 2007 (86).

Il tenore della modifica ha fatto parlare di un ritorno al passato dell'istituto (87);

(84) Sul contratto a tempo parziale dopo il d. lgs. n. 276 del 2003 si vedano, tra gli altri, R. DEL PUNTA, *Lavoro a tempo parziale*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 469 ss.; M. PAPA-LEONI, *Il nuovo part-time*, Cedam, Padova, 2004; R. VOZA, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, cit., 333 ss..

(85) In questo senso C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 22, la quale ritiene che i contratti collettivi ai quali viene fatto rinvio devono essere integralmente applicati dal datore di lavoro che intenda ricorrere alle clausole flessibili ed elastiche, e che la nuova disciplina restituisce, in questo modo, "quella funzione promozionale dell'autonomia collettiva che l'art. 46, d. lgs. n. 276/2003 le aveva sottratto". Si vedano a proposito anche le considerazioni di R. DEL PUNTA, *Lavoro a tempo parziale*, cit., 476 ss..

(86) La disposizione consentiva al datore ed al prestatore di lavoro, in assenza di contratti collettivi, la possibilità di concordare liberamente l'adozione di clausole elastiche o flessibili.

(87) Si veda G. FALASCA, *Il contratto di lavoro part time ritorna al passato*, in *Guida Lav.*, 2008, 2, 119 ss.; nello stesso senso F. R. GRASSO, *Modifiche della disciplina in materia di lavoro a tempo parziale*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, cit., 130.

in effetti, la novella legislativa riporta la disciplina delle clausole flessibili ed elastiche alla formulazione originaria del d. lgs. n. 61 del 2000, che demandava la facoltà di prevederle, nonché la relativa disciplina, alla contrattazione collettiva, con la differenza che ora si fa riferimento alle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, mentre nel testo previgente si rimandava anche ai contratti territoriali. Il superamento della possibilità di introdurre le clausole in esame sulla base della sola volontà individuale è sintomatico di un mutamento di prospettiva del legislatore, sicuramente in controtendenza rispetto alla filosofia che permea il d. lgs. n. 276 del 2003, nel senso di attribuire un maggior peso alla contrattazione collettiva, ed in particolare anche alla funzione normativa che essa è ora legittimata ad esercitare in termini decisamente più ampi (88).

Nessuna modifica è, invece, apportata all'art. 3, comma 9, del d. lgs. n. 61 del 2000, che disciplina il consenso del lavoratore: esso deve essere formalizzato in un apposito atto scritto, contestuale o anche successivo al contratto, eventualmente reso, su richiesta del lavoratore, con l'assistenza di un componente della RSA.

Al "recupero del filtro sindacale nella gestione dell'istituto sotto il profilo quantitativo e qualitativo" (89), di cui all'art. 3, comma 7, d. lgs. n. 61 del 2000, fa da contraltare il ruolo limitato che viene riservato all'autonomia individuale; si rafforza, in questo modo, la funzione del soggetto sindacale di limite al potere datoriale, e si conferma il "ritorno al passato", se si considera che il d. lgs. n. 276 del 2003 aveva inteso valorizzare maggiormente l'autonomia individuale, a discapito di quella collettiva. Inoltre, si raccorda con queste considerazioni anche la previsione, già ricordata, che rimette alle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale la possibilità di stabilire l'apposizione al contratto *part time* di clausole flessibili e/o elastiche, probabilmente perché si ritiene che sia questo il livello più idoneo per esercitare quella funzione di garanzia che è demandata al soggetto sindacale.

La lettera c del comma 44 innova la disciplina del preavviso in favore del lavoratore, che viene elevato da due ad almeno cinque giorni lavorativi, fatte salve diverse intese tra le parti, e fermo restando il diritto a specifiche compensazioni (non dovendo quindi necessariamente concretarsi in maggiorazioni retributive), nella misura o nelle forme fissate dalla contrattazione collettiva (art. 3, comma 8, d. lgs. n. 61 del 2000). Anche in questo caso si assiste ad una valorizzazione del ruolo dell'autonomia collettiva che, in virtù del rinvio all'art. 1, comma 3, del d. lgs. n. 61 del 2000, risulta essere quella di livello non solo nazionale ma anche territoriale.

Un'ultima considerazione sul punto merita l'assenza di una previsione inerente il

(88) Cfr. F. R. GRASSO, *Modifiche della disciplina in materia di lavoro a tempo parziale*, cit., 130. Sul ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del *part time* dopo il d. lgs. n. 276 del 2003 si veda R. VOZA, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, cit., 335 ss..

(89) Così F. M. PUTATURO DONATI, *Le novità in materia di part-time*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Welfare, mercato del lavoro e competitività. Commento alla legge 24 dicembre 2007*, n. 247, cit., 73. L'art. 3, comma 7, del d. lgs. n. 61 del 2000, difatti, prevede ora che spetti ai contratti collettivi l'individuazione di condizioni e modalità in relazione alle quali il datore di lavoro può esercitare il proprio potere, nonché la fissazione di limiti massimi di variabilità in aumento della durata della prestazione lavorativa.

diritto di ripensamento del lavoratore, che era originariamente previsto dall'art. 3, comma 10, del d. lgs. n. 61 del 2000, poi abrogato dal d. lgs. n. 276 del 2003, e che la novella del 2007 non reintroduce. Una tale carenza rende lo strumento del *part time* particolarmente rigido dal punto di vista del prestatore di lavoro che, a fronte di un consenso preventivo alla variazione della prestazione lavorativa da parte del datore di lavoro, è assoggettato al potere datoriale per l'intera durata del contratto, senza che possa far valere alcuna esigenza sopravvenuta (90).

3.2. L'art. 1, comma 44, lettera *d*, della legge n. 247 del 2007 riscrive l'art. 12 *bis* del d. lgs. n. 61 del 2000 in materia di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale.

Il primo comma del nuovo art. 12 *bis* dispone che i lavoratori, indifferentemente del settore pubblico e privato, che siano affetti da patologie oncologiche, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, accertata da una commissione medica istituita presso la azienda unità sanitaria locale competente per territorio, hanno diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro da *full time* a *part time*, e che comunque essi hanno diritto a chiedere una nuova trasformazione in rapporto a tempo pieno. Trattasi, secondo la prevalente opinione, di un diritto soggettivo potestativo, poiché il datore di lavoro non può opporsi alla richiesta del prestatore di lavoro che si fondi sui presupposti richiesti dalla norma (91). L'unica (apparente) differenza rispetto alla previgente formulazione della norma consiste nell'estensione del diritto anche a beneficio dei dipendenti pubblici, precisazione peraltro superflua dal momento che un tale diritto alla trasformazione da tempo pieno a tempo parziale era già previsto per il lavoro pubblico (92).

I commi 2 e 3 del nuovo art. 12 *bis* costituiscono la vera novità della disposizione in esame. Essi prevedono una priorità nella trasformazione da tempo pieno a tempo parziale per il lavoratore i cui coniuge, figli o genitori siano affetti da una patologia oncologica; nel caso in cui il lavoratore assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa (che assuma connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge n. 104 del 1992), invalida al cento per cento e per la quale sia necessario un intervento assistenziale continuo, in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita; nel caso, infine, di richiesta del lavoratore con figlio convivente di età non superiore a tredici anni, o portatore di handicap.

Nonostante non emerga dal dato letterale della norma, si può ragionevolmente ritenere che la modifica dell'originario assetto contrattuale debba avvenire anche nelle ipotesi di cui al comma 2, a fronte di una preventiva richiesta del lavoratore (93).

(90) In questi termini C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 23-24, la quale auspica anche un intervento della contrattazione collettiva volto ad introdurre strumenti che tengano in debito conto le esigenze del lavoratore.

(91) Così, in relazione alla precedente formulazione, M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *Per un diritto del lavoro al servizio della persona: le tutele per i lavoratori affetti da patologie oncologiche e tumore al seno*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, 528; a conferma di una tale lettura si veda, a proposito del nuovo testo, C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 25.

(92) Si veda R. DEL PUNTA, *Lavoro a tempo parziale*, cit., 475, il quale richiama l'art. 1, comma 58, della legge n. 662 del 1996.

(93) F. M. PUTATURO DONATI, *Le novità in materia di part-time*, cit., 72.

La priorità summenzionata sembra, infine, configurare una situazione preferenziale sia rispetto al diritto di precedenza di fonte contrattuale, eventualmente previsto in conformità all'art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 61 del 2000, che a quello introdotto dal nuovo comma 12 *ter*, sul quale si avrà modo di tornare più diffusamente tra breve (94).

3.3. Il nuovo art. 12 *ter* del d. lgs. n. 61 del 2000, aggiunto dall'art. 1, comma 44, lettera e, della legge n. 247, dispone che il lavoratore che abbia trasformato il rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto *part time* ha un diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno per l'espletamento delle stesse mansioni o di mansioni equivalenti a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale.

Il d. lgs. n. 61 del 2000 già prevedeva un diritto di precedenza per le assunzioni a tempo pieno a favore del lavoratore assunto a tempo parziale "in attività presso unità produttive site nello stesso ambito comunale, adibiti alle stesse mansioni od a mansioni equivalenti rispetto a quelle con riguardo alle quali è prevista l'assunzione", ma tale diritto era subordinato ad una specifica previsione del contratto individuale (art. 5, comma 2).

Oltre a ciò, il decreto disciplina anche la possibilità di trasformare il rapporto a tempo pieno in rapporto a tempo parziale; in tal caso, il datore di lavoro è tenuto a darne tempestiva informazione al personale già dipendente con rapporto a tempo pieno occupato in unità produttive site nello stesso ambito comunale, anche mediante comunicazione scritta in luogo accessibile a tutti nei locali dell'impresa, ed a prendere in considerazione le eventuali domande di trasformazione a tempo parziale dei dipendenti a tempo pieno (art. 5, comma 3).

È in questo quadro che si colloca la nuova disposizione, che rende reversibile la scelta del lavoratore, la cui *ratio* risiede nella tradizionale diffidenza con cui il legislatore ha sempre guardato alla trasformazione dal tempo pieno al tempo parziale (95); ne è prova la norma di cui all'art. 5, comma 1, che prevede non solo che il rifiuto alla trasformazione non possa costituire un'ipotesi di giustificato motivo di licenziamento, ma anche che l'accordo in tal senso delle parti debba risultare da un apposito atto scritto, convalidato dalla Direzione provinciale del lavoro competente per territorio.

Al fine di incentivare l'utilizzo dell'istituto, l'art. 12 *ter* prevede quindi la possibilità che il lavoratore assunto a tempo pieno, e che abbia trasformato il proprio rapporto in *part time*, benefici di un diritto di precedenza per le nuove assunzioni a tempo pieno; è stato condivisibilmente sottolineato, però, come tale disposizione, prevedendo un regime di maggior fiducia solo a favore del lavoratore assunto a tempo pieno, e non anche a tempo parziale, finisca per non produrre quell'auspicato effetto di maggiore diffusione dell'istituto (96).

(94) È di questa idea C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 26.

(95) Cfr. G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, cit., 64.

(96) Così F. M. PUTATURO DONATI, *Le novità in materia di part-time*, cit., 72. Si è già ricordato, difatti, che per il lavoratore a tempo parziale il riconoscimento del diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo pieno è condizionato ad una apposita previsione del contratto individuale, ex art. 5, comma 2.

La norma non individua il soggetto a cui spetti la precedenza, nel caso in cui vi siano più lavoratori ad averne diritto; si ritiene che valgano, anche in questo caso, le suesposte considerazioni in tema di diritto di precedenza nel contratto a termine.

Residua, infine, la problematica legata alla sanzione applicabile in caso di violazione del diritto di precedenza ad opera del datore di lavoro, dal momento che la novella non dispone alcunché sul punto, mentre il d. lgs. n. 61 del 2000 prevedeva espressamente una sanzione per la violazione del diritto di precedenza di origine contrattuale (97). Diversamente da quanto si ricordava *supra* in tema di violazione del diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a termine a beneficio dei lavoratori già occupati a termine alle dipendenze dello stesso datore di lavoro, al di là del risarcimento del danno a favore del lavoratore, da liquidarsi in via equitativa, non sembra percorribile la strada della costituzione *ope legis, ex art. 2932 c.c.*, del rapporto di lavoro in capo al lavoratore, dal momento che in questo caso un rapporto è già in essere, e cioè già costituito (98).

4. L'art. 1, comma 46, della legge n. 247 del 2007 dispone l'abolizione del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, di cui agli artt. 20 e ss. del d. lgs. n. 276 del 2003. Anche su questo punto la legge n. 133 del 2008 non è ulteriormente intervenuta.

La tipologia negoziale, come è noto, era stata introdotta nel nostro ordinamento dal d. lgs. n. 276 del 2003, con il quale si era abrogato sia il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro, di cui alla legge n. 1369 del 1960 (99), sia la normativa sul lavoro interinale, di cui alla legge n. 196 del 1997. Con il contratto di somministrazione si prevede la possibilità che un soggetto, l'utilizzatore, si rivolga ad un altro soggetto, il somministratore, debitamente autorizzato dalla legge (art. 20, comma 1, d. lgs. n. 276 del 2003), per la somministrazione di lavoratori, i quali prestano la loro attività nell'interesse, sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore (art. 20, comma 2), ma alle dipendenze del somministratore (100).

(97) L'art. 8, comma 3, del d. lgs. n. 61 del 2000 dispone, difatti, il risarcimento del danno "in misura corrispondente alla differenza tra l'importo della retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio al tempo pieno nei sei mesi successivi a detto passaggio".

(98) C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 27, ritiene impraticabile questa strada perché il diritto di precedenza non fa sorgere, in capo al datore di lavoro, un obbligo di concludere un contratto, e perché si potrebbe altrimenti configurare una violazione dell'art. 41 Cost.

(99) Sul punto si veda, da ultimo, R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, I, 129 ss..

(100) Sulla somministrazione di lavoro si rinvia, tra gli altri, a P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 257 ss.; ID., *La somministrazione di lavoro nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Studi in onore di Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, II, 1047 ss.; F. BANO, *La somministrazione di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, I, 195 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., II, 1623 ss.; P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, cit., 105 ss..

La somministrazione di lavoro, dunque, è costituita dal collegamento negoziale tra il contratto commerciale di somministrazione, concluso tra somministratore ed utilizzatore, ed il contratto di lavoro subordinato, concluso tra somministratore e lavoratore; entrambi i contratti potevano, fino alla novella legislativa, essere stipulati sia a tempo determinato che a tempo indeterminato.

Il contratto di somministrazione a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*), ora abolito, era ammesso per le ipotesi ed i servizi tipizzati dall'art. 20, comma 3, lettere *a-h*, alle quali si aggiungeva la possibilità, prevista dalla lettera *i*, che i contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali, stipulati dalle associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, introducessero ipotesi ulteriori di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato. La messa a disposizione del lavoratore era compensata dall'obbligo, gravante sul somministratore, di corrispondergli una indennità di disponibilità per gli intervalli di non operatività tra un'assegnazione e l'altra (art. 22, comma 3).

A questa ipotesi si affianca quella della somministrazione a tempo determinato, che continua ad essere vigente, ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo, anche nell'ambito dell'ordinaria attività dell'utilizzatore; in questo caso, i contratti collettivi nazionali, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, possono fissare limiti quantitativi di utilizzo dell'istituto (art. 20, comma 4).

Le principali motivazioni che hanno spinto il legislatore ad abolire l'istituto dello *staff leasing* possono essere individuate da un lato nella scarsa diffusione riscontrata nell'esperienza applicativa, deducibile anche dallo scarso interesse mostrato dalla contrattazione collettiva, e dall'altro nelle dure critiche che da più parti sono piovute sulla nuova tipologia negoziale, indicata come fonte di precarizzazione dell'esperienza lavorativa (101). Tra l'altro, il Protocollo del luglio 2007 non aveva previsto l'abolizione dell'istituto, bensì auspicava un tavolo di confronto con le parti sociali per mantenere in vita la tipologia contrattuale. È quindi chiara la valenza soprattutto simbolica della abolizione dello *staff leasing* che, se letta in combinato con le già richiamate innovazioni legislative in tema di lavoro a tempo determinato, dimostra la volontà del legislatore del 2007 di affermare, in controtendenza rispetto alle recenti politiche occupazionali italiane, il principio secondo cui, a fronte di una stabile esigenza di lavoro, il datore di lavoro è tenuto ad utilizzare prestatori di lavoro assunti a tempo indeterminato (102). L'abolizione, comunque, attiene al solo contratto commerciale di somministrazione, stipulato tra il somministratore e l'utilizzatore, e non anche al contratto di lavoro subordinato tra somministratore e prestatore di lavoro, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 22, comma 3, per i periodi di inattività al lavoratore continuerà a spettare l'indennità di disponibilità.

(101) Cfr. M. LAMBERTI, *La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Welfare, mercato del lavoro e competitività. Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, cit., 74-75. Nonostante le intenzioni del legislatore del 2003, che aveva introdotto la tipologia contrattuale in commento allo scopo di creare migliori e più numerosi posti di lavoro, la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è stata pressoché ignorata sia dal mondo imprenditoriale che dalla contrattazione collettiva.

(102) In questo senso C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 28.

È importante sottolineare anche il fatto che il legislatore parli di “abolizione” della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, e non di “abrogazione”, come fa invece a proposito del lavoro intermittente, sul quale si tornerà tra breve. La scelta terminologica non appare casuale, ed anch'essa è fortemente connotata in senso simbolico, anche se indubbiamente sorretta da ragioni di ordine pratico: difatti gli artt. 20-28 del d. lgs. n. 276 del 2003 disciplinano congiuntamente la somministrazione di lavoro a tempo determinato ed indeterminato, e quindi il legislatore, se non avesse voluto fare ricorso all'abolizione dell'istituto, avrebbe dovuto espressamente disporre l'abrogazione degli articoli, nonché dei singoli commi e periodi di ogni articolo, concernenti la sola somministrazione a tempo indeterminato; oltre a ciò, si consideri che la disciplina della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato era prevista anche, come si ricordava, dalla contrattazione collettiva. L'abolizione dell'istituto, in definitiva, ha consentito al legislatore di espungere dall'ordinamento la tipologia in commento, a prescindere dalla fonte istitutiva o regolativa (103). Di conseguenza, restano in piedi esclusivamente le disposizioni concernenti la disciplina del lavoro somministrato applicabili alla somministrazione a termine, tuttora affidata alle già ricordate ampie causali d'accesso ed alla limitata disciplina dell'autonomia collettiva.

Non essendo previsto alcun regime transitorio per i contratti di somministrazione a tempo indeterminato in vigore al momento di entrata in vigore della novella legislativa, la loro sorte non è chiara: essi dovrebbero essere considerati in vigore fino alla scadenza, che però, trattandosi di contratti a tempo indeterminato, ovviamente non c'è (104); è stata allora prospettata la necessità - a dire il vero non del tutto convincente - di convertirli in contratti di somministrazione a tempo determinato, con la conseguente necessaria applicazione del nuovo tetto massimo di 36 mesi, rinnovi compresi, indipendentemente dai periodi di interruzione intercorrenti tra un contratto e l'altro, e l'eventuale stipula del nuovo contratto in deroga presso la Direzione provinciale del lavoro (105).

5. L'art. 1, comma 45, della legge n. 247 del 2007 prevedeva l'abrogazione degli articoli da 33 a 40 del d. lgs. n. 276 del 2003, ovverosia dell'istituto del lavoro intermittente, conformandosi a quanto previsto dal Protocollo sul *welfare*. Sul punto è successivamente intervenuto l'art. 39, comma 11, della legge n. 133 del 2008, affermando che, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge, trovano nuovamente applicazione, oltre all'art. 14 in tema di cooperative sociali ed inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati, i summenzionati artt. 33-40, che dunque tornano a disciplinare l'istituto del lavoro intermittente.

La fattispecie negoziale, delineata dal d.lgs. n. 276 del 2003, e successivamente modificata ad opera del d. lgs. n. 251 del 2004 e del d. l. n. 35 del 2004, convertito in legge n. 80 del 2005, prevede che il lavoratore si ponga, per un periodo di tempo deter-

(103) Così F. R. GRASSO, *Abolizione dell'istituto della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, cit., 139-140.

(104) M. LAMBERTI, *La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, cit., 77.

(105) L'ipotesi è prospettata da F. R. GRASSO, *Abolizione dell'istituto della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, cit., 143; *contra* D. PAPA, *Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente*, in *Guida Lav.*, 2008, 2, 125.

minato od indeterminato, a disposizione del datore di lavoro per lo svolgimento di prestazioni di lavoro di carattere discontinuo o intermittente, individuate dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, o per determinati periodi nell'arco della settimana, del mese o dell'anno (art. 34, comma 1) (106). Il contratto può anche essere stipulato per ragioni di ordine soggettivo, ovvero sia con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di 25 anni di età ovvero da lavoratori con più di 45 anni di età, anche se pensionati (art. 34, comma 2). Il datore di lavoro può, all'occorrenza, utilizzare le prestazioni di lavoro, sia pure a fronte di un periodo minimo di preavviso. Il lavoratore ha la facoltà di obbligersi a rispondere alla chiamata datoriale, garantendo così la propria disponibilità, e in tal caso gli è dovuta una indennità di disponibilità in aggiunta alla retribuzione dovuta per l'attività resa, ovvero essere libero di rispondere o meno a detta chiamata.

La regolamentazione dell'istituto è completata da divieti espressi (art. 34, comma 3) e da requisiti formali (art. 35), nonché da una apposita disciplina della già richiamata indennità di disponibilità (art. 36), dalla previsione del principio di non discriminazione (art. 38) e di specifici criteri di computo (art. 39) (107).

La finalità sottostante all'introduzione della nuova tipologia negoziale consiste nella regolarizzazione e nella predisposizione di tutele minime per quei rapporti di lavoro caratterizzati da uno svolgimento discontinuo della prestazione lavorativa e da una disponibilità di fatto del lavoratore, allo scopo di contrastare il lavoro sommerso e promuovere quello regolare (108); tuttavia, l'eccessiva flessibilità e variabilità di utilizzo del lavoratore hanno provocato forti critiche nei confronti dell'istituto, che hanno contribuito alla decisione del legislatore del 2007 di abrogarlo, anche se, come si ricordava poc'anzi, lo stesso è stato reintrodotta a soli pochi mesi di distanza (109).

Tra l'altro, va anche rilevato che il contratto ha trovato una diffusione nella realtà economica tutt'altro che consistente; e la stessa autonomia collettiva, che, ai sensi dell'art. 34, comma 1, sarebbe dovuta intervenire per individuare le esigenze connesse allo svolgimento delle prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, ha dimostrato scarso interesse per la tipologia negoziale (110).

(106) Sull'istituto si vedano, tra gli altri, R. ROMEI, *Il lavoro intermittente*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 401 ss.; G. BONI, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, 113 ss.; R. VOZA, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, cit., 349 ss..

(107) Si veda M. LAMBERTI, *Il lavoro a chiamata rivisitato*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Welfare, mercato del lavoro e competitività. Commento alla legge 24 dicembre 2007*, n. 247, cit., 78.

(108) Cfr. F. R. GRASSO, *Abrogazione dell'istituto del lavoro intermittente*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, cit., 137.

(109) Si vedano, tra gli altri, i rilievi critici di V. BAVARO, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 213 ss. Si noti che, in questo caso, il legislatore parla di "abrogazione", e non di "abolizione", come nel caso della somministrazione di lavoro a tempo determinato.

(110) M. LAMBERTI, *Il lavoro a chiamata rivisitato*, cit., 79, prima della reintroduzione dell'istituto, rilevava che allo stesso è stata dedicata un'attenzione eccessiva, e che è scarsamente significativa, in termini di tutela dei lavoratori e di lotta alla precarietà, la disposizione legislativa "volta a cancellare un lavoro già sostanzialmente inutilizzato".

Il legislatore del 2007 non aveva previsto alcun regime transitorio per i contratti intermittenti in corso alla data di entrata in vigore della novella legislativa. Ferma restando la temporanea impossibilità di instaurare nuovi rapporti di lavoro intermittente, almeno fino all'entrata in vigore della successiva legge n. 133, e salvo quanto previsto con riferimento agli specifici settori del turismo e dello spettacolo, sui quali si tornerà *amplius* tra breve, sembra ammissibile ritenere che quelli stipulati a tempo determinato sarebbero dovuti cessare alla scadenza del termine, ovvero avrebbero potuto essere prorogati, in presenza delle altre condizioni di legge, in quanto nati comunque in vigore della vecchia disciplina; (111) per quanto concerne i contratti stipulati a tempo indeterminato, invece, è plausibile che essi avrebbero dovuto produrre i loro effetti *sine die* (112).

L'art. 1, commi 47-50, della legge n. 247 del 2007 prevedeva, come si accennava, un regime residuale di vigenza del lavoro intermittente, limitatamente ai settori del turismo e dello spettacolo; anche in questo caso, la disposizione trovava il suo antecedente logico nel Protocollo del luglio 2007, che aveva sostenuto la possibilità di un tavolo di confronto con le parti sociali allo scopo di esaminare ipotesi di *part time* che rispondessero ad esigenze di attività di breve durata per lavoratori ed imprese (113). L'art. 39, comma 10, lettera *m*, della legge n. 133 del 2008 è intervenuto abrogando le disposizioni della legge n. 247 sulla sperimentazione in via contrattuale collettiva del lavoro intermittente nei settori del turismo e dello spettacolo, e dunque ristabilendo in *toto* il vigore della previgente regolamentazione del lavoro intermittente; tuttavia, per finalità di completezza si ritiene necessario inquadrare anche tali modifiche.

Il comma 47 disponeva che i contratti collettivi dei settori del turismo e dello spettacolo, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale, avrebbero potuto disciplinare specifici rapporti di lavoro per lo svolgimento di prestazioni durante il fine settimana, nelle festività, nei periodi di vacanze scolastiche e per ulteriori casi, comprese le fattispecie già individuate ai sensi dell'art. 10, comma 3, del d. lgs. n. 368 del 2001 (114), al fine di contrastare il possibile ricorso a forme di lavoro irregolare o sommerso per sopperire ad esigenze di utilizzo di personale per lo svolgimento di dette prestazioni.

Ai sensi del comma 48, i contratti collettivi summenzionati avrebbero dovuto disciplinare le condizioni, i requisiti e le modalità di svolgimento della prestazione connesse ad esigenze oggettive ed i suoi limiti massimi temporali (lettera *a*), il trattamento economico e normativo spettante, in ossequio ai principi di non discriminazione e del *pro rata temporis* (lettera *b*), ed infine la corresponsione di un'indennità di dispo-

(111) Così D. PAPA, *Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente*, cit., 126.

(112) M. LAMBERTI, *Il lavoro a chiamata rivisitato*, cit., 79.

(113) Anche se, è bene specificarlo, il contratto in esame si configura come una tipologia autonoma rispetto al lavoro a tempo parziale, a causa del rinvio legislativo e dell'individuazione dei principi cui la contrattazione collettiva è tenuta ad attenersi: così C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 30.

(114) Si tratta degli "speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, determinata dai contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale", per i quali è ammessa l'assunzione diretta.

nibilità, per il caso in cui il lavoratore si fosse reso disponibile a svolgere la prestazione in un arco temporale definito (lettera c) (115).

Il Ministro del lavoro, sentite le organizzazioni sindacali di cui al comma 47, avrebbe dovuto provvedere, mediante apposito decreto, a definire le modalità di svolgimento in forma semplificata degli adempimenti amministrativi concernenti l'instaurazione, la trasformazione e la cessazione dei rapporti di lavoro in commento, nonché i criteri e le disposizioni specifiche per disciplinare i profili previdenziali dell'eventuale indennità di disponibilità (comma 49). L'operatività della disciplina era dunque subordinata all'emanazione di detto decreto ministeriale.

Lo stesso Ministero del lavoro, assieme alle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi autorizzate a disciplinare i rapporti di lavoro *de quibus*, avrebbe dovuto procedere ad una verifica degli effetti delle disposizioni contrattuali eventualmente emanate, in particolare di contrasto del lavoro sommerso e di promozione del lavoro regolare nei settori del turismo e dello spettacolo, decorsi due anni dall'emanazione di dette disposizioni contrattuali (art. 50).

La disciplina, come delineata dal legislatore del 2007, richiamava da vicino quella prevista dall'art. 37 del d. lgs. n. 276 del 2003, che regolava il lavoro intermittente per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno, con la differenza che quest'ultimo era previsto direttamente dalla legge; oltre a ciò, va rilevato altresì che l'istituto regolato dai commi 47-50 poteva essere stipulato esclusivamente a tempo determinato (116).

La legge affidava dunque alla contrattazione collettiva non solo la regolamentazione dell'istituto, sia pure attraverso il necessario intervento ministeriale, ma, e prima ancora, la stessa scelta sulla sua introduzione, potendo così essa andare ben oltre la deroga o l'integrazione della disciplina legale (117). Sarebbe stato l'intervento, o il mancato intervento, dell'autonomia collettiva a decidere le sorti dell'istituto, dal momento che essa avrebbe anche potuto astenersi dal disciplinarlo, con la conseguenza che questo ne sarebbe risultato abrogato totalmente, anche in quei settori in cui ha dimostrato un certo tasso di utilizzo (118). L'ampia delega offerta dal legislatore all'autonomia collettiva, configurandosi come un importante spazio di manovra per dotare di adeguate tutele anche quelle prestazioni lavorative caratterizzate da maggiori tratti di precarietà, è tuttavia venuta meno, come si ricordava, nel momento in cui la

(115) È da rilevare che la precedente disciplina prevedeva che l'importo minimo dell'indennità di disponibilità dovesse essere stabilito con decreto del Ministro del lavoro, sentite le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 36, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003).

(116) Così F. R. GRASSO, *Tipologie specifiche di lavoro nei settori del turismo e dello spettacolo*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, cit., 147.

(117) In questo senso C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., 30.

(118) M. LAMBERTI, *Il lavoro a chiamata rivisitato*, cit., 80, paventa il rischio che, "stante l'avversione del sindacato e la precedente esperienza in materia di lavoro a chiamata di cui alla riforma Biagi, i contratti collettivi non intervengano affatto", anche perché, a causa di una marcata ostilità manifestata dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori, sinora la contrattazione collettiva del settore turismo non ha disciplinato il lavoro a chiamata.

legge n. 133 ha ristabilito il vigore della disciplina del lavoro intermittente di cui al d. lgs. n. 276 del 2003.

6. Accanto agli interventi correttivi delle modifiche introdotte dalla legge n. 247 del 2007 in materia di contratti di lavoro atipici, la legge n. 133 del 2008 ha altresì modificato istituti che non erano stati toccati dalla legge n. 247; il riferimento è, per quanto qui maggiormente interessa, al lavoro occasionale di tipo accessorio (119). Tale tipologia contrattuale era stata introdotta dagli artt. 70 e ss. del d. lgs. n. 276 del 2003, essenzialmente in funzione di delimitazione del lavoro coordinato e continuativo (120), ma nei fatti non era mai effettivamente decollata. Si tratta, in sostanza, di quei "rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel corso del medesimo anno solare sia superiore a 5.000,00 euro" (art. 61, comma 2, d. lgs. n. 276 del 2003).

L'art. 71 del medesimo decreto individuava i soggetti legittimati a svolgere il lavoro accessorio nei disoccupati da oltre un anno (lettera *a*), nelle casalinghe, negli studenti e nei pensionati (lettera *b*), nei disabili e nei soggetti in comunità di recupero (lettera *c*) e, infine, nei lavoratori extracomunitari, purché regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro (lettera *d*). L'art. 22, comma 4, della legge n. 133, abrogando il suddetto art. 71, consente ora a chiunque di svolgere lavoro occasionale di tipo accessorio, fermo restando il fatto che l'attività rientri tra quelle previste dall'art. 70, comma 1, e che il compenso erogato dal medesimo committente non superi i 5.000,00 euro nell'anno solare.

L'art. 22, comma 1, riscrive invece l'art. 70 del d. lgs. n. 276, e di conseguenza il novero delle attività lavorative di natura occasionale che possono costituire lavoro accessorio. In primo luogo, vengono confermati i lavori domestici (lettera *a*), i lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti (lettera *b*), l'insegnamento privato supplementare (lettera *c*), il lavoro nell'ambito di manifestazioni sportive, culturali o caritatevoli, o di emergenza o di solidarietà (lettera *d*), e dell'impresa familiare di cui all'articolo 230 *bis* del c.c., limitatamente al commercio, al turismo e ai servizi (lettera *e bis*). A tali attività lavorative si affiancano ora quelle svolte nei periodi di vacanza da parte di giovani con meno di 25 anni di età, regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l'università o un istituto scolastico di ogni ordine e grado (lettera *e*), le attività agricole di carattere stagionale effettuate da pensionati e da studenti (lettera *f*) e la consegna porta a porta e la vendita ambulante di stampa quotidiana e periodica (lettera *h*). Restano fuori dal campo di applicazione del nuovo art. 70 le attività di assistenza domiciliare ai bambini ed alle persone anziane, ammalate o con handicap, che invece erano contemplate nella precedente formulazione del

(119) Fuoriescono difatti dai limiti del presente studio le innovazioni in materia di apprendistato, di lavoro a domicilio e di orario di lavoro, nonché di semplificazione degli adempimenti formali cui è tenuto il datore di lavoro (tra i quali merita sicuramente un accenno particolare l'istituzione del *Libro unico del lavoro*), come anche quelle in tema di lavoro pubblico; su questi aspetti si vedano, per un primo commento, M. CORTI, A. SARTORI, *Osservatorio legislativo in materia di lavoro: la manovra estiva*, cit., 177 ss.

(120) Cfr. G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, cit., 269.

medesimo articolo.

Infine, per quanto concerne la disciplina del lavoro accessorio, la nuova formulazione dell'art. 72, comma 5, dispone che, in attesa del decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali che determini il concessionario del servizio relativo ai buoni per prestazioni di lavoro accessorio e regolamenti i criteri e le modalità per il versamento dei contributi previdenziali, siano provvisoriamente l'INPS e le agenzie per il lavoro che svolgono attività di somministrazione ed intermediazione di manodopera a svolgere tali ruoli.

ALESSANDRO MINEO

Avvocato INPS

**ASPETTI CRITICI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ
SOLIDALE NEGLI APPALTI E SUBAPPALTI PER LE
OBBLIGAZIONI CONTRIBUTIVE (1)**

La disciplina attuale della responsabilità solidale in tema di appalti e subappalti (articoli 29 comma 2 D.lgs. n. 276/03 e 35 comma 28 D.l. n. 223/2006 convertito in legge n. 248/2006) pone numerose questioni e problemi interpretativi anche per quanto riguarda il tema delle obbligazioni contributive.

Di seguito metterò in evidenza alcuni degli aspetti che ritengo essere di maggiore criticità su questo tema, con l'avvertenza che si tratta di questioni aperte considerata la loro sostanziale novità.

**1) L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ SOLIDALE PER IL RECUPERO DEI
CONTRIBUTI: PRESCRIZIONE O DECADENZA?**

Il primo aspetto critico da esaminare riguarda l'applicabilità ai crediti contributivi del termine decadenziale biennale, decorrente dalla cessazione dell'appalto, previsto dall'art. 29 comma 2.

Ad una prima lettura dell'articolo 29 comma 2 sembrerebbe che la risposta debba essere affermativa, nel senso dell'applicabilità del termine decadenziale biennale ai crediti contributivi, tenuto conto della esplicita menzione nella norma dei contributi previdenziali dovuti (2).

Occorre tuttavia evidenziare che, alla luce della sentenza n. 996/2007 della Corte di Cassazione (3), si può giungere per via interpretativa ad una conclusione

(1) Testo della relazione svolta nell'incontro - dibattito tenutosi a Torino il 8.10.2008 dal titolo "L'appalto e il subappalto di opere e servizi. Le responsabilità retributive e contributive del committente. Gli obblighi di sicurezza a carico del committente", organizzato dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "D. Napoletano", sez. Piemonte. Le considerazioni contenute nel testo costituiscono esclusivamente opinione dell'Autore.

(2) L'art. 29 comma 2 del D.lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 1 comma 911 legge n. 296/2006, dispone quanto segue: "In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti".

(3) In *Giust. Civ.* 2007, 2, 353.

diversa (4).

Nella citata sentenza la Suprema Corte ha chiarito che il termine decadenziale annuale previsto dall'art. 4 legge n. 1369/1960, per far valere la responsabilità solidale dell'appaltante negli appalti interni ex art. 3 legge n. 1369/1960 (5), non trova applicazione nei confronti degli istituti previdenziali per il recupero dei crediti contributivi relativi alle posizioni dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore.

In estrema sintesi, la Corte di Cassazione ha assunto la propria decisione sulla base di diverse considerazioni: in primo luogo sulla lettera della normativa esaminata, che non contempla gli istituti previdenziali ed è soggetta a stretta interpretazione, in quanto pone un termine decadenziale e non può, pertanto, trovare applicazione al di fuori dei limiti soggettivi espressamente indicati dalla norma stessa; in secondo luogo su ragioni di carattere sistematico, considerato che il rapporto contributivo è del tutto autonomo rispetto al rapporto di lavoro da cui trae origine e, di conseguenza, le sue vicende non sono influenzate dalle vicende del rapporto di lavoro sottostante (6); infine su ragioni di carattere teleologico, considerato che la finalità della normativa in esame va ricercata nell'esigenza di bilanciamento tra gli interessi contrapposti dei lavoratori coinvolti nell'appalto da una parte e dell'appaltante solidalmente responsabile dall'altra.

Ne consegue che i crediti contributivi relativi alle posizioni dei lavoratori dell'appaltatore, ai sensi degli artt. 3 e 4 legge n. 1369/60, sono soggetti esclusivamente al termine prescrizione quinquennale anche nei confronti dell'appaltante solidalmente responsabile.

La suddetta sentenza modifica un precedente consolidato orientamento giurisprudenziale, che era nel senso dell'applicabilità del termine decadenziale annuale anche ai crediti contributivi (7). Tale orientamento si fondava sul presupposto che l'art. 3 legge n. 1369/1960 non faceva distinzione tra i vari tipi di diritti in relazione ai quali operava la

(4) Per considerazioni di carattere sistematico sull'impatto della citata sentenza anche in relazione alla normativa sopravvenuta vedasi P. CAPURSO, *La tutela del credito contributivo prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, n. 3/2007. In senso critico vedasi E. BARRACO, *Appalti, riscossione dei contributi previdenziali e termine di decadenza: revirement salva - INPS della Cassazione*, in *Lav. Giur.* n. 6/2007, pagg. 571 e ss.. Ritene applicabile il termine decadenziale biennale agli enti previdenziali, pur senza soffermarsi sull'applicabilità della sentenza n. 996/2007, A. SICA, in *Contribuzione nell'appalto: il vincolo solidale*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 44/2007, pagg. 2645 e ss..

(5) L'art. 3 legge n. 1369/1960, ora abrogata dall'art. 85 D.lgs. n. 276/2003, disponeva quanto segue: "1. Gli imprenditori che appaltano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti da eseguirsi all'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da essi dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti. ... 3. Gli imprenditori sono altresì tenuti in solido con l'appaltatore, relativamente ai lavoratori da questi dipendenti, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza".

L'art. 4 legge n. 1369/1960 disponeva quanto segue: "I diritti spettanti ai prestatori di lavoro ai sensi dell'articolo precedente potranno essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino ad un anno dopo la cessazione dell'appalto".

(6) Sull'autonomia del rapporto contributivo vedasi sotto vari profili *ex plurimis* Cass. nn. 6029/1984; 9774/2002; 4141/2001; 9774/2002; 5002/1999; 16300/2004; 11622/1995; 8179/2001.

(7) Sul precedente orientamento giurisprudenziale vedasi *ex plurimis* Cass. nn. 4663/1983; 5185/1983; 3216/1975. Conforme all'orientamento espresso nella sentenza n. 996/2007 vedasi peraltro Trib. Milano, 18 giugno 1979, in *Prev. Soc.* 1980, 1283.

responsabilità solidale e, pertanto, li riteneva tutti assoggettati alla medesima disciplina.

Quanto sopra evidenzia l'attualità del problema dell'individuazione del termine di azionabilità dei crediti contributivi nei confronti dei soggetti solidalmente responsabili ex art. 29 comma 2, in quanto è indubbio, nonostante l'espresso riferimento ai contributi previdenziali contenuto in tale norma, che le considerazioni svolte nella citata sentenza sono valide anche in relazione alla nuova disciplina della responsabilità solidale in tema di appalti e subappalti; infatti anche l'art. 29 comma 2 non contempla gli istituti previdenziali tra i soggetti cui si applica il termine decadenziale e, ovviamente, le considerazioni sull'autonomia del rapporto contributivo rispetto al rapporto di lavoro sottostante valgono anche in relazione alla nuova disciplina.

A mio avviso il principio di cui alla citata sentenza della Corte di Cassazione deve ritenersi applicabile alla disciplina attuale in tema di responsabilità solidale per i crediti contributivi negli appalti e subappalti, per ragioni di ordine sistematico e di compatibilità costituzionale della disciplina.

Innanzitutto si osserva che l'art. 29 comma 2 rappresenta sicuramente un ampliamento di tutela per i lavoratori interessati rispetto alla precedente disciplina di cui agli artt. 3 e 4 legge n. 1369/1960.

Basti considerare che la nuova disciplina sulla responsabilità solidale trova applicazione anche nei confronti dei subappaltatori (e non è più limitata soltanto all'appaltante e all'appaltatore), riguarda anche gli appalti esterni (e non più solo quelli interni), investe anche i committenti/appaltanti datori di lavoro non imprenditori (e non più solo gli appaltanti imprenditori), estende il termine decadenziale per i diritti retributivi da un anno a due anni.

Inoltre la responsabilità solidale, per quanto riguarda gli aspetti retributivi, non è più limitata al "trattamento minimo inderogabile retributivo", ma si estende ai "trattamenti retributivi dovuti", per cui sembrano essere comprese anche le quote di retribuzione che eccedano i minimi stabiliti dalla contrattazione collettiva, eventualmente patuiti tra il lavoratore interessato e l'appaltatore o subappaltatore datore di lavoro (8).

È pertanto davvero difficile ritenere che, in tale chiaro contesto di ampliamento della tutela dei lavoratori coinvolti negli appalti, il legislatore abbia trasformato il termine prescrizione per il recupero dei contributi previsto dalla previgente disciplina, come chiarito dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 996/2007, nel più breve termine decadenziale, il che è idoneo a risolversi in una riduzione di tutela per il lavoratore (9).

(8) Ritengo che l'ampliamento della tutela operi anche sotto il profilo soggettivo dei soggetti beneficiari, non essendo limitato ai soli lavoratori subordinati dell'appaltatore o subappaltatore (vedasi sul punto par. 3).

(9) Nella sentenza n. 996/2007 la Corte di Cassazione evidenzia che "7. È utile al riguardo segnalare che... una lettura della legge n. 1369 del 1960, art. 4, volta a riconoscere una efficacia soggettivamente limitata nei sensi innanzi indicati alla suddetta disposizione, non produce alcun effetto deteriore in capo ai lavoratori, che anzi ne traggono una maggiore e più efficace tutela di una parte dei propri diritti, scaturenti dall'appalto di manodopera, atteso che gli enti previdenziali, affrancati dal termine decadenziale annuale, possono procedere al recupero dei contributi obbligatori, omessi dai datori di lavoro coinvolti nell'appalto, nell'ordinario e ben più lungo termine prescrizione fissato dalla legge 8 agosto 1995, n. 335, art. 3, ricostruendo in tal modo la posizione assicurativa dei lavoratori, che si vedrebbero altrimenti costretti a sperimentare il non agevole meccanismo regolato dalla legge 16 luglio 1962, n. 1338, art. 13, ai fini della costituzione di una rendita vitalizia".

A ciò si aggiunga che, in relazione alla posizione dell'appaltatore, trova applicazione anche l'art. 35 comma 28 del "decreto Bersani" (10) che, nel prevedere la responsabilità solidale dell'appaltatore e del subappaltatore per gli adempimenti fiscali e contributivi relativi ai dipendenti del subappaltatore, non dispone alcun termine decadenziale e, pertanto, il recupero contributivo ai sensi di tale disciplina è assoggettato esclusivamente al termine prescrizione quinquennale.

Ne consegue che, se si privilegiasse l'interpretazione dell'applicabilità del termine decadenziale biennale ex art. 29 comma 2 anche ai crediti contributivi, nei confronti del committente e del subappaltatore non datore (11) l'azione per far valere la responsabilità solidale andrebbe esercitata entro il termine decadenziale biennale, mentre nei confronti dell'appaltatore troverebbe applicazione il termine prescrizione quinquennale ex art. 35 comma 28 (12).

Se invece si considerasse applicabile l'interpretazione di cui alla sentenza n. 996/2007 anche nell'ipotesi di cui all'art. 29 comma 2, i crediti contributivi sarebbero soggetti a termine prescrizione quinquennale nei confronti di tutti gli attori della filiera dei subappalti, cioè nei confronti del committente, dell'appaltatore e del subappaltatore.

Fermo restando ovviamente, in entrambi i casi, che nei confronti dell'appaltatore o subappaltatore datore di lavoro l'azione resta soggetta all'ordinario termine prescrizione quinquennale.

A mio avviso l'applicazione del principio di cui alla sentenza n. 996/2007 alla disciplina attuale della responsabilità solidale negli appalti e subappalti, consente di

(10) L'art. 35 comma 28 D.L. n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006, non è stato abrogato dall'art. 3 comma 8 D.L. n. 97/2008, convertito in legge n. 129/2008, che invece ha abrogato l'art. 35 commi da 29 a 34, oltre che il D.M. n. 74/2008. Tale norma dispone quanto segue: "L'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore".

(11) Cioè collocato "a monte" rispetto al subappaltatore datore di lavoro nella filiera dei subappalti.

(12) Peraltro si rileva che la responsabilità solidale dell'appaltatore per contributi ex art. 35 comma 28 sembra atteggiarsi come cumulativa rispetto alla responsabilità dello stesso appaltatore ex art. 29 comma 2, il che, qualora si privilegiasse la tesi dell'applicabilità del termine decadenziale biennale ai crediti contributivi, creerebbe notevoli problemi e dubbi interpretativi circa l'individuazione della disciplina in concreto applicabile. In relazione a tale aspetto vedasi L. IMBERTI in *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)*, in Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 72/2008, pag.19, che parla di "due regimi di responsabilità solidale parzialmente differenti in caso di appalto e subappalto". Sul punto vedasi anche P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 52/2007, pag. 9, secondo cui "... nel caso di omesso versamento dei contributi previdenziali... relativi ai dipendenti del subappaltatore, gli enti previdenziali... potranno agire entro il termine di decadenza di due anni sia nei confronti del committente che del suo appaltatore mentre, superato il biennio e nei limiti degli ordinari termini prescrizione, residuerà la sola azione verso l'appaltatore. Nel caso, invece, che le medesime omissioni si verificano da parte dell'appaltatore gli enti previdenziali... avranno a loro disposizione solo l'azione verso il committente a decadenza biennale".

dare un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina stessa, considerato che la prima interpretazione determina, come si è visto, un regime differenziato di responsabilità dei vari attori coinvolti in relazione ai crediti contributivi, pur trattandosi di responsabilità attinenti a crediti derivanti da un'operazione economica unitaria.

Tale regime differenziato consisterebbe in sostanza in un "aggravamento" della responsabilità dell'appaltatore rispetto agli altri attori della filiera dei subappalti per quanto riguarda le obbligazioni contributive, il che non sembra trovare adeguata giustificazione, considerato che non è l'appaltatore, bensì il committente, il beneficiario ultimo dell'utilità (opera o servizio) sottesa all'operazione economica unitaria consistente nella filiera dei subappalti (13).

Viceversa, l'applicazione del principio di diritto di cui alla sentenza n. 996/2007 della Corte di Cassazione alla disciplina ex art. 29 comma 2, ha il pregio di eliminare alla radice tali problemi e di rendere omogenea la disciplina in esame (14).

2) EVENTUALE ACCOGLIMENTO DELLA TESI DELL'APPLICABILITÀ DEL TERMINE DECADENZIALE BIENNALE: CONSEGUENZE

Qualora risultasse prevalente la tesi dell'applicabilità del termine decadenziale biennale ai crediti contributivi, dovrebbe conseguirne che l'attività che l'istituto previdenziale dovrà compiere entro il termine decadenziale non potrà limitarsi alla notificazione del verbale ispettivo (15), ma dovrà consistere nell'iscrizione a ruolo del credito contributivo (cioè con il compimento dell'atto previsto dall'ordinamento per l'esercizio del diritto), considerata la disciplina generale in tema di decadenza che non tollera il compimento di atti interruttivi.

Pertanto la decadenza non potrà essere rilevata d'ufficio e dovrà essere dedotta nell'atto introduttivo del giudizio, a pena di preclusione, secondo le regole del rito del lavoro (16).

(13) È indubbio infatti che l'applicazione del termine prescrizionale quinquennale ex art. 35 comma 28, al posto di quello decadenziale biennale ex art. 29 comma 2, si risolve nell'esposizione dell'appaltatore al "rischio" di più incisive azioni di recupero dei contributi da parte degli enti previdenziali (vedasi sul punto par. 2). Come corollario dell'interpretazione sopra proposta si ha che l'art. 35 comma 28 conserverebbe autonoma rilevanza solo per quanto riguarda la responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore in materia di adempimenti fiscali relativi alle posizioni dei dipendenti del subappaltatore, essendo per il resto la previsione di cui all'art. 35 comma 28 assorbita nella più ampia previsione di cui all'art. 29 comma 2.

(14) In tale prospettiva il riferimento del termine decadenziale ai contributi previdenziali, contenuto nell'art. 29 comma 2, riguarderebbe il diritto soggettivo del lavoratore al versamento dei contributi, che si sostanzia nella possibilità di azione diretta del lavoratore nei confronti del datore di lavoro per ottenere la condanna dello stesso alla regolarizzazione della posizione assicurativa mediante il versamento all'ente previdenziale dei contributi omessi e non prescritti. Sulla sussistenza del diritto soggettivo del lavoratore al versamento dei contributi vedasi Cass. Sez. lav., 23 gennaio 1989 n. 379, in Inf. Prev., 1989, 656; Cass. Sez. lav., 26 maggio 2000 n. 6911, in Giust. Civ. Mass., 2000, 1116; Cass. Sez. lav. 6 luglio 2002 n. 9850, in Giust. Civ. Mass., 2002, 1178.

(15) Così Pret. Pisa, 16 marzo 1999, in Riv. Crit. Dir. Lav. 2000, 258, con nota di PIRELLI.

(16) Così Cass., 20 luglio 1983 n. 5005, in Giust. Civ. 1983, I, 2889.

Le considerazioni da ultimo svolte si fondano su orientamenti giurisprudenziali formati in relazione alla responsabilità solidale in tema di appalti di cui alla legge n. 1369/1960, che sembrano essere applicabili anche alla nuova disciplina.

Altro aspetto di particolare rilevanza, sempre nel caso in cui si privilegiasse l'interpretazione nel senso dell'applicabilità del termine decadenziale biennale ai crediti contributivi, è quello dell'individuazione del *dies a quo*, cioè del momento in cui il termine decadenziale inizia a decorrere.

La norma individua tale momento nella "cessazione dell'appalto", senza specificare a quale appalto si riferisca.

Fermo restando che per "cessazione" deve intendersi il momento della cessazione effettiva e non di quella formale del contratto di appalto (17), ritengo che la norma faccia riferimento esclusivamente all'appalto che ha dato origine alla filiera, cioè a quello intercorrente tra committente e appaltatore, e non a ciascun subappalto (18).

Si osserva infatti che quella in esame è una norma che disciplina la responsabilità solidale in materia di appalti e subappalti, quindi in un chiaro contesto di pluralità di appalti, eppure il legislatore ha utilizzato il termine "appalto" al singolare, scegliendo pertanto chiaramente, tra i vari appalti oggetto della fattispecie, quello che ha dato origine alla filiera (19).

In caso contrario la norma avrebbe necessariamente utilizzato il termine "appalti" al plurale, o avrebbe dovuto parlare di "ciascun appalto" o "ciascun subappalto" (dato che poco prima parla di "ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori" al fine di identificare, tra gli altri, i soggetti nei cui confronti si estende la responsabilità solidale).

Mi sembra che in questo caso il dato testuale sia preciso e non dia spazio a diverse interpretazioni.

3) I LAVORATORI BENEFICIARI DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE

Un altro aspetto che a mio avviso merita di essere evidenziato è quello relativo alla precisa individuazione dei lavoratori beneficiari dell'estensione della responsabilità solidale ex art. 29 comma 2, il che assume rilievo anche sotto il profilo contributivo.

La norma, nell'individuare i soggetti che beneficiano della responsabilità solidale dei vari attori della filiera dei subappalti, parla genericamente di "lavoratori".

L'interpretazione che sembra essere prevalente nella dottrina è nel senso di individuare nei "lavoratori" indicati dalla norma i lavoratori subordinati dell'appaltatore o

(17) Così Cass., 2 aprile 1998 n. 3410, in Giust. Civ. Mass., 1998, 709.

(18) In senso contrario alla tesi sopra proposta vedasi A. SGROI, *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, in Collana ADAPT - Working Paper n. 58/2008, pag. 12, nonché E. MASSI, *Responsabilità solidale, abrogata la procedura di esonero*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 25/2008, pagg. 1449 e ss..

(19) A voler essere rispettosi della terminologia utilizzata dal legislatore, si rileva che nella fattispecie di cui all'art. 29 comma 2 vi è una pluralità di subappalti e un solo appalto, quello che dà origine alla filiera.

del subappaltatore a seconda dei casi (20).

Deporrebbero a favore di tale orientamento principalmente ragioni di ordine sistematico, tenuto conto della circostanza che la disciplina delle fattispecie analoghe è limitata ai lavoratori subordinati dell'appaltatore o del subappaltatore:

- così l'art. 1676 c.c., che prevede in via generale la responsabilità solidale dell'appaltante per il pagamento di "quanto dovuto" ai lavoratori dell'appaltatore, parla espressamente di dipendenti dell'appaltatore...";

- l'art. 3 legge n. 1369/1960, nel delineare la responsabilità solidale dell'appaltante per i trattamenti retributivi, contributivi e nomativi spettanti ai lavoratori dell'appaltatore, parlava espressamente di dipendenti dell'appaltatore;

- l'art. 26 comma 4 D.lgs. n. 81/2008, nel delineare la responsabilità solidale in materia di danni non indennizzati dall'INAIL e dall'IPSEMA, parla espressamente di "dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore";

- lo stesso art. 35 comma 28 del "decreto Bersani" fa riferimento espresso ai dipendenti del subappaltatore per quanto riguarda la responsabilità dell'appaltatore in tema di obbligazioni fiscali e contributive.

Tuttavia a mio avviso proprio le suddette disposizioni possono portare ad una conclusione differente, in quanto si evince chiaramente dalle citate norme che quando il legislatore ha inteso limitare il beneficio dell'estensione della responsabilità solidale ai soli lavoratori subordinati (dell'appaltatore e/o dei subappaltatori a seconda dei casi) lo ha detto espressamente, il che non accade nell'art. 29 comma 2.

Ritengo pertanto che il generico riferimento ai "lavoratori" contenuto nell'art. 29 comma 2, risponda proprio ad una scelta consapevole del legislatore, che ha inteso coinvolgere nel beneficio dell'estensione della responsabilità solidale tutti i lavoratori coinvolti nella realizzazione dell'appalto (e dei vari subappalti della filiera), ancorché non subordinati, quali ad esempio i lavoratori a progetto, gli associati in partecipazione, i vari tipi di soci lavoratori di cooperativa, nonché i lavoratori subordinati utilizzati in attività amministrativa ma strumentale alla realizzazione dell'appalto o dei vari subappalti della filiera (21).

La suddetta soluzione consentirebbe di evitare problemi di compatibilità costituzionale della disciplina, in quanto la prima interpretazione avrebbe l'effetto di escludere dalla tutela in esame una serie di lavoratori che, seppure non in regime di subordina-

(20) In tal senso vedasi M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 123; P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, cit., pag. 16; L. IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)*, cit., pag. 15.

(21) In coerenza con la soluzione sopra proposta si rileva che l'art. 2 lett. a) D.lgs. n. 81/2008 considera "lavoratore", ai fini dell'applicazione della normativa stessa, la "persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al fine di apprendere un mestiere...". Nel senso dell'estensione della responsabilità solidale ex art. 29 comma 2 a tutela dei lavoratori a progetto e dei lavoratori autonomi coinvolti nell'appalto vedasi I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.* n. 3/07 pag. 523.

zione, svolgono comunque prestazioni lavorative funzionalizzate alla realizzazione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto (o del subappalto), come lo sono quelle rese dai dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore (22).

Non sono dunque chiare le ragioni per cui, in mancanza di una esplicita limitazione contenuta nella norma, detti lavoratori non dovrebbero godere delle medesime garanzie dei dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore.

In ogni caso deve ritenersi che la responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore si estenda anche ai lavoratori in nero del subappaltatore (o dell'appaltatore nel caso di appalto puro) considerato che, in base al principio di effettività che informa il diritto del lavoro, anche i lavoratori in nero sono lavoratori subordinati, qualora in concreto ricorrano gli elementi caratterizzanti tale tipo di rapporto (23).

In tale prospettiva ne consegue che il committente o l'appaltatore non potranno invocare, per escludere la loro responsabilità per i contributi relativi a tali lavoratori, la circostanza che non erano a conoscenza dell'esistenza di quei rapporti di lavoro in nero, considerato che la normativa in esame prevede una responsabilità solidale piena, per tutti i crediti contributivi relativi ai lavoratori comunque coinvolti nella filiera dei subappalti, che opera *sic et simpliciter* come conseguenza della scelta dell'appalto e/o del subappalto per realizzare una determinata opera o servizio (24).

Tale responsabilità sembra prescindere quindi da eventuali condotte contrarie alle regole di correttezza da parte dell'appaltatore e/o del subappaltatore nella gestione dei rapporti di lavoro, in quanto tale ambito attiene esclusivamente alla sfera decisionale dell'appaltatore e/o del subappaltatore (organizzazione dei mezzi necessari) cui si era rimesso il committente al momento della conclusione di tali contratti per realizzare una determinata opera o servizio.

La conclusione sopra proposta appare coerente con le finalità della disciplina, che va individuata, come già osservato, nell'intento di ampliare le tutele dei lavoratori coinvolti negli appalti e nella filiera dei subappalti, a fronte di una situazione che nella realtà quotidiana, oltre all'endemico fenomeno del lavoro sommerso, vede un sempre più massiccio utilizzo di figure contrattuali atipiche in sostituzione dei rapporti di lavoro subordinato.

Osservo peraltro che l'intera formulazione dell'art. 29 comma 2 è sicuramente

(22) È proprio nella funzionalizzazione della prestazione lavorativa alla realizzazione dell'opera o servizio oggetto dell'appalto (o del subappalto) che a mio avviso va rinvenuta la *ratio* della tutela in oggetto, e non nel regime giuridico dei vari rapporti di lavoro, che è un aspetto non considerato dalla norma. Senza considerare che le prestazioni rese dai lavoratori non subordinati sono in astratto fungibili con quelle rese dai lavoratori subordinati, nel senso che per realizzare quelle prestazioni oggetto dei rapporti di lavoro non subordinato, l'appaltatore o subappaltatore ben potrebbe avvalersi di lavoratori subordinati, anche assunti per la necessità specifica. È infatti orientamento consolidato della giurisprudenza quello secondo cui ogni attività umana può costituire oggetto di lavoro subordinato o di lavoro autonomo.

(23) Nel senso dell'estensione della responsabilità solidale ex art. 29 comma 2 a tutela dei lavoratori in nero vedasi A. SGROI, *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, cit., pag. 13.

(24) Non si applica infatti nella disciplina ex art. 29 comma 2 alcuna limitazione di responsabilità dei soggetti solidalmente responsabili, né opera alcuna efficacia liberatoria di pagamenti eventualmente effettuati all'appaltatore o al subappaltatore datore di lavoro.

espressione di una scelta legislativa diretta a disciplinare il maggior numero possibile di casi concreti che rientrino nell'ipotesi regolata.

Ciò lo si riscontra anche sotto il profilo oggettivo, laddove il riferimento è ad ogni tipo di appalto, sia interno che esterno, sia di opere che di servizi, mentre altre scelte legislative coeve sono state in senso restrittivo (si veda ad esempio l'art. 26 D.lgs. n. 81/2008 che prevede determinati obblighi a carico dell'appaltante - di verifica, di informazione, di cooperazione e di coordinamento - solo nel caso di appalti interni).

Dal punto di vista degli istituti previdenziali da quanto sopra consegue la possibilità di azionare, nei confronti dei soggetti responsabili solidalmente, i crediti contributivi anche in relazione alle posizioni dei lavoratori diversi da quelli con regolare contratto di lavoro subordinato, purchè siano in concreto coinvolti nella realizzazione delle opere o servizi oggetto degli appalti e dei vari subappalti della filiera.

4) RESPONSABILITÀ SOLIDALE E INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA

Non sembrano invece sussistere margini per ammettere l'applicabilità dell'art 29 comma 2 (e dell'art. 35 comma 28) anche ai casi di appalto o subappalto non genuino, cioè in favore dei lavoratori fittiziamente assunti dall'appaltatore o dal subappaltatore (25).

La normativa in oggetto presuppone infatti la sussistenza di appalti e/o subappalti genuini e, pertanto, sembra essere del tutto estranea al fenomeno della interposizione di manodopera il cui divieto, nonostante l'abrogazione della legge n. 1369/1960, continua ad operare nel nostro ordinamento giuridico, sotto le forme del divieto di somministrazione di lavoro al di fuori dei limiti e delle condizioni di legge (26).

Restano quindi fermi i principi enunciati dalla Corte di Cassazione, SS.UU., nella sentenza n. 22910/2006 (27), secondo cui nel caso di appalto illecito le obbligazioni derivanti dai rapporti di lavoro gravano esclusivamente sull'effettivo datore di lavoro, cioè sull'appaltante.

Ne consegue che i lavoratori coinvolti in appalto lecito risultano avere una tutela più ampia rispetto ai lavoratori coinvolti in appalto illecito, in quanto solo i primi possono avvalersi della responsabilità solidale di appaltante e appaltatore, mentre i secondi posso-

(25) Così A. SICA, in *Contribuzione nell'appalto: il vincolo solidale*, cit., pag. 2645.

(26) Illuminante in tal senso Cass. pen., 26 gennaio 2004 n. 2583, il Lav. Giur. 2005, 954, secondo cui "Se si tiene presente la chiara opzione non formalistica del legislatore nella soggetta materia, per cui i contratti valgono per il loro contenuto effettivo e non per il *nomen juris* loro assegnato, e si considera la distinzione tra somministrazione e appalto di servizi ribadita dall'art. 29 D.Lgs. n. 276/2003, per cui sussiste appalto solo nel caso in cui l'organizzazione dei mezzi produttivi, la direzione dei lavoratori e il rischio di impresa sono intestati all'appaltatore e non al committente o utilizzatore delle prestazioni, se ne deve concludere che ogni volta che un imprenditore utilizzi prestazioni di lavoro fornite da altri, assumendosi però l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavori e il rischio di impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera, che resta vietata e penalmente sanzionata se priva dei requisiti soggettivi e oggettivi prescritti dalla legge. Per conseguenza, quello che secondo la legge abrogata era considerato appalto di mere prestazioni di lavoro, perché l'appaltatore impegnava capitali, macchine e attrezzature del committente (art. 1, comma 3, L. 1369/1960), è ora qualificato come somministrazione di lavoro ed è ugualmente punito se esercitato da soggetti non abilitati o fuori delle ipotesi previste dalla legge".

(27) In *Giust. Civ.*, 2007, 1, 75.

no avvalersi soltanto della responsabilità dell'appaltante effettivo datore di lavoro (28).

Analogamente, in caso di subappalto lecito, i lavoratori coinvolti possono avvalersi dell'estensione della responsabilità nei confronti di tutti gli attori della filiera del subappalto (committente, appaltatore, subappaltatore), mentre nel caso di subappalto illecito i lavoratori coinvolti non possono avvalersi della responsabilità del subappaltatore interposto.

Quanto sopra evidenziato riguarda ovviamente anche gli istituti previdenziali ai fini dell'individuazione dei soggetti passivi dell'obbligazione contributiva in caso di appalti o subappalti non genuini (cioè appalti senza l'assunzione del rischio di impresa e/o senza l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore).

È noto che su questo tema si è sviluppato un vivace dibattito dottrinale che in estrema sintesi si può così riassumere: da una parte vi è chi sostiene, alla luce degli artt. 27 comma 1, 29 comma 3 bis e 30 comma 4 bis D.lgs. n. 276/2003, che in caso di appalto non genuino ricorra un'ipotesi di annullabilità del contratto (29, con legittimazione del solo lavoratore ad esercitare la relativa azione, il che determinerebbe consistenti dubbi sulla legittimazione degli istituti previdenziali ad accertare in via ispettiva l'esistenza di interposizioni di manodopera e ad azionare autonomamente i relativi crediti contributivi nei confronti dell'effettivo datore di lavoro (30); dall'altra vi è chi

(28) In relazione a tale tutela più ampia dei lavoratori coinvolti negli appalti leciti rispetto a quelli coinvolti negli appalti illeciti parla di "paradosso" E. BARRACO, in *Nuova disciplina lavoristica negli appalti*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 24/2007, pag. 1510. Peraltro nella sentenza n. 22910/2006 la Corte di Cassazione ha chiarito che nei confronti dell'appaltatore interposto può essere esperita azione di risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. nel caso in cui il lavoratore subisca un danno ingiusto per effetto dell'interposizione di manodopera. Deve ritenersi in linea teorica, stante il carattere generale della tutela ex art. 2043 c.c., che analoga azione possa essere esperita dagli enti previdenziali nei confronti dell'appaltatore interposto qualora dall'interposizione di manodopera derivi pregiudizio per la tutela del credito contributivo.

(29) L'art. 27 comma 1 D.lgs. n. 276/2003 dispone che, in caso di somministrazione irregolare, cioè al di fuori dei limiti e dalle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, "... il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alla dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione". Analoghe previsioni sono contenute nell'art. 29 comma 3 bis in tema di appalto non genuino e nell'art. 30 comma 4 bis in tema di distacco non genuino. Effettivamente il riferimento alla possibilità per il lavoratore di chiedere la "costituzione" di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore sembra richiamare le sentenze costitutive e, quindi, l'ipotesi dell'annullabilità. La formulazione letterale delle citate norme non sembra tuttavia avere carattere decisivo in considerazione di quanto si dirà di seguito.

(30) In tal senso, con varie accezioni, tra gli altri vedasi M. CINELLI, C.A. NICOLINI, *Il dpef per gli anni 2004 - 2007; la previdenza nel decreto di attuazione della "Legge Biagi"*, in *Riv. Ital. Dir. Lav.*, 2003, III, pag. 161, secondo cui "La norma è strutturata in modo tale da far dubitare che, anche in presenza di concreto interesse, l'ente sia autonomamente legittimato ad accertare (o a far accertare in sede giudiziaria) la sussistenza del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, e quindi a reclamare eventuali differenze contributive, qualora manchi una specifica domanda del lavoratore"; M. TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *G. Dir.*, n. 4, 66; R. DEL PUNTA, *Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 507, 2007, secondo cui "... prendendo la disposizione (doverosamente) alla lettera, un terzo come l'Inps non può né richiedere direttamente (tramite l'esercizio del proprio potere impositivo) i contributi a carico dell'utilizzatore, né agire in giudizio per far accertare come dovuti tali contributi, in virtù di un accertamento incidentale costitutivo di un rapporto contrattuale corrente tra altri, uno dei quali assente nel giudizio".

sostiene che l'appalto non genuino sia un contratto nullo, per illiceità della causa e/o per violazione di norma imperativa, il che potrebbe essere fatto valere da chiunque vi abbia interesse, quindi anche dagli istituti previdenziali, i quali conserverebbero ogni potere di accertamento ispettivo e di legittimazione ad agire per il recupero dei relativi crediti contributivi (31).

La tesi dell'annullabilità non è a mio avviso condivisibile, in quanto gli artt. 27 comma 1 (somministrazione irregolare), 29 comma 3 bis (appalto non genuino) e 30 comma 4 bis (distacco non genuino), non sembrano avere alcuna attinenza con ipotesi di vizi della volontà, bensì richiamano la mancanza di elementi costitutivi delle varie fattispecie della somministrazione, dell'appalto e del distacco.

In particolare nel caso di appalto non genuino, la mancanza di organizzazione dei mezzi necessari e/o la mancanza di assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore datore di lavoro, determinano una vera e propria inconfigurabilità del tipo contrattuale di appalto e, quindi, la conseguenza civilistica non può che farsi rientrare nell'alveo della nullità (32).

Ritengo inoltre che la tesi dell'annullabilità si ponga in evidente contrasto con l'art. 24 della Costituzione, alla luce anche del principio della unicità del datore di

(31) In tal senso, con varie accezioni, tra gli altri vedasi O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in Riv. It. Dir. Lav., 2003, 265; dello stesso Autore, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, incontro di studi del CSM in Roma 31.1.2007, secondo cui "... il contratto di somministrazione non conforme alle regole è nullo per contrarietà a norma imperativa e dunque quella che viene qualificata come mera irregolarità è in realtà una *species* del *genus* della nullità"; P. CAPURSO, *La riforma del mercato del lavoro: riflessi sulle obbligazioni contributive e previdenziali*, in Riv. Giur. Lav. n. 4/2006, pag. 353 e ss.; dello stesso Autore *I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca della interposizione illecita perduta*, in Inf. Prev., 2008, pag. 109 e ss.; F. SCARPELLI, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma 2004, pag. 158.

(32) In tale prospettiva l'appalto non genuino non sarebbe altro che somministrazione di lavoro al di fuori dei limiti e delle condizioni di legge (cioè somministrazione irregolare). Sebbene il D.lgs. n. 276/2003 distingua tre tipi di patologia nella somministrazione di lavoro, il fenomeno del divieto di somministrazione di lavoro al di fuori dei limiti e delle condizioni di legge deve ritenersi unitario in quanto: 1) la somministrazione priva di forma scritta *ad substantiam* (art. 21 comma 4) è nulla per espressa previsione della stessa norma; 2) la somministrazione fraudolenta (art. 28), cioè posta in essere con la finalità specifica di eludere norme inderogabili di legge o contratto collettivo, è nulla ex art. 1344 c.c.; 3) la somministrazione irregolare (art. 27), cioè al di fuori delle condizioni di liceità ex art. 20 (ivi inclusa l'ipotesi di rilievo centrale in cui il somministratore non sia soggetto a ciò autorizzato ex art. 4) e/o il cui contratto scritto sia privo del contenuto fissato dall'art. 21 comma 1 lettere da a) a e), è parimenti nulla per violazione di norme imperative (gli stessi artt. 20 e 21) e comunque per illiceità della causa, trattandosi di fattispecie sanzionate penalmente (art. 18). In dottrina sul punto vedasi L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla "tipizzazione" del contratto di somministrazione di lavoro*, in Dir. Rel. Ind., 2004, n. 2, pag. 26, che individua la somministrazione di lavoro come fattispecie assorbente di tutte le forme atipiche aventi ad oggetto mere prestazioni di lavoro.

lavoro, ribadito sia dalla giurisprudenza (33) che dalla dottrina (34), nonché del principio della indisponibilità degli obblighi contributivi (35).

Infatti, se l'istituto previdenziale è creditore nell'obbligazione contributiva, il suo diritto di azionare il credito nei confronti dell'effettivo debitore (cioè dell'unico datore di lavoro), e di avvalersi degli strumenti di legge per accertare l'esistenza del credito e/o per farlo accertare in sede giurisdizionale, non può in alcun modo essere escluso (36).

Se la tesi dell'annullabilità fosse accolta ne conseguirebbe che la determinazione del debitore dell'obbligazione contributiva (appaltante effettivo datore anziché appaltatore interposto) sarebbe rimessa alla scelta meramente discrezionale di un terzo (il lavoratore) nel momento in cui questi si attivasse eventualmente per chiedere il riconoscimento del rapporto di lavoro nei confronti dell'appaltante effettivo datore di lavoro.

Senza considerare che, in tale prospettiva, l'inattività del lavoratore a far valere l'interposizione potrebbe avere effetti anche sull'*an* dell'obbligazione contributiva (nel caso di insolvenza dell'appaltatore interposto), nonché sul *quantum* della stessa obbligazione (nel caso in cui l'appaltatore interposto fosse tenuto a contribuzione inferiore rispetto all'appaltante effettivo datore di lavoro) (37).

In altri termini, si avrebbe che aspetti essenziali dell'obbligazione contributiva sarebbero rimessi alla disponibilità del lavoratore, il che non è evidentemente possibile.

(33) Sul punto vedasi Cass. SS.UU., 22 ottobre 2002 n. 14897 in Dir. Giust., 2002, 41, 67, con nota di CIANNELLA, secondo cui "... la struttura del rapporto di lavoro subordinato, quale risulta dalla normativa sostanziale (art. 2094 c.c.) è bilaterale e non plurilaterale... Il lavoratore che agendo in giudizio afferma l'esistenza di un rapporto con un certo datore di lavoro e ne nega uno diverso con altra persona, non deduce in giudizio alcun rapporto plurisoggettivo né alcuna situazione di contitolarità, ma tende ad un'utilità (il *petitum*) ottenibile rivolgendosi ad una persona sola, ossia al datore vero... L'accertamento negativo del rapporto fittizio con il datore di lavoro interposto costituisce oggetto di questione pregiudiziale, conosciuta dal giudice soltanto in via incidentale..."; la già citata Cass., SS.UU. n. 22910/2006 ha ulteriormente chiarito che "5. È stato osservato da più parti che, nonostante la già ricordata abrogazione dell'art. 1 della legge n. 1369 del 1960, il dibattito sorto intorno alla intermediazione di manodopera - stante la presenza di valori permanenti di stampo costituzionale diretti a collegare al rapporto di lavoro subordinato e solo ad esso determinate posizioni di vantaggio - è destinato a spostarsi in giurisprudenza anche all'interno del nuovo quadro normativo... con riferimento in particolare alla "somministrazione irregolare"... Tale considerazione... sollecita l'esternazione di ulteriori motivi che spingono - in linea con quanto queste sezioni Unite hanno già statuito sul versante processuale - a ribadire anche su quello sostanziale come nella interposizione di manodopera il beneficiario delle prestazioni lavorative sia l'unico soggetto tenuto all'adempimento di tutte le prestazioni che nel rapporto fanno carico al datore di lavoro, incluso il versamento dei contributi previdenziali...".

(34) In tal senso M.T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro - quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse - è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in Arg. Dir. Lav., 2007, II, pag. 1019 e ss..

(35) Art. 2115 ultimo comma c.c..

(36) Sul punto, in relazione alla somministrazione, vedasi F. BORLA in *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro*, in Inf. Prev., 2003, pag. 1507, secondo cui "dal momento che il titolare del rapporto contributivo è l'I.N.P.S., al quale - al pari di tutti i soggetti titolari di diritti - non può essere sottratto il diritto di agire per l'adempimento delle proprie pretese creditorie, la lettura del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 27 costituisce un decisivo argomento a favore della tesi che ammette anche per l'Ente Previdenziale la possibilità di far accertare in giudizio l'irregolarità di un contratto di somministrazione e di agire per le eventuali differenze contributive dovute nel caso di riconoscimento giudiziale del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore".

(37) Resta peraltro fermo il principio dell'efficacia liberatoria per l'effettivo datore di lavoro dei pagamenti a titolo di contributi effettuati dall'appaltatore interposto, fino alla concorrenza della somma effettivamente pagata (art. 27 comma 2 D.lgs. n. 276/2003).

Deve ritenersi pertanto che la normativa invocata da parte della dottrina per sostenere la tesi dell'annullabilità, abbia in realtà una natura essenzialmente processuale (38), e comunque sia destinata a produrre effetti solo nell'ambito del rapporto di lavoro (39), lasciando del tutto impregiudicati i diritti degli istituti previdenziali, titolari di autonomi diritti di credito nei confronti dell'effettivo datore di lavoro.

5) ONERE PROBATORIO E PRATICHE ELUSIVE

Un ulteriore aspetto critico che occorre mettere in evidenza attiene all'onere probatorio che gli istituti previdenziali dovranno assolvere per far valere la responsabilità solidale in oggetto.

Da tale punto di vista la disciplina in esame risulta essere molto impegnativa per gli istituti previdenziali, i quali, ogni qual volta intendano far valere la responsabilità solidale ex artt. 29 comma 2 e 35 comma 28, dovranno provare in primo luogo l'esistenza dell'appalto e dei vari subappalti della filiera e, inoltre, la riferibilità a tali contratti delle prestazioni dei lavoratori in relazione ai quali si intende effettuare il recupero contributivo.

Ciò comporta che in sede di accertamenti ispettivi gli istituti previdenziali dovranno porre la massima attenzione anche sugli aspetti documentali delle vicende oggetto di indagine, in quanto primaria importanza assumerà il reperimento dei contratti. In mancanza occorrerà fare ricorso ad elementi presuntivi sulla sussistenza degli appalti e subappalti (40).

Gli elementi presuntivi assumeranno rilevanza centrale anche nel caso di pratiche elusive dirette a sottrarre il committente (o l'appaltatore) alla responsabilità solidale ex artt. 29 comma 2 e 35 comma 28.

Nel caso, che prevedibilmente sarà diffuso nella pratica, di stipulazione di contratti di appalto formalmente autonomi, ma che in realtà dissimulano dei subappalti, la prova

(38) Così P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di) *Lavoro e diritti*, Bari, 2004 secondo cui "si tratta, in altri termini, di una norma tipicamente processuale in quanto formulata a partire dalla posizione del lavoratore rispetto all'esercizio dell'azione civile... la quale può essere proposta soltanto dal prestatore di lavoro subordinato, unico soggetto legittimato a far accertare la natura interpositoria della fattispecie al fine di costituire il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore".

(39) La Corte di Cassazione nella sentenza n. 996/2007 già citata, ha chiarito che "Né può trascurarsi di considerare... come sia abituale tecnica legislativa, proprio in ragione della più volte ricordata autonomia del rapporto previdenziale - tecnica di cui sono testimonianza, tra l'altro, il D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 artt. 25 e 27, in materia di somministrazione di lavoro.... - regolare in modo specifico e autonomo (lasciando impregiudicate le posizioni dell'Istituto assicurativo e la generale disciplina sull'esercizio dei suoi diritti derivanti dal rapporto previdenziale) sia gli obblighi di natura economica e normativa che quelli di natura previdenziale e assistenziale, scaturenti dal rapporto di lavoro subordinato e indicando quei lavoratori che dall'adempimento di tali obblighi debbono essere garantiti allorquando, in ragione della pluralità di beneficiari delle prestazioni lavorative, possano sorgere incertezze sulla individuazione del vero datore di lavoro o possano configurarsi pericoli di irregolare utilizzazione di specifici istituti e di figure contrattuali legislativamente disciplinate".

(40) Il ricorso ad elementi presuntivi può assumere notevole rilevanza in quanto l'appalto è un contratto a forma libera, sebbene talune disposizioni del D.lgs. n. 81/2008 sembrano presupporre la forma scritta, quali l'art. 26 comma 3, secondo cui il documento unico di valutazione dei rischi elaborato dal committente va allegato al contratto di appalto, e l'art. 26 comma 5, secondo cui è nullo il contratto di appalto che non contenga specifica indicazione dei costi relativi alla sicurezza del lavoro.

della simulazione potrà essere senz'altro fornita dagli istituti previdenziali tramite il ricorso ad elementi presuntivi, con particolare riferimento, ad esempio, alla sussistenza di un'operazione economica unitaria sottesa ai vari appalti in relazione al loro oggetto, alla successione temporale dei vari contratti di appalto, all'autonoma rilevanza dell'opera o del servizio oggetto dei vari appalti, alla capacità imprenditoriale e organizzativa dei vari appaltatori a realizzare autonomamente l'opera o il servizio oggetto dell'appalto.

Quest'ultimo elemento presuntivo assume una rilevanza centrale anche in relazione ad altre pratiche elusive, come ad esempio l'utilizzo nel contratto di appalto di clausole "di stile" di divieto di ricorso al subappalto (art. 1656 c.c.). A mio avviso l'apposizione di una clausola di tale contenuto in un contratto di appalto non può essere sufficiente, di per sé, ad escludere la responsabilità solidale del committente.

Infatti, ove il subappalto sia stato in concreto posto in essere, dovrebbero trovare applicazione i principi in tema di contratto in frode alla legge ex art. 1344 c.c., per cui la prova dell'intento fraudolento delle parti (e comunque del carattere oggettivamente fraudolento della pattuizione) può rinvenirsi essenzialmente nella inidoneità dell'organizzazione e della capacità imprenditoriale dell'appaltatore, da valutarsi *ex ante* al momento della stipulazione dell'appalto, a realizzare l'appalto stesso; con la conseguenza che la responsabilità solidale ex art. 29 comma 2 dovrà ritenersi senz'altro sussistente tutte le volte che risulti che l'appaltatore non aveva struttura imprenditoriale idonea per la realizzazione dell'appalto a regola d'arte e, pertanto, il ricorso al subappalto, benché formalmente vietato, era comunque ragionevolmente prevedibile (41).

Con funzione elusiva potrebbe essere utilizzata la previsione di cui all'art. 2112 ultimo comma c.c. che, in caso di collegamento negoziale tra un contratto di appalto e una cessione di ramo d'azienda, limita la responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore, senza estenderla al committente nel caso di subappalto.

In questo caso ritengo tuttavia che la prova dell'intento fraudolento delle parti (e/o del carattere oggettivamente fraudolento del contratto di cessione di ramo d'azienda) sia superflua, atteso che l'art. 2112 ultimo comma c.c. sembra avere un'efficacia oggettiva limitata all'ipotesi di appalto puro, e non dovrebbe trovare applicazione nel caso di filiera di subappalti, che resta disciplinato dagli artt. 29 comma 2 e 35 comma 28, ancorché nell'ambito della filiera si collochi un contratto di cessione di ramo d'azienda (42).

(41) La soluzione sopra proposta trova oggi un preciso riferimento normativo nell'art. 26 comma 1 D.lgs. n. 81/2008, in base al quale l'appaltante, in caso di appalto interno, è obbligato a verificare l'idoneità tecnico professionale dell'appaltatore in relazione all'oggetto dell'appalto.

(42) L'art. 2112 ultimo comma c.c. contiene un rinvio all'art. 29 comma 2 D.lgs. n. 276/2003, tuttavia, trattandosi di rinvio a tale norma nella formulazione anteriore alla modifica effettuata dall'art. 1 comma 911 legge n. 269/2006, non è chiaro se si tratti di rinvio "fisso", che cioè che non comprende eventuali modifiche della norma rinviata, o di rinvio "mobile" che viceversa comprende tali modifiche. Sul punto vedasi E. BARRACO, *Nuova disciplina lavoristica negli appalti*, cit. pag. 1508 e ss., secondo cui "... è da ritenere, non senza qualche difficoltà, che il nuovo regime di solidarietà si applichi anche all'appalto c.d. "internalizzante", cioè all'appalto la cui esecuzione avvenga utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione al fine di completare la complessiva operazione di outsourcing (trasferimento di ramo d'azienda seguito da un contratto d'appalto...). L'imperfezione tecnica del richiamo (contenuto nell'art. 2112 u.c. ndr) fatto soltanto all'art. 29 comma 2 del D.Lgs. n. 276/2003 e non anche alle successive modificazioni, può essere superata nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata, tenendo conto che le esigenze di tutela dei lavoratori coinvolti in un appalto internalizzante non possono essere inferiori a quelle di un normale appalto..."

NOTE A SENTENZA

Obbligazioni pecuniarie - Interessi - Moratori - Prova del maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c. - Misura del risarcimento - Differenza tra il tasso di rendimento netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e il saggio degli interessi legali - Prova contraria a carico delle parti.

Corte di Cassazione, SS. UU., 16.07.2008, n. 19499 - Pres. Carbone - Rel. Amatucci - P.M. Martone (diff.) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo) - R. Q. S.p.A. - (Avv.ti Ferzi, V. e R. Stanchi).

Nelle obbligazioni pecuniarie, in difetto di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, c.c. è, in via generale, riconoscibile in via presuntiva, per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento, nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 c.c.

È fatta salva la possibilità del debitore di provare che il creditore non ha subito un maggior danno o che lo ha subito in misura inferiore a quella differenza, in relazione al meno remunerativo uso che avrebbe fatto della somma dovuta, se gli fosse stata tempestivamente versata; il creditore che domandi a titolo di maggior danno una somma superiore a quella differenza è tenuto ad offrire la prova del danno effettivamente subito, quand'anche sia un imprenditore, mediante la produzione di idonea e completa documentazione, e ciò sia che faccia riferimento al tasso dell'interesse corrisposto per il ricorso al credito bancario, sia che invochi come parametro l'utilità marginale netta dei propri investimenti.

FATTO — 1. — Varie società editrici si opposero, con atti distinti, a diversi decreti ingiuntivi emessi nei loro confronti dal pretore di Roma su istanza dell'Inpgi - Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti italiani "Giovanni Amendola" per il pagamento di somme dovute per omesso versamento di contributi assicurativi e relative sanzioni civili relativamente a periodi compresi tra il 1980 ed il 1986. Dedussero che, a seguito della fiscalizzazione di cui all'art. 1 della legge n. 782/1980, le somme non erano dovute e, in subordine, che l'Inps - Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale, che chiamarono in giudizio unitamente al ministero del tesoro, era tenuto a restituire quanto percepito in eccesso.

Con sentenza 15496 del 1996 il pretore respinse le opposizioni e condannò l'Inps a tenere indenni le società opponenti di quanto avrebbero dovuto pagare all'Inpgi in

base ai decreti ingiuntivi.

Decidendo con sentenza n. 14271 del 2003 sugli appelli proposti ed in parziale accoglimento dell'appello incidentale condizionato proposto dalla R. E. s.p.a. (anche quale incorporante di R.E.Q. s.p.a.), la sezione lavoro del tribunale di Roma ha, per quanto in questa sede interessa, condannato l'Inps alla restituzione dei contributi indebitamenti versati dalla predetta società per l'ammontare di € 110.982,29, "oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo, dalla data di notificazione all'Inps dei ricorsi in opposizione ai decreti di ingiunzione fino al soddisfo".

Ha ritenuto il tribunale che, secondo quanto affermato da Cass. n. 6420/2001, ai fini del risarcimento del maggior danno da svalutazione monetaria ex art. 1224, comma 2, cod. civ., la semplice qualità di imprenditore del creditore rileva come elemento presuntivo idoneo a far ritenere che la somma, se restituita tempestivamente, sarebbe stata reinvestita nell'attività produttiva, con conseguente neutralizzazione degli effetti della svalutazione monetaria.

2. — Avverso la sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'Inps, affidandosi ad un unico motivo, col quale denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1224 e 2697 cod. civ. e vizio di motivazione per essere stato il maggior danno da svalutazione monetaria riconosciuto in contrasto col principio enunciato da Cass. nn. 9910/03 e 14970/02; principio secondo il quale, a tale fine, il creditore non può limitarsi ad allegare la propria qualità di imprenditore, essendo invece tenuto, in base al generale principio dell'onere della prova, a fornire indicazioni in ordine al danno subito per effetto dell'indisponibilità del denaro determinata dall'inadempimento (quale, ad esempio, quello derivante da specifici investimenti programmati e non attuati), giacché altrimenti si darebbe luogo ad un meccanismo di automatica rivalutazione dei crediti, analogo a quello previsto per i lavoratori subordinati dall'art. 429 cod. proc. civ..

Ha resistito con controricorso la R. Q. s.p.a. (nuova denominazione della R. E. s.p.a.), che ha depositato anche memoria illustrativa.

3. — L'esame del ricorso è stato rimesso dal primo presidente a queste sezioni unite a seguito di ordinanza interlocutoria della sezione lavoro n. 2990 del 19.12.2006, depositata il 12.2.2007, per il ravvisato contrasto di giurisprudenza in ordine alla sufficienza della qualità di imprenditore del creditore ai fini della presumibilità di impieghi antinflattivi della somma non tempestivamente versata dal debitore.

Con la predetta ordinanza la sezione lavoro, premesso che il caso di specie concerne sicuramente un credito pecuniario ordinario, rileva che si sono formati diversi orientamenti giurisprudenziali, sostanzialmente riducibili a due, sull'applicazione dei principi enunciati dalla innovativa sentenza delle sezioni unite n. 3776/1979 in ordine alla prova che, nelle obbligazioni pecuniarie, il creditore appartenente alla categoria degli imprenditori deve offrire perché possa essergli riconosciuto il maggior danno da svalutazione monetaria, rispetto a quello già coperto dagli interessi legali:

- secondo un primo orientamento, è sufficiente dedurre la qualità di imprenditore per ritenere provato, per effetto di presunzione collegata alla qualità professionale, il maggior danno in questione (vengono citate: Cass., s.u. n. 2318/83, sez. I n. 1403/98, sez. I n. 5732/99, sez. II n. 409/00, sez. II n. 1770/01, sez. lav. n. 6420/01, sez. lav. n. 10304/02, sez. lav. n. 2113/03, sez. III n. 58/04, sez. III n. 13829/04, sez. III n.

14767/04, sez. III n. 20807/04, sez. I n. 4885/06, sez. II n. 5860/06);

- secondo un diverso orientamento, invece, il pur legittimo ricorso al notorio ed a presunzioni non può prescindere dall'assolvimento, da parte del creditore, ancorché appartenente ad una categoria soggettiva come quella degli imprenditori, di un onere quantomeno di allegazione, che consenta al giudice di verificare se, tenuto conto delle sue qualità personali e dell'attività in concreto esercitata, il particolare danno lamentato possa essersi verosimilmente prodotto (vengono indicate come espressive di tale indirizzo: Cass., sez. un. n. 2564/84, sez. un. n. 2368/86, sez. II n. 5678/99, sez. lav. n. 1036/02, sez. lav. n. 14970/02, sez. I n. 10860/03, sez. lav. n. 12634/04, sez. I, n. 2613/06, sez. lav. n. 6153/06). Fondamento del secondo degli indirizzi indicati - afferma ancora la sezione lavoro - è, in sintesi, che gli automatismi risarcitori, al di là degli interessi di mora, sono previsti dal diritto positivo nella sussistenza non solo dell'elemento soggettivo (qualità del creditore) ma anche oggettivo (qualità del credito): spunti di sostegno a tale ricostruzione sarebbero rinvenibili nelle argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 459 del 2000 e nelle disposizioni del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, recante "attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi dei pagamenti nella transazioni commerciali".

DIRITTO — 1. — È opportuno verificare preliminarmente se la decisione ed il testo normativo appena citati offrano effettivamente sostegno alla seconda delle ricostruzioni prospettate.

1.1. — Con sentenza 2 novembre 2000, n. 450 la Corte costituzionale, chiamata a sindacare la regola della non cumulabilità di rivalutazione ed interessi, già prevista per i crediti di lavoro dall'art. 429 cod. proc. civ. secondo l'interpretazione ampiamente consolidata di tale disposizione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, limitatamente alle parole "e privati", nella parte in cui in buona sostanza riconosce(va) al lavoratore solo la maggior somma tra l'ammontare degli interessi e quello della rivalutazione monetaria; ciò sulla scorta del rilievo che ai crediti di lavoro, in considerazione della loro natura, deve riconoscersi un'effettiva specialità di tutela rispetto alla generalità degli altri crediti, sicché non è giustificabile che essa sia collocata "all'interno della disciplina generale di cui all'art. 1224 cod. civ. sulla responsabilità contrattuale da inadempimento" (così la motivazione, *sub* 7.1.).

È dunque ben vero che la Consulta ha avuto riguardo alla particolarità del credito (retribuzione) ed alla sua funzione di assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, ma ciò in ragione della ravvisata necessità di una tutela speciale, normativamente assicurata dal cumulo di rivalutazione ed interessi (benché non possa dirsi costituzionalizzato - ha avvertito il Giudice delle leggi - il meccanismo previsto dall'art. 429, comma 3, cod. civ.).

Ha, infatti, dichiaratamente ritenuto che il riconoscimento della maggior somma tra rivalutazione ed interessi, secondo quanto appunto previsto dalla norma dichiarata incostituzionale, si risolvesse nel collocare il trattamento dei crediti di lavoro all'interno della disciplina generale dell'art. 1224 c.c.. Ha dunque offerto spunti per un'interpretazione di tale disposizione in senso se mai opposto a quello prospettato dalla sezione lavoro, posto che per i crediti di valuta si pone non già un problema di cumulo di

rivalutazione ed interessi, ma solo di possibile riconoscibilità del maggior danno da svalutazione indipendentemente da specifiche allegazioni probatorie: dunque, in definitiva, sotto il profilo aritmetico, della maggior somma tra interessi legali e svalutazione monetaria.

1.2. — Il d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (recante "attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi dei pagamenti nella transazioni commerciali"), richiamato senza ulteriori specificazioni, agli artt. 1 e 2 prevede, con talune esclusioni, che le relative disposizioni si applichino ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale (contratti tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo); stabilisce che "il creditore ha diritto alla corresponsione di interessi moratori, ai sensi degli artt. 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato da causa a lui non imputabile" (art. 3); correla il saggio degli interessi a quello del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato in un certo giorno e maggiorato di sette punti (art. 5); dispone che il creditore ha diritto al risarcimento dei costi di recupero del credito, "salva la prova del maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile" (art. 6).

Non è dato rinvenire automatismi risarcitori, quanto piuttosto la determinazione di un tasso degli interessi moratori collegato all'effettivo costo del denaro, o a questo addirittura superiore; è anzi previsto che il debitore possa sottrarsi al pagamento degli interessi se dimostra che il ritardo deriva da impossibilità non imputabile (mentre tale possibilità è esclusa quanto agli interessi legali dovuti dal giorno della mora *ex art. 1224, comma 1, cod. civ.*) ed è espressamente contemplata la prova del maggior danno, purché il debitore non dimostri la non imputabilità del ritardo.

Si tratta in ogni caso di una disciplina particolare che, se non altro per l'elevatezza del tasso, non sembra offrire spunti per l'adozione di un'interpretazione dell'art. 1224, comma 2, cod. civ. sfavorevole al creditore imprenditore.

2. — Conviene allora, in vista della soluzione del problema del quale queste sezioni unite sono investite, ripercorrere la storia dell'evoluzione della giurisprudenza in ordine alla prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie.

Con la fondamentale sentenza n. 3776/79 (pres. Novelli, est. Scanzano, seguita dalla conforme n. 5572/79) le sezioni unite predicarono la liberalizzazione più ampia possibile nel rispetto dei principi tradizionali un anno prima affermati da Cass., n. 4463/77; principi intanto disattesi da Cass., n. 5670/78, la quale aveva sostanzialmente ritenuto - secondo i commenti fortemente critici della dottrina prevalente - che, insorta la *mora debendi*, le obbligazioni di valuta dovessero essere trattate come quelle di valore, sicché la somma originariamente dovuta "andava necessariamente rivalutata alla stregua di indici pubblicizzati di sicura attendibilità".

Fu dunque ribadito che nei debiti originariamente pecuniari, per i quali vale il principio nominalistico, la svalutazione monetaria verificatasi durante la mora non giustifica alcun risarcimento automatico che possa essere attuato con la rivalutazione della somma dovuta. Ma si affermò anche che non ha bisogno di essere provato il fatto che il denaro è destinato ad essere impiegato nell'acquisto di beni o servizi o comunque in forme remunerative; che risponde infatti alla natura della moneta che essa è non solo la

misura dei valori ma è strumento di scambio, dotata appunto di valore nella misura in cui viene adoperata a questo scopo; che il prudente apprezzamento del giudice in ordine alle presumibili modalità di impiego può essere formato eventualmente anche con valutazioni equitative, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ.; che, infine, l'orientamento tradizionale andava rimeditato anche "perché non dà adeguato rilievo a presunzioni di ordine oggettivo", che furono ricollegate all'appartenenza del creditore ad una delle categorie creditorie di cui appresso.

Le sezioni unite si pronunciarono nuovamente negli anni successivi con le sentenze nn. 2318/83, 2564/84 e 2368/86 (pres. Tamburrino, est. Cantillo), l'ultima delle quali dette spazio ai cosiddetti "criteri personalizzati di normalità", riaffermando che nelle obbligazioni pecuniarie il danno da svalutazione non si identifica col fenomeno inflattivo e che incombe pertanto al creditore dimostrare che il pagamento tempestivo lo avrebbe messo in condizione di evitare o limitare gli effetti economici depauperatori che l'inflazione produce per tutti i possessori di denaro; ma chiarendo anche che tanto il creditore può fare avvalendosi di presunzioni e dati economici acquisiti dalla comune esperienza e riferiti a categorie economiche socialmente significative ("imprenditore", "risparmiatore abituale", "creditore occasionale", "modesto consumatore" "o altre enucleabili in relazione a più particolari modalità di impiego del denaro").

Con specifico riguardo alla categoria del creditore esercente attività imprenditoriale si affermò che possono essere fatte valere presunzioni di due tipi: a) quelle connesse con il normale impiego del denaro nel ciclo produttivo, per cui l'esistenza e l'ammontare approssimativo del danno possono essere desunti dal risultato medio dell'attività in un certo periodo, come suggerito dalle sentenze del 1979; b) quelle connesse al costo del denaro, precisamente allo scarto fra interesse legale e tasso di mercato dell'interesse praticato dalle banche alla migliore clientela per il credito a breve termine (prime rate), con la precisazione che tale criterio ha carattere primario, perché attiene al danno emergente, è altresì ancorato ad un parametro certo di facile rilevazione e, soprattutto, è l'unico possibile per un'azienda che non produca utile, ma sia in pareggio o in perdita, non essendovi allora un guadagno cui commisurare la presumibile entità della somma mancata (così la motivazione, sub 9).

Conclusero le Sezioni unite che, pertanto, l'altro criterio risulta applicabile solo quando l'imprenditore espressamente deduca il mancato guadagno; ed affermarono "che l'onere probatorio, pur non potendosi attestare alla qualità professionale, si atteggia diversamente per ciascuno dei due criteri ritenuti più appropriati per questa figura: in relazione al criterio del maggior costo del denaro, il creditore deve dimostrare di trovarsi in condizioni atte a presumere, secondo la normale gestione dell'impresa, il ricorso al mercato del credito; in relazione al criterio del mancato guadagno, invece, è tenuto a fornire gli elementi necessari a stabilire la redditività del denaro investito nell'impresa, sicché la prova - basata in gran parte su vicende proprie della singola impresa - spesso presenta maggiore complessità" (sub. 13, lettera b, della motivazione). Non affermarono, dunque, che l'imprenditore era tenuto a provare di aver fatto ricorso al finanziamento delle banche durante la mora, ma si riferirono genericamente alla dimostrazione di "condizioni atte a presumere".

Criteri specifici furono fissati anche per il "risparmiatore abituale", per il "creditore occasionale" e per il "modesto consumatore":

- si disse che al primo faceva carico l'onere di allegare e dimostrare la qualità degli investimenti abitualmente effettuati, sicché la presunzione operava in riferimento all'uguale destinazione che egli avrebbe dato alla somma non pagata ed all'ammontare del relativo reddito (interessi di titoli di Stato, rendimento di azioni, etc.);

- si ritenne che, per il secondo, era consentito presumere l'impiego mediante deposito presso istituti di credito, con conseguente commisurazione del danno alla remunerazione media dei depositi nel periodo di mora;

- si affermò per il terzo che, essendo presumibile che egli avrebbe destinato la somma alla immediata soddisfazione dei propri bisogni familiari e personali, così reallizzando la moneta al suo valore attuale e conseguentemente sottraendosi agli effetti depauperativi della svalutazione, era del tutto appropriato il riferimento agli indici Istat per la determinazione forfettaria del (maggior) danno.

Ancora al criterio personalizzato di normalità le sezioni unite si riferirono con sentenza n. 5299/89, con la quale fu ribadita la possibilità di una presunzione generalizzata di spesa immediata da parte del semplice consumatore e della determinabilità del danno da ritardato pagamento in riferimento agli indici Istat delle variazioni dei prezzi al consumo, "così semplificandosi al massimo l'assolvimento dell'onere della prova ... ed ancorando, al tempo stesso, la liquidazione del danno a parametri oggettivi e di agevole liquidazione".

Può dunque dirsi che, nella seconda metà degli anni '80, il regime probatorio relativo al maggior danno da svalutazione monetaria per il ritardato pagamento dei debiti pecuniari (*ex art. 1224, comma 2, cod. civ.*) risultò governato dalle seguenti regole:

a) il creditore imprenditore era gravato da un particolare onere probatorio solo in caso di richiesta di un maggior danno corrispondente ai risultati utili della sua impresa (lucro cessante), mentre poteva avvalersi di una presunzione di tipo, quasi oggettivo, fondata su criteri personalizzati di normalità, in ordine al maggior danno ancorato allo scarto tra il tasso degli interessi legali ed il prime rate (danno emergente), essendo comunque tenuto a dimostrare di trovarsi in condizioni atte a presumere, secondo la normale gestione dell'impresa, il ricorso al mercato del credito;

b) il semplice consumatore poteva pretendere un maggior danno corrispondente alle differenze tra indici Istat e tasso legale di interesse, nel periodo della mora, indipendentemente da ogni specifica prova di impiego;

c) per il creditore occasionale si aveva senz'altro riguardo al tasso medio sui depositi bancari;

d) il risparmiatore abituale era invece tenuto a provare come normalmente investiva il denaro ed a quale tasso.

Senonché - osservò criticamente la dottrina - soltanto l'imprenditore ed il consumatore (e quest'ultimo solo in ragione del censo o della modesta entità della somma dovutagli) erano, se pur non senza gravi difficoltà, astrattamente suscettibili di essere inseriti in una categoria determinata, mentre apparivano difficilmente etichettabili i creditori occasionali ed i risparmiatori abituali. Soprattutto perché il creditore sovente non è in grado egli stesso di stabilire, *ex post*, cosa avrebbe davvero fatto del denaro che gli era dovuto ma che non aveva tempestivamente avuto, in quanto il problema dell'impiego si sarebbe posto, in relazione alle contingenze ed alle propensioni del

momento, solo se e quando lo avesse davvero ricevuto; sicché si dava in tal modo la stura ad una serie di complicazioni processuali destinate ad offrire risultati di scarsissima attendibilità, data l'ovvia propensione del creditore ad evitare un inquadramento sfavorevole o nel quale la prova si presentasse complessa e, per converso, quello del debitore a prospettare l'inserimento del creditore in una categoria nella quale il maggior danno fosse più difficile da provare o di entità meno gravosa per il convenuto.

Negli anni successivi la prevalente giurisprudenza si attestò comunque sulla posizione secondo la quale, in caso di ritardato pagamento di un debito pecuniario ad un imprenditore commerciale, ai fini del riconoscimento del maggior danno ragguagliato alla svalutazione monetaria non si rende necessario che egli fornisca la prova concreta di un danno causalmente ricollegabile all'indisponibilità dell'importo, ben potendosi dedurre in tale situazione, in base all'*id quod plerumque accidit*, che in caso di tempestivo adempimento la somma dovuta sarebbe stata reimpiegata in modo tale da essere sottratta agli effetti della svalutazione (cfr., *ex plurimis*, Cass., nn. 600/86, 742/86, 809/86, 6483/87, 4666/90, 1403/98 e 5732/99 della I sezione civile; nn. 35/85, 1492/87, 2161/87, 12343/97 e 4184/98 della II sezione, n. 6231/86 della III sezione, nn. 1244/88, 3014/89 e 12381/91 della Sezione lavoro).

Una giurisprudenza minoritaria ritenne, per contro, che il pur legittimo ricorso al notorio ed alle presunzioni da parte del giudice non può prescindere dall'assolvimento da parte del creditore, quantunque imprenditore commerciale, di un onere quantomeno di allegazione che consenta al giudice di merito di verificare se il particolare danno allegato (anche da svalutazione) possa essersi verosimilmente prodotto (così Cass., nn. 1212/86, 2368/86, 2690/87, 4344/93, 5517/97, 5678/99).

Più numerose le sentenze che hanno affrontato il tema negli anni 2000, ancora una volta prevalentemente risolto nel senso che è sufficiente che non sia controversa la qualità di imprenditore del creditore perché possa essere riconosciuto il richiesto maggior danno da svalutazione monetaria (tra le altre, Cass., nn. 15059/00, 2816/06, 4885/06 e 19927/07 della I sezione; nn. 409/00, 1770/01, 13133/03 e 5860/06 della II sezione; nn. 317/02, 14909/02, 58/04, 20807/04, 13829/04, 5008/05 e 22986/05 della III sezione; nn. 14089/00, 6420/01, 10304/02 e 2113/03 della sezione lavoro; hanno per contro ritenuto che occorranno allegazioni specifiche, pur nell'ambito della categoria di appartenenza, tra le altre, Cass., sez. I, n. 4919/03; sez. II, n. 6327/00; nonché le sentenze della sezione lavoro nn. 14970/02, 9910/03, 12634/04, 2613/06, 6153/06; oltre a Cass. Sez. un., n. 16871/07, della quale si dirà specificamente più avanti).

Emblematiche dei due contrapposti indirizzi, per le argomentazioni addotte, sono le sentenze n. 14089/2000 da un lato, e 14970/02 e 12634/04 dall'altro, tutte della Sezione lavoro.

2.1. — La prima, pronunciata in fattispecie pressoché identica a quella ora in scrutinio, s'è fatta puntuale carico dell'argomento secondo il quale il ricorso a categorie tipiche finirebbe anch'esso col determinare un automatismo di rivalutazione del credito contrario al principio nominalistico e farebbe venir meno la distinzione tra obbligazioni di valuta ed obbligazioni di valore.

Ha tuttavia rilevato che il rispetto del principio nominalistico non è affatto incompatibile con la rilevanza delle variazioni del potere di acquisto della moneta; che, infatti, mentre nei debiti di valore la considerazione di quella variazione è insita nel

procedimento di determinazione quantitativa della prestazione, nei debiti di valuta essa può invece rilevare esclusivamente *sub specie damni* e pone problemi di esclusiva natura probatoria; che ritenere notoria l'entità del fenomeno inflattivo e probabilisticamente rilevante la destinazione del danaro allo scambio non significa affatto derogare al principio nominalistico, ma solo adottare un criterio di valutazione che tiene conto degli interessi delle parti ed è conforme alla comune esperienza ed al comune sentire.

Ha dunque ricordato che, in base a tali principi, alcune decisioni di questa Corte avevano conseguentemente affermato che il danno da inadempimento dell'obbligazione pecuniaria è per qualsiasi creditore, per la parte che non sia già coperta dagli interessi legali, non inferiore alla misura dell'inflazione della moneta, che ne costituisce l'elementare dato probatorio, salvo che esso assuma un diverso, maggiore valore per il singolo creditore in relazione al comprovato uso che della somma oggetto dell'obbligazione intendeva fare. Pertanto, salvo questa prova diversa, il danno da svalutazione può essere determinato sulla base degli indici ufficiali dell'inflazione in relazione al costo della vita (sono citate Cass. nn. 123/83, 651/84, 3356/85). Ed ha concluso che, in effetti, "non è dubbio che la mancata disponibilità del danaro da parte del creditore costituisce obiettivamente un danno e non ha bisogno di alcuna prova di carattere soggettivo, salva la possibilità da parte del debitore di provare il concorso del fatto colposo del creditore, ai sensi dell'art. 1227 del codice civile. Di conseguenza, il creditore che intenda ottenere la rivalutazione nella misura ufficiale deve solo allegare gli indici ufficiali dell'Istat. Il creditore, invece, che ritenga che la mancata disponibilità del danaro abbia inciso sul suo patrimonio in misura superiore agli interessi legali e alla svalutazione ufficiale, dovrà provare il maggiore danno: dovrà provare, ad esempio, di aver dovuto rinunciare a investimenti particolarmente vantaggiosi o di essere dovuto ricorrere a prestiti particolarmente onerosi".

2.2. — Opposte le conclusioni di Cass. 14970/02, pronunciata anch'essa in fatti-specie di domanda di restituzione di contributi indebitamente versati all'Inps. Con tale sentenza la stessa Sezione lavoro, dichiaratasi a sua volta pienamente consapevole dell'orientamento appena illustrato, ha tuttavia ritenuto (richiamando Cass., nn. 11870/92, 5517/97, 5678/99, 9965/01):

a) che collegare alla sola qualità di imprenditore la presunzione di un impiego antinflattivo del denaro e, dunque, di un maggior danno da svalutazione monetaria durante la mora, finirebbe per stravolgere il criterio fondamentale dell'onere della prova di cui all'art. 2697 cod. civ., risolvendosi in un'ingiustificata soluzione di favore per il creditore il quale, per beneficiare del risarcimento, dovrebbe solo provare di appartenere ad una determinata categoria economica;

b) che una tale conseguenza avrebbe ben poca giustificazione anche sotto il profilo sistematico, comportando l'introduzione di un meccanismo di automatica rivalutazione analogo a quello di cui all'art. 429 cod. proc. civ. senza alcun fondamento normativo e, anzi, nel contesto di un'opposta tendenza legislativa, in cui il divieto di cumulo rappresenta la regola ed in cui una sostanziale valorizzazione dei crediti pecuniari, anche contrattuali, in relazione a particolari caratteristiche del creditore, necessiterebbe ancor più di un'esplicita previsione normativa.

Le conclusioni della citata sentenza 14970/02 sono state condivise dalla successiva 12634/04 che, ancora una volta relativa al danno da ritardo nella restituzione di somme

indebitamente versate all'Inps, contrapponendosi a Cass. 14089/00, ha ribadito che il maggior danno da svalutazione nelle obbligazioni pecuniarie non può essere riconosciuto indipendentemente dall'osservanza di uno specifico onere di allegazione e prova da parte del creditore (quantunque imprenditore) per due sostanziali ordini di ragioni:

c) perché si deve escludere che la svalutazione costituisca danno di per sé, stante l'operatività del principio nominalistico (art. 1277 c.c.) derogato specificamente dal legislatore soltanto per particolari crediti pecuniari, come i crediti di lavoro, ai sensi dell'art. 429, comma terzo, c.p.c.;

d) perché osta alla identificazione del danno moratorio nella diminuzione di valore della moneta il rilievo che "il denaro, per le illimitate possibilità di opzione tra i diversi impieghi, è metro di misura totalmente astratto; tale danno, quindi, può derivare esclusivamente dall'impiego che il creditore avrebbe fatto della somma se ne avesse conseguito la disponibilità tempestivamente (es. autofinanziamento e reimpiego nella produzione, acquisto di valori mobiliari, interessi bancari, ecc.), cosicché deve ritenersi indispensabile (non potendo il giudice determinare autonomamente il tipo di impiego) che siano forniti elementi che consentano al giudice di ritenere, anche in via presuntiva, alcune forme di impiego più verosimili di altre".

3.— Allo stato, dunque, le principali tesi in materia sono tre:

1) quella secondo la quale nei debiti di valuta, quale che sia la categoria cui appartiene il creditore, il maggior danno da svalutazione monetaria rispetto a quello che non sia già assorbito dagli interessi legali moratori, va riconosciuto in via generalizzata e presunta, fermo l'onere del creditore che assuma di aver subito un danno ancora maggiore di provare che avrebbe fatto un uso del denaro tale da garantirgli un rendimento superiore al tasso di inflazione (lucro cessante), ovvero che a causa dell'inadempimento ha dovuto procurarsi denaro a tassi più onerosi (danno emergente); e salva la facoltà del debitore di offrire comunque la prova contraria;

2) quella secondo la quale il maggior danno da svalutazione va correlato alla sola categoria creditoria cui il creditore appartiene in relazione alla più probabile forma di impiego del denaro;

3) quella secondo la quale l'appartenenza ad una categoria creditoria non è comunque sufficiente a giustificare il riconoscimento del maggior danno correlabile alle forme di impiego tipiche della categoria nella quale il creditore è iscrivibile (soprattutto se imprenditore), essendo egli comunque gravato da uno specifico onere quantomeno di allegazione in ordine al verosimile impiego che avrebbe fatto della somma dovutagli, che consenta al giudice di verificare se, tenuto conto di dette qualità personali e professionali, il danno denunciato possa essersi effettivamente prodotto (in difetto di quella allegazione, alcune sentenze affermano che non possono riconoscersi che gli interessi legali, come la citata n. 12634/04; altre, che tale tipo di conseguenza va tratto solo per il danno eccedente il tasso di svalutazione, come Cass., sez. lavoro, n. 6153/06).

Va osservato che nessuna delle tre è in tutto conforme ai principi enunciati da queste Ossessioni unite nel 1986, il cui trasparente scopo fu quello di semplificare, mediante il ricorso a presunzioni di tipo generalizzato in relazione alla categoria di appartenenza del creditore, le modalità della prova del maggior danno da svalutazione.

Si trattò di una soluzione intermedia tra quella che richiedeva la rigorosa e quasi

sempre impossibile prova dell'avvenuta predisposizione di un impiego alternativo del denaro non tempestivamente pagato e quella di chi invece riteneva che, in caso di mora, il maggior danno da svalutazione è in via generale presunto in misura pari al tasso di inflazione in relazione alle caratteristiche proprie del denaro, destinato per sua natura ad essere speso o investito in impieghi tali da mettere chi lo possieda al riparo, quantomeno, dalla svalutazione.

La terza tesi, che formalmente ne segue gli enunciati letterali, finisce infatti col non assecondarne lo spirito, segnatamente nella sua più rigorosa versione; la seconda è a questo conforme, ma ne disattende le prescrizioni testuali in relazione al creditore imprenditore; la prima è quella che maggiormente se ne discosta, ma è anche quella che, a parere del collegio, tiene in maggior conto i non appaganti risultati applicativi della soluzione dell'inquadramento dei creditori in categorie, cui collegare in via presuntiva il tipo di impiego che del denaro avrebbero fatto se fosse stato loro tempestivamente dato e, dunque, l'entità del maggior danno durante la mora del debitore.

A parte, invero, la categoria dell'imprenditore (per la quale pure, come s'è rilevato, non vengono adottate soluzioni univoche), l'inquadramento del creditore in una qualsiasi delle altre, o in quelle ulteriori che le sezioni unite del 1986 pure prospettarono potessero essere in seguito configurate e che non sono state invece mai elaborate, si è rivelata di assai problematica praticabilità, non sussistendo parametri di riferimento sufficientemente univoci per definire i caratteri propri di ogni categoria.

E la stessa categoria degli imprenditori - per la quale, invece, i parametri per una qualificazione palesemente sussistono - non vale, a ben vedere, ad offrire criteri di maggiore attendibilità delle possibili inferenze induttive, posto che a quello che pretendesse come maggior danno la differenza tra il tasso legale d'interesse ed il prime rate (peraltro non più rilevato a partire dal 2004 e, secondo le sezioni unite del 1986, ottenibile quasi sulla base della sola appartenenza alla relativa categoria) potrebbe obiettarsi che già alla data di insorgenza della mora la redditività marginale media dei propri investimenti era inferiore al tasso praticato dalle banche alla migliore clientela nei prestiti a breve termine; ovvero, se superiore, che male il creditore aveva fatto a non ricorrere al credito bancario (con conseguente applicazione dell'art. 1227, comma 2, cod. civ.), ovvero che non era comunque prevedibile dal debitore che non lo facesse (con conseguente irrisarcibilità del danno differenziale ex art. 1225 cod. civ.).

I bisogni ed i desideri che il denaro vale a soddisfare sono d'altronde troppi e troppo intimamente connessi anche al modo d'essere di ognuno, nonché agli eventi di cui ciascuno è nella vita protagonista, spettatore o vittima, perché l'uno o l'altro creditore sia suscettibile di essere *tout court* qualificato come consumatore, o risparmiatore, o creditore occasionale, essendo vero invece che ognuno è o può essere l'una o l'altra cosa, o l'altra ancora, o tutte insieme in relazione a ciascuna frazione dell'importo ed a seconda delle contingenze economiche generali e personali del momento, dell'entità del credito, dei propri progetti e così via.

Per altro verso, le prorompenti esigenze di semplificazione dell'istruzione probatoria impongono, a distanza di circa un quarto di secolo, soluzioni più snelle, anche alla luce dei dati costituiti dall'incessante aumento del contenzioso civile, dall'allungamento dei tempi medi di definizione del processo, dal nuovo principio della sua ragionevole durata, proclamato dall'art. 111, comma 2, Cost. (nel testo introdotto con legge

costituzionale n. 2 del 1999). Si verte, del resto, in situazioni che recano in se stesse il germe dell'inevitabile approssimazione della statuizione giudiziale, come avvertivano le stesse Sezioni unite del 1986; nelle quali, dunque, l'equazione "categoria creditoria = presunta, oggettivamente personalizzata modalità di impiego del denaro" presenta incognite non inferiori, in prima battuta, a quelle proprie dell'equazione "creditore = maggior danno da svalutazione corrispondente all'incremento dei prezzi al consumo, ovvero alla redditività delle più comuni forme di impiego alternative alla spesa".

4. — Non sussistono d'altro canto i paventati pericoli che i debiti di valuta ricevano in tal modo una disciplina identica a quella propria dei debiti di valore, con sostanziale pretermissione del principio nominalistico di cui all'art. 1277 cod. civ.; o che le conseguenze dell'inadempimento finiscano per divenire, per qualsiasi credito di denaro, identiche a quelle "speciali" che l'art. 429, comma 3, cod. proc. civ. contempla per i crediti di lavoro; ovvero che sia sostanzialmente disapplicato il principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 cod. civ.

4.1. — Sul primo punto va infatti osservato che il rispetto del principio nominalistico non è affatto incompatibile con la rilevanza delle variazioni del potere d'acquisto della moneta. Solo che, mentre nei debiti di valore la considerazione di quella variazione è insita nel procedimento di determinazione quantitativa della prestazione in quanto il denaro vale solo a misurare e ad esprimere un valore necessariamente attuale, nei debiti di valuta essa può invece rilevare esclusivamente *sub specie damni*. La circostanza che una somma di denaro, come quantità di pezzi monetari dedotta in obbligazione, conservi integra la propria idoneità solutoria quale che sia l'alterazione nel tempo del suo valore in termini di potere d'acquisto (non altro è il significato e non altra la conseguenza del nominalismo monetario), non esclude che la diminuzione del suo valore durante il periodo di *mora debendi* si risolva in un danno tutte le volte che il creditore agli effetti della svalutazione si sarebbe sottratto, spendendo o investendo il denaro non tempestivamente versatogli in impieghi con remuneratività superiore al tasso di inflazione. Facendone, cioè, l'uso connaturale alla sua intima essenza, volta che se il denaro è l'unico bene intrinsecamente insuscettibile di offrire qualunque *utilitas* diretta è anche il solo che consente, mediante lo scambio, di procurare immediatamente quelle ricavabili da qualsiasi altro bene (è questa la giustificazione economica del rendimento del denaro dato a mutuo), sicché è del tutto contraria ai dati di comune esperienza l'ipotesi della mera conservazione improduttiva da parte del creditore di un bene ontologicamente destinato allo scambio o all'investimento. Se ne mostrò d'altronde consapevole lo stesso legislatore del 1942 all'atto della redazione del codice civile; al punto n. 592 (in fine) della relazione al re del ministro guardasigilli si legge infatti testualmente: "L'alterazione del valore della moneta dovuta può verificarsi durante la mora del debitore. Il caso non è previsto espressamente, perché esso si risolve in un danno, che è risarcibile secondo gli artt. 1218 e 1224, 2° comma".

Neppure è possibile che si creino confusioni di sorta sul piano processuale, posto che nei debiti di valore (tipica l'obbligazione di risarcimento del danno) la rivalutazione non va neppure domandata, essendo il giudice tenuto d'ufficio alla liquidazione in valori monetari attuali; mentre nei debiti di valuta vanno chiesti sia gli interessi moratori sia il maggior danno (anche da svalutazione, secondo l'impreciso ma corrente lessico giudiziario; e tuttavia, più esattamente, da intervenuta impossibilità, per fatto del

debitore, che il creditore si sottraesse agli effetti della svalutazione), risultando altrimenti inficiata da vizio di ultrapetizione la sentenza che riconoscesse gli uni o l'altro.

4.2. — Quanto alla temuta possibilità che i crediti pecuniari ordinari e quelli di lavoro finiscano con l'essere trattati allo stesso modo, s'è già rilevato che per i crediti di cui all'art. 429, comma 3, cod. proc. civ. interessi e svalutazione si cumulano, mentre nei debiti di valuta il maggior danno (anche da svalutazione) è dovuto, ex art. 1224, comma 2, cod. civ., solo per la parte che non sia già coperta dagli interessi moratori.

4.3. — Quanto alla pretesa disapplicazione dell'art. 2697 cod. civ. che deriverebbe dal ritenere presunta (ma, *rectius*, normale), una modalità di impiego del denaro tale da consentire al creditore di sottrarsi agli effetti della svalutazione, è stato da tempo chiarito come, in definitiva, è nel rapporto tra normalità ed anormalità, tra regola ed eccezione che si rinviene il criterio teorico e pratico della ripartizione dell'onere della prova, il quale non costituisce un istituto giuridico in sé concluso, ma un modo di osservare l'esperienza giuridica. E la giurisprudenza ha quindi fatto ricorso, tutte le volte che il modello legale prefissato non risultava appagante in relazione alle posizioni delle parti riguardo ai singoli temi probatori, allo schema della presunzione in modo talora così tipico e costante da creare, in definitiva, vere e proprie regole di giudizio. Col risultato non già di invertire l'onere della prova, ma di distribuirlo in senso conforme alla realtà dell'esperienza positiva.

Ebbene, è senz'altro conforme alla realtà dell'esperienza positiva che il denaro sia speso in relazione alla sua primaria destinazione allo scambio, ovvero impiegato in assicuranti forme remunerative tali da garantire un rendimento superiore al tasso di inflazione, qual è quello dei titoli di stato, costantemente eccedente l'incremento dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati rilevati dall'Istat.

4.4. — Quanto, infine, all'argomento - (addotto da Cass. Sez. lav. n. 12634/04) che "il denaro, per le illimitate possibilità di opzione tra i diversi impieghi, è metro di misura totalmente astratto", deve rilevarsi che l'osservazione si attaglia ai debiti di valore, nei quali il denaro viene appunto in considerazione come strumento di misura di un valore (*mensura*), ma non è conferente in ordine ai debiti di valuta, nei quali il denaro è dedotto in obbligazione come ammontare di pezzi monetari (*mensuratum*). Sicché, come la variazione del valore di una cosa si misura comparando fra loro le diverse quantità di moneta necessarie per scambiarla in tempi diversi con denaro, così la variazione del "valore" del denaro si misura comparando tra loro le diverse quantità di pezzi monetari necessari, in tempi diversi, per procurarsi la medesima cosa o le medesime cose. Cose e pezzi monetari dovuti e non dati, il cui valore sia mutato durante la mora, possono o meno aver prodotto un danno da diminuzione di valore a seconda dell'impiego che ne avrebbe fatto il creditore: "possono" (non "devono"), giacché se la loro destinazione era la mera conservazione, il danno da diminuzione di valore durante la mora sarà in ogni caso insussistente; ma se la destinazione era lo scambio o l'investimento, il danno andrà commisurato alla diminuzione di valore, o al costo affrontato dal creditore per procurarsi quel che gli era dovuto (cose o denaro), o ancora alle conseguenze economiche negative subite per non esserci riuscito.

5. — Tanto precisato in linea di principio, va qui detto che le vicende che connotarono gli anni '70 e '80, durante i quali il tasso di svalutazione monetaria fu pressoché costantemente superiore a quello degli interessi legali, talora in misura assai rilevante,

con una differenza che toccò i 16.1 punti percentuali nel 1980, indussero il legislatore a modificare l'art. 1284, comma 1, cod. civ., dapprima elevando il tasso degli interessi legali dal 5 al 10% in ragione di anno (art. 1, l. 26.11.1990, n. 353), e poi riportandolo al 5% ma stabilendo che esso può essere annualmente modificato dal Ministro del tesoro "sulla base del rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e tenuto conto del tasso di inflazione registrato nell'anno" (art. 2, comma 185, l. 23.12.1996, n. 662).

Da allora, fatta eccezione per una pressoché insignificante differenza nell'anno 2000 (e per quella preannunciata come verosimile nell'anno 2008 in corso, per il quale il tasso di inflazione pare collocarsi intorno al 3,6% su base annua in relazione al momento di redazione della presente sentenza), il tasso di interesse è stato costantemente superiore al tasso ufficiale di aumento dei prezzi al consumo, sicché la svalutazione è risultata normalmente assorbita per intero dagli interessi legali, con conseguente perdita di rilevanza del problema relativo al risarcimento del maggior danno da svalutazione monetaria; problema che, in relazione alle periodiche determinazioni del Ministro del tesoro, non dovrebbe essere ulteriormente configurabile, se non in casi assolutamente marginali ed in misure scarsamente significative, correlabili all'intervallo di tempo tra l'ipotetico aumento dell'indice medio dei prezzi al consumo ed il successivo adeguamento per l'anno successivo.

Resta il fatto che il tasso di rendimento lordo delle più comuni forme d'investimento è apprezzabilmente più elevato del tasso degli interessi legali: dal 1991 al 2008 i valori relativi al rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi ed i valori del tasso legale d'interesse sono stati, infatti, di anno in anno, rispettivamente i seguenti: 13,779 e 10 (1991); 12,876 e 10 (1992); 13,555 e 10 (1993); 8,815 e 10 (1994); 11,949 e 10 (1995); 10,043 e 10 (1996); 6,757 e 5 (1997); 5,212 e 5 (1998); 3,556 e 2,5 (1999); 5,187 e 2,5 (2000); 4,928 e 3,5 (2001); 4,512 e 3 (2002); 3,672 e 3 (2003); 3,631 e 2,5 (2004); 3,244 e 2,5 (2005); 3,332 e 2,5 (2006); 4,167 e 2,5 (2007); 4,22 e 3,8 (fino a giugno del 2008). Fatta dunque eccezione per l'anno 1994, nel quale il rendimento dei titoli di Stato fu inferiore al tasso legale, va allora constatato che la più comune e prudente forma di investimento del denaro ha una redditività superiore al tasso dell'interesse legale, con la conseguenza che, per il debitore di un'obbligazione pecuniaria, in linea di massima continua a poter essere economicamente conveniente non adempiere tempestivamente, così lucrando la differenza tra quello che è agevolmente in grado di ricavare dal denaro non versato al creditore durante la *mora debendi* e quello che dovrà al creditore quando adempirà la propria obbligazione.

Il che è esattamente il contrario dell'intenzione del legislatore (la cui considerazione è imposta dal criterio ermeneutico di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale), certamente non determinatosi alle modifiche normative di cui s'è detto sopra al fine di creare un incentivo economico all'inadempimento, ma a tanto indotto dall'ovvia considerazione che l'ordinato svolgimento dei rapporti economici fra i consociati costituisce un beneficio per la collettività per una serie di ragioni la cui intuitività esime da una specifica enumerazione.

L'effetto di disincentivazione dell'inadempimento (e, di riflesso, la positiva ricaduta sulla diminuzione del contenzioso civile e sulla semplificazione del processo) è

appunto collegato ad una soluzione che renda il debitore consapevole del fatto che la promozione di una causa da parte del creditore insoddisfatto si risolverebbe, comunque, nel riconoscimento a suo favore di un maggior importo corrispondente quantomeno all'utile economico minimo che il debitore ha tratto o che avrebbe potuto trarre dalla conservazione, *medio tempore*, del denaro che doveva dare e che non ha dato. Ed è qui appena il caso di ricordare come, senza eccezione alcuna, tutte le istituzioni del Paese da tempo annoverino la inappagante funzionalità della giustizia civile (la quale dipende soprattutto dai lunghi tempi di definizione, a sua volta correlati alla variabile niente affatto indipendente del numero delle cause promosse) fra le ragioni di uno sviluppo economico inferiore a quello possibile, segnatamente sotto il profilo dell'abbassamento della propensione agli investimenti.

Tutto insomma concorre all'adozione di un'interpretazione che si risolva nel riconoscere al creditore di somme di denaro non corrisposte dal debitore in mora un maggior danno - ex art. 1224, comma 2, cod. civ. - corrispondente alla differenza tra il tasso di rendimento netto (dedotta l'imposta) dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi (o tra il tasso di inflazione se superiore) e quello degli interessi legali (se inferiore).

E tanto del tutto in linea con la *ratio legis* del novellato art. 1284, comma 1, cod. civ., il quale prevede un meccanismo che sconta l'inevitabile riferibilità al futuro dell'eventuale intervento adeguatore del Ministro del tesoro ("con decreto da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica non oltre il 15 dicembre dell'anno precedente a quello cui il saggio si riferisce", ex art. 1284, comma 1, cod. civ.), le cui conseguenze vanno tuttavia, in linea di principio, sopportate non già dal creditore insoddisfatto, ma dal debitore che versi anche in quella situazione di qualificato ritardo nell'adempimento qual è la mora (ex art. 1219 cod. civ.): quanto si va osservando è infatti estraneo agli interessi corrispettivi di cui all'art. 1282 c.c. ed a quelli compensativi di cui all'art. 1499 c.c., per i quali non è configurabile un danno da ritardo fino alla data di insorgenza della *mora debendi*.

Tale conclusione risulta, poi, definitivamente corroborata dalla lettera dell'art. 1284, comma 1, cod. civ., nel testo novellato nel 1996, laddove espressamente vincola il Ministro del tesoro a determinare il saggio d'interesse "sulla base" del rendimento annuo lordo dei titoli di Stato non ultrannuali e "tenuto conto" del tasso d'inflazione registrato nell'anno: la differenza tra le due espressioni è invero significativa del primario rilievo che il legislatore ha conferito al parametro di riferimento costituito dal rendimento dei titoli di Stato ai fini dell'apprezzamento della normale redditività del denaro.

Le considerazioni fin qui svolte comportano il superamento della suddivisione dei creditori in categorie, a ciascuna delle quali si attribuisce la presunzione di una personalizzata modalità di impiego del denaro, restando invece l'ambito della possibile personalizzazione affidato, esso solo, alla prova. Sarà così consentito al debitore di provare - pur con le difficoltà connesse alla raffigurabilità di un ipotetico ed economicamente inefficiente comportamento altrui - che dal proprio ritardo nell'adempimento il creditore non ha subito un danno, o che lo ha subito in misura inferiore al saggio degli interessi legali, sicché nulla gli è dovuto, in aggiunta a quelli, per maggior danno (perché, ad esempio, dedito al deposito del denaro in conto corrente, la cui remuneratività è notoriamente assai bassa, ovvero perché i suoi investimenti nel periodo si sono risolti

in una perdita, etc.); così come sarà consentito al creditore di provare che il danno da ritardo è stato invece maggiore del rendimento netto dei titoli di Stato (perché costretto a ricorrere al credito bancario, o per mancati investimenti remunerativi, o per altre particolari vicende). Ma ciò non in quanto il creditore appartenga ad una categoria; il che si risolverebbe tra l'altro - quantomeno in epoche connotate, come quella attuale, da un aumento dei prezzi al consumo normalmente inferiore al saggio degli interessi legali - nel paradossalmente deteriore trattamento dei meno abbienti, quale il modesto o mero o semplice consumatore. Non dunque per questo, ma perché il risarcimento va sempre tendenzialmente adeguato al danno effettivamente subito, nei limiti in cui tale risultato sia perseguibile; limiti di cui il legislatore s'è fatto del resto consapevole carico dettando la disposizione di cui all'art. 1226 cod. civ., ormai costantemente interpretata nel senso che alla valutazione equitativa nella liquidazione del danno è possibile ricorrere non solo quando il danno non possa essere provato nel suo preciso ammontare, ma anche quando quella prova si presenti, per l'una o per l'altra parte, particolarmente complessa o costosa, anche in riferimento al livello degli interessi dedotti in giudizio, oppure quando sia destinata ad offrire risultati di assai scarsa attendibilità.

Anche il creditore imprenditore, al pari di ogni altro creditore ed indipendentemente da qualsivoglia allegazione, avrà dunque titolo a pretendere il maggior danno nei limiti sopra indicati, salva la prova contraria, da offrirsi dal debitore, che esso è inferiore o inesistente. Ove invece lamenti un danno superiore a quei livelli e ne domandi il risarcimento, dovrà offrirne la prova, come ogni altro creditore.

A tal fine sarà in linea di massima sufficiente la produzione di documentazione dalla quale si evinca che, durante la mora del debitore, egli aveva fatto ricorso al credito bancario (con saggio di interesse passivo oggi attestantesi, a quanto consta, sull'Euribor maggiorato tra circa 0,20 e 2,5 punti) o ad altre forme di approvvigionamento di liquidità, con la dimostrazione dei relativi costi; e sempre che, in relazione alle dimensioni dell'impresa ed all'entità del credito, sia effettivamente presumibile che il ricorso al credito esterno sia stato conseguenza dell'inadempimento, ovvero che l'adempimento tempestivo avrebbe comportato la destinazione della somma alla parziale estinzione del debito assunto verso il finanziatore (si incoraggerebbe altrimenti il possibile ricorso strumentale al credito bancario in funzione probatoria dell'entità del danno nel successivo giudizio di adempimento e risarcimento).

Se invece sia domandato un risarcimento del danno correlato all'utilità marginale netta dell'impresa durante la mora, perché il maggior danno possa essere rapportato ai mancati utili sarà necessario che il creditore imprenditore produca il bilancio contenente il conto economico (se tenuto a redigerlo) ovvero altre idonee scritture contabili; e sempre che, in relazione all'importo dovutogli e con riguardo al tipo ed al rilievo economico dell'attività stessa, sia effettivamente presumibile che la somma di cui era creditore sarebbe stata impiegata nell'impresa con il medesimo risultato utile.

6. — È il caso di chiarire che le diverse enunciazioni effettuate da queste sezioni unite con la menzionata sentenza n. 16871 del 2007 concernevano una fattispecie nella quale il creditore aveva solo domandato la "rivalutazione monetaria e gli interessi", ma non aveva neppure sostenuto di aver subito un maggior danno da svalutazione monetaria, sicché la domanda relativa a tale danno era stata ritenuta inammissibile in relazione alla norma di riferimento, d'ufficio individuata in quella di cui all'art. 1224, comma

2, cod. civ. In tale occasione, inoltre, le sezioni unite, anche perché investite del ricorso solo in ragione della prospettata questione di giurisdizione, si sono limitate a fare applicazione dei principi già precedentemente enunciati con la più volte citata sentenza n. 2368/86, ma non hanno affrontato il tema *ex professo*, com'è invece avvenuto in quest'occasione. E deve anche fuggirsi l'eventuale preoccupazione che le conclusioni raggiunte si risolvano in un trattamento dei crediti ordinari più favorevole di quello "speciale" riservato ai crediti di lavoro dall'art. 429, comma 3, cod. proc. civ.: il cumulo di rivalutazione ed interessi da effettuarsi per tali crediti è, invero, costantemente superiore al tasso del rendimento medio (anche lordo) dei titoli di Stato di durata non superiore all'anno.

7. — Possono conclusivamente enunciarsi i seguenti principi di diritto:

“nelle obbligazioni pecuniarie, in difetto di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, cod. civ. (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali che siano comunque dovuti) è in via generale riconoscibile in via presuntiva, per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento - dovendo ritenersi superata l'esigenza di inquadrare a tale fine il creditore in una delle categorie a suo tempo individuate - nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 cod. civ.;

- è fatta salva la possibilità del debitore di provare che il creditore non ha subito un maggior danno o che lo ha subito in misura inferiore a quella differenza, in relazione al meno remunerativo uso che avrebbe fatto della somma dovuta se gli fosse stata tempestivamente versata;

- il creditore che domandi a titolo di maggior danno una somma superiore a quella differenza è tenuto ad offrire la prova del danno effettivamente subito, quand'anche sia un imprenditore, mediante la produzione di idonea e completa documentazione, e ciò sia che faccia riferimento al tasso dell'interesse corrisposto per il ricorso al credito bancario sia che invochi come parametro l'utilità marginale netta dei propri investimenti;

- in entrambi i casi la prova potrà dirsi raggiunta per l'imprenditore solo se, in relazione alle dimensioni dell'impresa ed all'entità del credito, sia presumibile, nel primo caso, che il ricorso o il maggior ricorso al credito bancario abbia effettivamente costituito conseguenza dell'inadempimento, ovvero che l'adempimento tempestivo si sarebbe risolto nella totale o parziale estinzione del debito contratto verso le banche; e, nel secondo, che la somma sarebbe stata impiegata utilmente nell'impresa”.

8. — In applicazione degli enunciati principi il ricorso va respinto. Negli anni per i quali si era protratta la mora, infatti, il rendimento dei titoli di Stato è stato complessivamente superiore al tasso della svalutazione monetaria che il giudice del merito ha riconosciuto al creditore indipendentemente da una prova specifica in ordine all'impiego del denaro.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio di legittimità, in quanto il ricorso sarebbe stato suscettibile di essere accolto in base ad almeno uno degli orientamenti di cui al contrasto ora difformemente composto.

(*Omissis*)

DANNO DA SVALUTAZIONE MONETARIA E ONERE PROBATORIO: IL SUPERAMENTO DEL "SISTEMA DELLE CATEGORIE" NEL NUOVO INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE

Sommario: 1. - Il fatto. 2. - Principio nominalistico e adeguamento monetario della prestazione nelle obbligazioni pecuniarie. 3. - Risarcimento del danno da svalutazione monetaria e onere probatorio negli itinerari giurisprudenziali. 4. - Il sistema delle presunzioni di danno personalizzate per categorie creditorie nell'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione. 5. - Maggior danno da svalutazione e onere probatorio del creditore-imprenditore. 6. - La svolta della Cassazione e il superamento del "sistema delle categorie". 7. - Spunti per alcune considerazioni critiche sul revirement della Cassazione. 8. - Conclusioni.

1. — Il fatto

Con la pronuncia in esame le SS. UU. della Cassazione, chiamate a pronunciarsi sul contrasto giurisprudenziale insorto in merito alla prova del maggior danno da inadempimento di un'obbligazione pecuniaria *ex art.* 1224, comma 2, c.c., patito dal creditore che rivesta la qualifica soggettiva di imprenditore, rivede in maniera significativa il precedente sistema probatorio, articolato sul meccanismo delle c.d. categorie personalizzate, giungendo a conclusioni destinate a far discutere sia gli operatori del diritto che i cultori della materia.

La questione oggetto di attenzione degli ermellini nasce da una controversia attinente alla restituzione di contributi previdenziali avanzata da alcune società editrici nei confronti dell'I.N.P.S.

La Sezione lavoro del Tribunale di Roma condannava l'istituto previdenziale alla restituzione dei contributi indebitamente versati dalla predetta società, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria, ritenendo che, secondo quanto affermato da Cass. n. 6420/2001, ai fini del risarcimento, sia sufficiente dedurre la qualità di imprenditore per ritenere provato, per effetto di presunzione collegata alla qualità professionale, il maggior danno da svalutazione monetaria.

Avverso la sentenza l'I.N.P.S. proponeva ricorso per Cassazione, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1224 e 2697 c.c. e il contrasto della pronuncia di merito con il principio enunciato da Cass. nn. 9910/2003 e 14970/2002, secondo cui, al fine del risarcimento del danno da svalutazione monetaria, il creditore non può limitarsi ad allegare la propria qualifica soggettiva di imprenditore, ma, secondo le regole generali in materia di onere della prova, è tenuto a fornire elementi in ordine al danno subito per effetto dell'indisponibilità del denaro a seguito dell'inadempimento (come, ad esempio, il pregiudizio derivante da specifici investimenti programmati e non attuati), pena la configurazione di un meccanismo di automatica rivalutazione dei crediti simile a quello previsto per i lavoratori subordinati dall'art. 429 c.p.c.

A seguito di un'ordinanza della Sezione lavoro che ravvisava un contrasto di giurisprudenza in merito alla prova che, nelle obbligazioni pecuniarie, il creditore apparte-

nente alla categoria degli imprenditori deve fornire ai fini del risarcimento del maggior danno da svalutazione monetaria non coperto dalla corresponsione degli interessi moratori, la questione veniva sottoposta alle SS. UU.

2. — *Principio nominalistico e adeguamento monetario della prestazione nelle obbligazioni pecuniarie*

Le SS. UU. approdano al superamento del consolidato sistema delle categorie creditorie dopo aver ripercorso la storia dell'evoluzione della giurisprudenza sulla prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie, dalla quale non è possibile prescindere al fine di un'adeguata comprensione del senso e della portata della pronuncia in commento (1).

La vigenza nel nostro ordinamento, come regola cardine del sistema delle obbligazioni pecuniarie, del principio nominalistico (2), fondato su esigenze di certezza valutaria e stabilità degli scambi commerciali, ha posto storicamente il problema della tutela del creditore di fronte alle inevitabili oscillazioni del valore del denaro che si verificano tra il momento del sorgere e quello dell'estinzione del debito.

È noto come la ricerca di meccanismi che consentano di tenere indenne il creditore dalle conseguenze negative del deprezzamento monetario derivanti dalla pedissequa appli-

(1) La pronuncia si può leggere in *Foro it.*, 2008, I, cc. 2786 ss., con nota di richiami di A. PALMIERI; e commenti di R. PARDOLESI, *Debiti di valuta, "danno da svalutazione" (e il "disgorgement" che non t'aspetti)*; e di S. M. SEPE, *Maggior danno da svalutazione monetaria: una prospettiva finanziaria*; in *Guida al diritto*, 2008, 38, pp. 46 ss., con nota di P. PIRRUCCIO, *L'appartenenza a specifiche categorie non comporta trattamenti mirati*; in *Obbl. contr.*, 2008, 10, pp. 771 ss., con un'ampia sintesi a cura di L. RUBINO e *ivi*, 2008, 11, pp. 880 ss., con nota di N. RIZZO, *Il danno nelle obbligazioni pecuniarie: le Sezioni Unite tornano alla giurisprudenza del '78*. Per un primo commento della sentenza v. anche G. CAMILLI, *Crediti ancorati al maggior danno*, in *Sole 24 ore*, 1° agosto 2008, p. 25.

(2) Il principio nominalistico è espressamente sancito dall'art. 1277, comma 1, c.c., ai sensi del quale i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale. Per un'analisi in chiave storico-economica della categoria delle obbligazioni pecuniarie, con particolare riguardo al fondamento del principio nominalistico e ai limiti posti dall'ordinamento alla libera esplicazione dell'autonomia privata nei rapporti monetari, v. T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario Scialoja Branca*, Artt. 1277-1284, Bologna-Roma, 1959, pp. 67 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 231 ss.; B. INZITARI, *Le funzioni giuridiche del danaro nella società contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 693 ss.; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Dig. discipl. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, pp. 469 ss.; E. QUADRI, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, I, *Profili generali*, Milano, 1979; ID., *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rescigno, IX, Torino, 1984; ID., *Principio nominalistico*, in AA.VV., *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. Irti, 5, *Diritto monetario*, a cura di N. Irti e G. Giacobbe, Milano, 1987; G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924. Sul tema dell'incidenza dei fenomeni inflattivi sulle relazioni giuridiche e, in particolare, sui rapporti tra privati cfr. G. CARLI - F. CAPRIGLIONE, *Inflazione e ordinamento giuridico*, Milano, 1981; N. IRTI, *Inflazione e rapporti tra privati*, in *Giust. civ.*, 1981, II, pp. 308 ss.; A. LOJACONO, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1948; L. MOSCO, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948. Nella letteratura straniera v., *ex multis*, F. A. MANN, *The legal aspect of money*, Oxford, 1971.

cazione del principio nominalistico sia culminata nella distinzione (3), all'interno del *genus* delle obbligazioni pecuniarie, tra debiti di *valuta*, che hanno sin dall'inizio ad oggetto la prestazione di un importo nominale di denaro, determinata nel suo esatto ammontare o di facile determinazione in base a parametri fissi, e debiti di *valore*, che pur essendo estinti, in definitiva, con la corresponsione di una somma di denaro, sono determinabili esclusivamente in funzione di un valore economico astratto suscettibile di oscillazione.

I debiti di *valore*, pertanto, sono intrinsecamente sottratti al rischio della svalutazione in quanto il loro importo in valuta deve essere determinato in corrispondenza di un valore economico reale che va necessariamente rivalutato ove tra il sorgere e l'estinzione del credito si siano verificati fenomeni inflattivi (4).

(3) Il merito di aver elaborato in modo sistematico in Italia la distinzione tra debiti di valuta e debiti di valore viene tradizionalmente ascrivito all'opera di T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 441 ss., il quale poteva beneficiare delle elaborazioni in materia provenienti dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesca. Come ricorda M. EROLI, *I c.d. debiti di valore*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 86, "la nozione di debito di valore (*Wertschuld*) contrapposta a quella di debito di denaro (*Geldschuld*) fu elaborata ed utilizzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesca per sottrarre alcuni tipi di obbligazioni pecuniarie, in ragione della loro natura e funzione, agli effetti della spaventosa inflazione che si ebbe negli anni seguenti alla fine della prima guerra mondiale ed alle stesse misure di rivalutazione legale (che avveniva in misura differenziata a seconda del tipo di credito) intervenute negli anni 1924 e 1925. Di valore erano in sostanza tutte quelle obbligazioni il cui oggetto, pur essendo espresso in moneta, poteva, in via interpretativa, essere ritenuto un valore che doveva rimanere costante nel tempo. Con la riforma monetaria del 1948, poi, che fissava in dieci a uno il rapporto di conversione fra la vecchia moneta e la nuova, la categoria dei debiti di valore, come tali sottratti anche agli effetti di tale conversione, ebbe in Germania il definitivo riconoscimento ed ampliamento". Sull'impatto della categoria in Germania, nonché sull'esperienza francese del *value debit* e su quella inglese degli *adaptable debts* v. A. DI MAJO, *op. cit.*, pp. 248 e 261 e A. PERRONE, *Tra adempimento dell'obbligazione pecuniaria e disciplina del debito risarcitorio: appunti critici intorno all'espressione "debito di valore"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, pp. 609 ss.

(4) Il *discrimen* tra debiti di *valuta*, assoggettati al principio nominalistico, e debiti di *valore*, che ne sono invece intrinsecamente esonerati è, quindi, rappresentato dal diverso oggetto della prestazione che, nel primo caso, è dato proprio da una somma di denaro, nel secondo (si pensi al debito di risarcimento del danno, a quello alimentare, al rimborso delle spese) da una diversa entità patrimoniale rispetto alla quale il denaro è solo la modalità di commisurazione, la mera rappresentazione di un valore da liquidare in un secondo momento. La categoria dei debiti di *valore* finisce, così, con l'abbracciare tutti quei rapporti in cui le dimensioni della prestazione oggetto dell'obbligazione pecuniaria sono definite con riferimento al potere di acquisto reale e non rispetto ad una, pur predeterminata, unità di misura monetaria. La difficoltà di procurare al creditore un'utilità patrimonialmente omogenea, sotto l'aspetto materiale, a quella dovuta rende, quindi, necessaria, in base al brocardo *omnis condemnatio pecuniaria*, procedere dapprima alla aestimatio del valore patrimoniale astratto originariamente dovuto dal debitore e poi alla sua esatta traduzione in termini pecuniari con apposita operazione di liquidazione (*taxatio*). Per i debiti di *valore* manca, dunque, un criterio predeterminato da utilizzare per quantificare la somma da prestare e sarà necessaria un'operazione *ad hoc*, la liquidazione, con cui si definisce in termini attuali un valore astratto, tenendo, così, in debito conto le vicende "dinamiche" del potere di acquisto della moneta. Stante la separazione temporale tra il momento della valutazione, intesa come rappresentazione monetaria di un certo valore patrimoniale astratto, e quello della liquidazione, che dà concretezza al valore pecuniario precedentemente individuato, si sottrae l'obbligazione al rischio della svalutazione perché l'importo in valuta, al momento della *taxatio*, corrisponderà al valore economico reale e attuale del bene: la svalutazione eventualmente verificatasi inciderà, così, automaticamente nella determinazione finale del credito. Così, nel caso più frequente, quello del debito da risarcimento, il danno dovrà essere liquidato facendo riferimento ai valori attuali della moneta, non già a quelli che essa aveva al momento dell'illecito perché il valore patrimoniale astratto cui esso va confrontato è nel tempo mutato. Per i diversi problemi dogmatici e ope-

La necessità di attutire la portata di fenomeni inflazionistici nei confronti dei creditori di prestazioni pecuniarie ha spinto la dottrina e la giurisprudenza a cercare di delimitare il più possibile, anche in relazione ai debiti di *valuta*, l'ambito di rilevanza del principio nominalistico, valorizzando le previsioni a tutela del creditore contenute nell'art. 1224 c.c. in caso di inadempimento dell'obbligazione pecuniaria.

Sul modello di larga parte delle legislazioni straniere (5) l'art. 1224 c.c. prevede un articolato sistema di tutele a favore del creditore imperniato sull'applicazione automatica di interessi moratori (6), in deroga alle regole sul risarcimento del danno da inadempimento e, quindi, a prescindere dalla prova del danno patito dal creditore, e sulla possibilità dello stesso di dare comunque prova di aver subito un maggior danno non coperto dalla corresponsione degli interessi.

La previsione della risarcibilità di un danno ulteriore rispetto a quello già compensato dagli interessi è apparsa immediatamente lo strumento ideale per realizzare una qualche forma di rivalutazione del credito per il periodo intercorrente tra il sorgere del vincolo obbligatorio e quello della sua soddisfazione, sulla scorta della considerazione (7) che anche la svalutazione monetaria possa incarnare un'ipotesi di maggior danno rilevante ex art. 1224, comma 2, c.c., purchè causalmente imputabile al pagamento tardivo.

La svalutazione monetaria rientrerebbe, cioè, tra i danni che il creditore patisce per non aver potuto disporre della somma nei tempi convenuti, dando per presupposto e non contraddicendo il principio nominalistico perché il danno da svalutazione mone-

rativi posti dai debiti di *valore*, dalla ricostruzione dei profili disciplinari, all'individuazione dell'ambito applicativo, fino alla critica al fondamento concettuale stesso della categoria e alla sua congruenza con i dettami della scienza economica v. G. CAPILLI, *In tema di debiti di valore e rivalutazione monetaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 615; C. CONFORTO, *Interessi e rivalutazione nei debiti di valuta e di valore*, in *Dir. e form.*, 2003, pp. 447 ss.; F. D'AQUINO, *Verso il tramonto dei crediti di valore?*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2628; P. LAGHEZZA, *Debito di valore, rivalutazione e remuneratività del denaro*, commento a Cass., 22 ottobre 2004, n. 20591, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1787 ss.; G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi d'interesse*, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2113; ID., *Sul risarcimento del danno da illecito o da inadempimento e di quello per il ritardo con cui è prestato l'indennizzo*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, pp. 1227 ss.; ID., *A proposito della teoria dei crediti di valore, della rivalutazione, degli interessi monetari nel risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1995, I, cc. 1478 ss.; ID., *Il problema dei crediti di valuta, dei crediti di valore e degli interessi monetari all'avvento dell'Euro*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 477 e, di recente, A. GENOVESE, *L'indennizzo nell'assicurazione contro gli infortuni: debito di valuta o di valore?*, commento a Cass., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Obbl. contr.*, 2008, pp. 701 ss. e O. SCALISI, *Debiti da valuta e debiti di valore: la questione dei debiti da risarcimento*, commento a Cass., 22 giugno 2007, n. 14573, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, pp. 1403 ss.

(5) Se, infatti, l'art. 1231 del codice civile del 1865, sul modello francese, limitava il risarcimento dei danni da mora alla sola attribuzione degli interessi legali, il legislatore del 1942, sulla scorta del § 288 del BGB, introduce per la prima volta, nel nostro ordinamento, con l'art. 1224, comma 2, c.c., la previsione della risarcibilità del maggior danno non coperto dalla corresponsione degli interessi moratori.

(6) Sui caratteri generali e sulle diverse categorie di interessi cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, pp. 132 ss.; M. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 95 ss.; G. MARINETTI, *Interessi (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 858 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, IV, Milano, 1964, pp. 164 ss.; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1954; ID., *Gli interessi nei rapporti a funzione creditizia*, Padova, 1981.

(7) Sul punto v. A. DI MAJO, *Prassi giudiziali e indirizzi legislativi in tema di svalutazione monetaria dei debiti pecuniari*, in *Foro it.*, 1979, V, cc. 101 ss.

taria ha modo di verificarsi proprio per l'insensibilità del debito pecuniario alle oscillazioni della moneta e, dunque, al mutato potere d'acquisto della stessa: non a caso il debitore non fa altro che versare una somma corrispondente all'originario importo nominale, ma sostanzialmente "svalutata" (8).

Dunque, se il danno da inflazione, prima della mora, rappresenta per il creditore un rischio, successivamente diventa fonte di un pregiudizio causato dall'inadempimento del debitore che va ad aggiungersi al danno dovuto alla mancata disponibilità del denaro e che non si sarebbe verificato se il debitore avesse rispettato il termine convenuto: la perdita patrimoniale corrisponderà, dunque, all'intervenuto deprezzamento della moneta tra il momento in cui si è verificata la mora e quello della sentenza di liquidazione del danno (9).

Ovviamente il maggior danno da svalutazione monetaria rileverà, per il creditore, nella misura in cui il danno da ritardato pagamento della somma dovuta ecceda la misura degli interessi moratori di cui al I comma dell'art. 1224 c.c.

La giurisprudenza prevalente (10) esclude, così, salvo il caso dei debiti di valo-

(8) Per la tesi che esclude l'applicabilità dell'art. 1224, II comma, c.c., al danno da svalutazione monetaria v. V. NAPOLETANO, *La svalutazione monetaria e le obbligazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, pp. 316 ss.

(9) Così Cass., 8 maggio 1992, n. 5490, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2982. In questo senso, nella giurisprudenza di merito v. Trib. Padova, 1° giugno 1976, in *Giur. it.*, 1976, I, pp. 383 ss., con nota di V. GERI, *Considerazioni sul danno da svalutazione monetaria*, secondo cui per le obbligazioni pecuniarie il principio nominalistico è applicabile solo in materia contrattuale e solo per il periodo che va da quando sorge l'obbligazione al momento dell'adempimento mentre non ha più ragione di operare quando il differimento dipenda esclusivamente dalla mora del debitore.

(10) La regola trova sicura applicazione nell'ambito dei debiti di valuta: cfr. *ex multis*, Cass., 14 gennaio 1988, n. 260 in *Foro it.*, 1988, I, c. 384; Cass., 28 ottobre 1989, n. 4529, in *Arch. civ.*, 1990, p. 137; Cass., Sez. un., 1° dicembre 1989, n. 5299, in *Giust. civ.*, 1990, I, pp. 2115 ss., con nota di V. REBUFFAT, *Ipotesi di cumulabilità degli interessi moratori con la rivalutazione monetaria, nella liquidazione del maggior danno da mora nell'obbligazione pecuniaria*; e in *Foro it.*, 1990, I, 1, cc. 427 ss., con nota di A. DI MAJO, *Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati* e di R. PARDOLESI, *Crediti previdenziali, svalutazione e interessi*; e in *Giur. it.*, 1990, I, 1, pp. 1280 ss., con nota di M. EROLI, *Tutti i creditori sono uguali, ma i "modesti consumatori" sono meno uguali degli altri!*; Cass., 20 febbraio 2003, n. 2582, in *Giur. it.*, 2003, I, 1, pp. 2251 ss., con nota di E. FALLETTI, *Prova del maggior danno subito per il ritardato pagamento e accertamento del nesso di causalità*. Non mancano, tuttavia, pronunce di segno contrario (Cass., 9 settembre 1988, n. 5135, in *Foro it.*, 1989, I, cc. 2892 ss.; Cass., 2 dicembre 1988, n. 6526, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, p. 1594 s.): nell'ambito di alcune fattispecie relative all'inadempimento di prestazioni previdenziali, la Suprema Corte ha talora ritenuto che tale limite non operi rispetto al modesto consumatore per il quale il maggior danno consiste nell'aumento del costo di beni essenziali ai bisogni ordinari, elemento diverso ed eterogeneo rispetto al lucro cessante che il creditore avrebbe ottenuto dall'impiego della somma dovuta sicchè il creditore ha diritto alla rivalutazione monetaria della somma non pagata alla scadenza con l'aggiunta degli interessi sull'importo rivalutato della prestazione a decorrere dalla data della mora. Per un'efficace sintesi degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema cfr. G. D'AIETTI, *Rivalutazione monetaria ed interessi: rapporti reciproci e modalità di computo*, Milano, 1990. Sullo specifico problema del cumulo tra interessi e rivalutazione nell'ambito del credito previdenziale v. F. DI MAOLO, *Crediti previdenziali: quando opera il divieto di cumulo di interessi e svalutazione?*, commento a Cass., Sez. un., 26 giugno 1996, n. 5895, in *Giust. civ.*, 1997, I, pp. 453 ss.; F. DINI, *Cumulo di interessi e rivalutazione, in Il lavoro nella giurisprudenza*, 2003, 2, pp. 126-127; C.N. PUNZI, *Cumulo di interessi e rivalutazione in materia di crediti di natura retributiva: una storia infinita*, in *Inf. previd.*, 2001, pp. 911 ss.; S. TASSONE, *La tutela dei crediti di lavoro e previdenziali con particolare riferimento al danno da svalutazione monetaria*, in *Resp. civ. previd.*, 1995, pp. 669 ss.

re (11), la cumulabilità degli interessi con la rivalutazione monetaria, in considerazione del fatto che la corresponsione degli interessi è già di per sé in grado di assolvere alla funzione di risarcire il danno patito dal creditore e ci sarebbe un chiaro effetto di duplicazione ove si riconoscesse al creditore il diritto ad una somma avente la stessa funzione risarcitoria.

La questione più spinosa si è posta, però, in ordine all'onere della prova che il creditore debba assolvere al fine di ottenere il risarcimento del danno da svalutazione monetaria, rispetto alla quale l'orientamento della giurisprudenza ha subito nel tempo una significativa evoluzione (12).

3. — *Risarcimento del danno da svalutazione monetaria e onere probatorio negli itinerari giurisprudenziali*

Facendo eco all'orientamento di quella parte della dottrina (13) per cui il danno non consiste nella svalutazione monetaria in sé, ma negli effetti economici negativi che essa

(11) Secondo un indirizzo minoritario (Cass., 29 settembre 1994, n. 7493, in *Foro it.*, 1995, I, cc. 842 ss., con osservazioni di R. PARDOLESI; Cass., 28 novembre 1997, n. 12029, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 2292) il principio operante in caso di inadempimento di obbligazioni pecuniarie in base al quale gli interessi legali accordati al creditore a norma dell'art. 1224, comma 1, c.c., sono dovuti sulla somma rivalutata soltanto alla data della liquidazione, è applicabile anche ai crediti di *valore*, giacché, anche per detti crediti, il cumulo degli interessi e della rivalutazione monetaria produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore, nel periodo di decorrenza comune, una duplice liquidazione dello stesso danno. L'orientamento dominante (Cass., 7 dicembre 1994, n. 10493, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Danni civili*, n. 267; Cass., Sez. un., 17 febbraio 1995, n. 1712, in *Corr. giur.*, 1995, p. 462; con nota di A. DI MAJO; e in *Foro it.*, 1995, I, c. 1470, con note di G. DE MARZO, *Debiti di valore e "overcompensation"* e di G. VALCAVI, *A proposito della teoria dei crediti di valore, della rivalutazione e degli interessi monetari nel risarcimento del danno*, cit.; e in *Giur. it.*, 1996, I, p. 827, con note di CRISOSTOMO e FALCIONE, *Debiti di valore e interessi*; Cass., 28 marzo 1997, n. 2780, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1326; Cass., 22 dicembre 1998, n. 12788, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 612, con nota di G. CAPILLI, *In tema di debiti di valore e rivalutazione monetaria*, cit.; Cass., 18 marzo 2003, n. 3994, in *Giur. it.*, 2004, I, con nota di S. SORRENTINO, *Nota sugli interessi cosiddetti compensativi e il loro rapporto nelle obbligazioni di valore con la rivalutazione monetaria*) invece, ammette, per i debiti di *valore*, il cumulo tra rivalutazione e interessi, sostenendo che, se per i debiti di *valuta* gli interessi legali *ex art.* 1224, comma 1, c.c., hanno natura risarcitoria, nel caso dei debiti di *valore* assolverebbero ad una funzione "compensativa". Nelle obbligazioni di valore la rivalutazione monetaria non è un possibile strumento di risarcimento del danno, ma costituisce il necessario mezzo di commisurazione attuale del valore perduto dal creditore: la rivalutazione automatica mira al ripristino dello *status quo* antecedente all'illecito e a porre il creditore nelle stesse condizioni patrimoniali in cui si sarebbe trovato se l'evento dannoso non si fosse verificato. Gli interessi, invece, mirano a compensare il danneggiamento dalle mancate utilità economiche che il creditore avrebbe potuto trarre *medio tempore* (nel momento tra il verificarsi dell'illecito e la liquidazione finale del danno) dal bene promesso e vanno calcolati anno per anno sul valore della somma via via rivalutata nell'arco del ritardo. In dottrina sul tema del rapporto tra rivalutazione monetaria e interessi compensativi nell'ambito dei debiti di *valore* v. M. FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, Milano, 1996, pp. 540 ss.; G. PETTI, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, Torino, 1999, pp. 597 ss.

(12) Per un'ampia rassegna sull'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia v., da ultimo, N. RIZZO, *Il danno da mora nelle obbligazioni di valuta*, in *Obbl. contr.*, 2008, 4, pp. 354 ss.

(13) Così R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-1946, IV, c. 44, ritiene irrilevanti i fenomeni inflattivi sulla sorte dei crediti di denaro, alla stessa stregua, nelle obbligazioni comuni, delle variazioni del valore di mercato della merce rien-

può avere sul patrimonio del creditore e che, quindi, in concreto, quest'ultimo potrebbe non risentire alcun pregiudizio dall'intervenuto deprezzamento della moneta, l'approccio tradizionale (14) esige una prova rigorosa da parte del creditore del danno patito.

Il creditore era, quindi, chiamato a dimostrare specificamente che, ove il debitore avesse puntualmente adempiuto alla sua prestazione, avrebbe prontamente investito il denaro sì da salvaguardarne il potere d'acquisto e scongiurare gli effetti dell'inflazione.

Veniva esclusa, così, la possibilità di far ricorso a presunzioni attinenti alle qualità personali e alle attività abitualmente svolte e il creditore di una somma di denaro, equiparato ad un qualsiasi creditore di beni e servizi, era chiamato a provare il pregiudizio derivante dal predisposto e mancato impiego della somma dovuta per un sicuro e stabile vantaggio (come l'investimento nell'acquisto di beni reali sottratti alla svalutazione monetaria) o, ancora, la necessità di provvedere con mezzi propri (comprovato, ad esempio, dal ricorso a prestiti onerosi o alla vendita di propri beni) onde far fronte alle impellenti necessità che la disponibilità della somma nei tempi previsti avrebbe soddisfatto.

Le critiche avanzate dalla dottrina (15) all'orientamento esposto e la sempre maggiore incidenza dell'inflazione monetaria verificatasi nel corso degli anni '70 hanno reso indispensabile rivisitare quest'orientamento e ampliare i margini di tutela del creditore al di là dei soli interessi moratori.

Di qui la ricerca di addentellati giuridici che potessero giustificare un alleggerimento dell'onere probatorio imposto al creditore, sia in considerazione della frustrazione delle aspettative risarcitorie del creditore - che, attesa la difficoltà della prova richiesta, vedeva il più delle volte la propria pretesa limitata agli interessi moratori - sia in ragione dell'ingiusto privilegio accordato al debitore moroso, il quale era indotto a ritardare il più possibile l'adempimento dell'obbligazione, venendo, così, a corrispondere una somma il cui valore si era ormai ridotto in misura maggiore rispetto al saggio degli interessi moratori dovuti a titolo di risarcimento.

tranti nella normale alea dell'affare che si verifichino quando sia stato trasferito un bene: la svalutazione monetaria, secondo l'a., ha solo una potenziale efficienza dannosa, imponendo al creditore di provare il proprio individuale pregiudizio. Sul punto v. anche P. GRECO, *Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, pp. 103 ss.; ID., *L'art. 1224 c.c. e la svalutazione monetaria*, in *Foro pad.*, 1949, p. 569.

(14) Cass., 11 gennaio 1951, n. 47, in *Foro it.*, 1951, I, cc. 163 ss., con nota di T. ASCARELLI, *In tema di risarcimento dei danni di mora nei debiti pecuniari*; Cass., 18 maggio 1963, n. 1288, *ivi*, 1963, I, cc. 2314 ss.; Cass., 19 ottobre 1977, n. 4463, *ivi*, 1978, I, cc. 336 ss., con nota di A. AMATUCCI, *Certezze acquisite e dubbi residui in materia di incidenza della svalutazione monetaria sulla responsabilità del debitore*. Per un'analisi del tradizionale orientamento giurisprudenziale sul danno da svalutazione monetaria v. G. FERRI, *Tendenze giurisprudenziali in tema di svalutazione monetaria*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, p. 408; A. LUMINOSO, *Orientamenti della giurisprudenza in materia di incidenza della svalutazione monetaria sul risarcimento del danno*, in *Dir. giur.*, 1968, pp. 145 ss.; E. QUADRI, *Svalutazione monetaria e principio nominalistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, pp. 371 ss.; M. S. ROMANO, *Recenti orientamenti in tema di svalutazione monetaria e "maggior danno"*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 136; M. TRIMARCHI, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Milano, 1983.

(15) C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1979, sub artt. 1218-1229, pp. 298 ss., secondo cui tale indirizzo pretende dal creditore l'assolvimento di un onere probatorio talmente gravoso da tramutarsi in una *probatio diabolica*, tanto da minare l'effettività della tutela e rendere assolutamente eccezionali le ipotesi in cui il creditore possa effettivamente ottenere il risarcimento del danno.

Sulla scorta di un percorso già avviato dalla giurisprudenza di merito (16), teso a rilevare la potenzialità dannosa insita nel fatto oggettivo della svalutazione monetaria, la Suprema Corte di Cassazione ha cominciato ad ammettere, con un noto intervento del 1978 (17), come, stante la fondamentale funzione di scambio del bene-denaro, dall'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria il creditore ricavi quantomeno un danno economico consistente dalla perdita di valore della somma dovuta nel periodo di mora.

Ad avviso della Corte, il danno cagionato dalla svalutazione monetaria è concreto e reale anche dal punto di vista giuridico e si traduce in un diminuito potere d'acquisto della somma, integrando una componente della prestazione che deve essere automaticamente rivalutata alla stregua di indici pubblicizzati di sicura attendibilità, affinché quel "valore" che sarebbe entrato nel patrimonio del creditore, nel caso di adempimento puntuale, mantenga il suo identico contenuto sostanziale nel momento in cui viene liquidato il risarcimento.

Sottesa al rinnovato orientamento della Corte è la considerazione che il principio nominalistico governi solo la fase fisiologica del rapporto obbligatorio e non abbia più ragione di sussistere alla scadenza dell'obbligazione: di qui l'inclusione a pieno titolo tra i danni risarcibili *ex art.* 1224, comma 2, c.c., di quelli dipendenti da svalutazione monetaria come danni emergenti verificatisi durante la mora del debitore, potendo il creditore in tal senso utilizzare il solo fatto notorio della svalutazione senza necessità di dover provare la concreta predisposizione del reimpiego delle somme dovute.

Solo nel caso in cui il danneggiato avesse richiesto il risarcimento del lucro cessante avrebbe dovuto fornire prove della preventiva predisposizione di un impiego della somma e della relativa remunerazione.

Dando coronamento all'opinione da tempo invalsa nella dottrina (18), la giuri-

(16) Per la considerazione della svalutazione monetaria come danno *in re ipsa* v. Trib. Milano, 19 gennaio 1976, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, p. 627, con nota di C. PIRIA; Trib. Padova, 1° giugno 1976, cit.; Trib. Padova, 14 marzo 1977, in *Giur. it.*, 1977, I, pp. 555 ss., ma v. già, in questo senso, in precedenza, Trib. Perugia, 20 giugno 1947, in *Giur. it.*, 1947, I, 2, pp. 450 ss.; Trib. Taranto, 4 marzo 1948, in *Dir. giur.*, 1948, pp. 155 ss. Per una sintesi di siffatto orientamento v. A. TRABUCCHI, *La giurisprudenza di merito insiste sulla svalutazione come danno da mora*, Commento a decr. Trib. Milano, 5 giugno 1980, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, pp. 191 ss.

(17) Cass., 30 novembre 1978, n. 5670, in *Foro it.*, 1979, I, c. 15; e in *Giust. civ.*, 1978, II, 1909 ss., con nota di M. FINOCCHIARO, *Debiti di valuta, mora debendi e rivalutazione monetaria*; e in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 972, con note di E. QUADRI, *Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie* e C. PIRIA, *Mutamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di obbligazioni pecuniarie*, ivi, pp. 1115 ss.; e in *Giur. comm.*, 1979, II, pp. 526 ss., con nota di V. FRANCESCHELLI, *Società dell'inflazione e danno da svalutazione monetaria*. Sul tema v. anche Cass., 12 dicembre 1978, n. 5895, in *Resp. civ. prev.*, 1979, p. 310.

(18) Così C.M. BIANCA, *Il danno della svalutazione monetaria*, in *Giur. it.*, 1979, IV, p. 132, che rileva l'iniurità del perseguimento dell'obiettivo della stabilità monetaria addossandolo al creditore danneggiato dall'inadempimento del debitore, con relativo costo sociale di *allentamento* della tutela dei crediti pecuniari e di stimolo a pretestuose contestazioni giudiziarie volte a procrastinare l'adempimento. Secondo l'a., pertanto, la svalutazione ha un normale e, per ciò stesso, presunto significato di danno, salva la prova da parte del danneggiante che il danno non si è verificato o si sarebbe ugualmente prodotto anche in assenza dell'atto lesivo. Sul tema v. anche A. AMATUCCI, *Certezze acquisite e dubbi residui in materia di incidenza della svalutazione monetaria sulla responsabilità del debitore*, cit., cc. 337 ss.

sprudenza giungeva così a riconoscere per il creditore il significato presuntivo di danno *in re ipsa* della svalutazione monetaria, derivante dal semplice fatto di ricevere una moneta dal ridotto valore di scambio.

Tale posizione non poteva, però, trovare accoglimento nella sua interezza perché avrebbe finito per comportare, a favore del creditore, una presunzione assoluta di danno derivante dal ritardo nell'adempimento in una misura quantomeno equivalente alle perdite del potere di acquisto della moneta nel periodo di riferimento, comportando la conversione dei debiti di *valuta* in debiti di *valore* dal momento del verificarsi della mora (19).

4. — *Il sistema delle presunzioni di danno personalizzate per categorie creditorie nell'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione*

Ben si spiega, dunque, il cambio di rotta operato dalla Cassazione che, con due note sentenze del 1979 (20), ha cercato di approfondire l'analisi del regime probatorio previsto in caso di inadempimento di un'obbligazione pecuniaria, sforzandosi di conciliare l'esigenza di scongiurare l'ingiustificato arricchimento del creditore con il *favor* per la semplificazione dei meccanismi di liquidazione del danno.

Le SS.UU., dopo aver negato un'automatica presunzione di danno calibrata sull'indice ufficiale di svalutazione, hanno contestato la ricostruzione estremamente liberale, operata dalla sentenza n. 5670/1978, della prestazione dovuta dal debitore moroso come unitaria obbligazione di *valore* a contenuto risarcitorio e hanno ribadito gli esatti confini della distinzione tra debiti di *valore* e debiti di *valuta*, affermando che le obbligazioni pecuniarie che danno luogo ad un debito di *valuta* continuano ad essere tali anche dopo la scadenza: semplicemente l'inadempimento è fonte di un'obbligazione

(19) Critico sul punto U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* Iudica-Zatti, Milano, 1991, p. 326 e A DI MAJO, *Danno da svalutazione e categorie creditorie*, in *Giur. it.*, 1979, IV, p. 193, che osserva come il principio nominalistico debba essere riferito sia ai pagamenti puntuali effettuati alla scadenza che a quelli tardivi, come attestato dalla stessa lettera dell'art. 1277 c.c., che fa espresso riferimento al tempo del pagamento e non quello della scadenza dell'obbligazione.

(20) Cass., Sez un., 4 luglio 1979, n. 3776, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, pp. 1410 ss.; e in *Giust. civ.*, 1979, II, pp. 1546 ss.; e in *Foro it.*, 1979, I, 2, cc. 1668 ss., con commenti di F. CAFFÈ, *In tema di "risarcimento automatico" nella misura della svalutazione monetaria*, ivi, cc. 1985 ss.; e di A. AMATUCCI, *La prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie*, ivi, cc. 1987 ss.; e di R. PARDOLESI, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, ivi, II, cc. 2622 ss.; in *Foro it.*, 1980, I, 1, cc. 118 ss., con nota di G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria od interessi di mercato?*; e in *Giur. comm.*, 1979, II, pp. 982 ss., con nota di V. FRANCESCHELLI, *Ancora sul danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie*; e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1980, II, pp. 293 ss., con nota di F. MAIMERI, *Svalutazione monetaria ed inadempimento di obbligazioni pecuniarie*; Cass., Sez un., 25 ottobre 1979, n. 5572, in *Giust. civ.*, 1980, I, pp. 640 ss.; e in *Giur. it.*, 1980, I, 1, pp. 452 ss., con nota di C. PIRIA, *Svalutazione monetaria: la decisione delle sezioni unite*. Per un commento delle due sentenze cfr. anche M. MAIELLA, *Obbligazioni pecuniarie, mora debendi e rivalutazione monetaria*, in *Giust. civ.*, 1980, pp. 557 ss. e E. SORDI, *Risarcimento del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Temi romana*, 1979, pp. 833 ss.

accessoria di risarcimento del danno che è funzionale a ricostruire il potere d'acquisto nella misura stimata al momento della scadenza.

La Cassazione ritiene, tuttavia, ineludibile la ricerca di agevolazioni probatorie per il creditore nella dimostrazione del maggior danno subito ex art. 1224, comma 2, c.c., intermedie tra il rigore della posizione originaria e l'automatismo nella configurazione del danno da svalutazione.

Con tali pronunce si è, pertanto, affermato che il creditore che intenda ottenere il risarcimento del danno da svalutazione monetaria ex art. 1224, comma 2, c.c., che non sia coperto dagli interessi moratori legali di cui al I comma, in assenza di allegazioni e di prove di eventuali investimenti specifici, possa nondimeno procedere con la massima libertà alla prova del danno da mora, avvalendosi di apposite presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. basate su fatti notori che, tenuto conto delle condizioni e qualità personali e professionali del creditore, provino l'appartenenza ad una certa categoria socio-economica e siano tali da lasciar inferire, con metodo induttivo, una determinata modalità d'impiego del denaro in forme remunerative.

L'indirizzo inaugurato nel 1979, a dispetto di alcune oscillazioni (21), ha trovato una sistematizzazione in un noto intervento a Sezioni unite (22) del 1986 in cui la Suprema Corte, ravvisando la necessità di definire in maniera chiara i precisi contorni entro cui può ritenersi limitato l'accertamento presuntivo del danno, ha provveduto a codificare i c.d. criteri personalizzati di normalità cui ancorare la determinazione del risarcimento del danno da svalutazione monetaria.

(21) Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, in *Giust. civ.*, 1983, pp. 766 ss., con nota di A. DI MAJO, *Svalutazione monetaria e risarcimento del danno (un passo avanti e due indietro...)*; e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1983, pp. 295 ss., con nota di F. MENEGHINI, *Note in tema di svalutazione monetaria e risarcimento danni*; e in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, pp. 445 ss., con nota di G. BERNARDI, *Sulla prova per la quantificazione del danno da svalutazione monetaria*; Cass., 27 gennaio 1984, n. 651, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Danni civili*, n. 171; Cass., 5 giugno 1985, n. 3356, in *Foro it.*, 1985, I, 2, 2239 ss., con nota di R. PARDOLESI; e in *Giur. it.*, 1986, I, pp. 219 ss., con nota di E. DEL PRATO, *Ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie: inflazione e danno*, che sembrano dare rilievo ad una sorta di danno immanente per ciascun creditore nella misura minima dell'indice ufficiale di svalutazione.

(22) Cass., Sez. un., 5 aprile 1986, n. 2368, in *Foro it.*, 1986, I, 1, cc. 1265 ss., con nota di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*; e di A. AMATUCCI, *Svalutazione monetaria, preoccupazioni della Cassazione e principi non ancora enunciati in materia di computo di interessi*; e di G. VALCAVI, *Ancora sul risarcimento del maggior danno da mora delle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato o rivalutazione monetaria*; e di E. QUADRI, *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via delle sezioni unite all'"ulteriore risarcimento"*; e in *Giur. it.*, 1986, I, 1, pp. 1160 ss., con nota di B. INZITARI, *La terza sentenza (n. 2368 del 1986) delle Sezioni unite sul "maggior danno" nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*; in *Giust. civ.*, 1986, I, pp. 1595 ss., con nota di P. TARTAGLIA, *Il risarcimento non automatico del danno da svalutazione e le categorie creditorie*; in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, pp. 236 ss., con nota di G. ALPA, *Un nuovo intervento della Corte di cassazione in tema di rivalutazione monetaria*; in *Rass. giur. en. elettr.*, 1986, pp. 651 ss., con nota di M. CONFORTINI, *I più recenti indirizzi giurisprudenziali sul risarcimento del danno nelle obbligazioni pecuniarie*; in *Foro pad.*, 1988, I, pp. 263 ss., con nota di G. CORSALINI, *Categorie di creditori e presunzioni semplici nel risarcimento di "maggior danno" nelle obbligazioni pecuniarie*.

Nella riflessione della Suprema Corte emerge sempre la ricerca di un giusto equilibrio tra l'attribuzione generalizzata in capo al creditore del rischio dell'inadempimento e il pericolo di obliterazione delle esigenze di rigorosa dimostrazione del danno, insito nel ricorso ad automatismi risarcitori e nella creazione di uno speciale statuto delle relative regole probatorie rispetto a quelle che governano la prova del danno da inadempimento delle obbligazioni comuni.

Proprio partendo dall'intervento delle SS.UU. del 1979, la Corte riafferma, pertanto, che nelle obbligazioni pecuniarie il danno da svalutazione non si identifica col fenomeno inflattivo e che incombe sul creditore l'onere di dimostrare che il pagamento tempestivo lo avrebbe messo in condizione di evitare o limitare gli effetti economici depauperatori che l'inflazione produce per tutti i possessori di denaro; ma chiarisce anche che tanto il creditore può fare avvalendosi di presunzioni e dati economici acquisiti dalla comune esperienza e riferiti a categorie economiche socialmente significative ("imprenditore", "risparmiatore abituale", "creditore occasionale", "modesto consumatore", o altre enucleabili in relazione a più particolari modalità di impiego del denaro).

In quest'ottica il riferimento a categorie socio-economiche, già lumeggiato nelle sentenze del 1979, appare un rimedio adeguato in quanto da una parte garantisce una stima forfettaria del danno, fornendo un criterio oggettivo e razionale, dall'altro evita di omologare il risarcimento previsto per ciascun creditore, facendo salvo l'onere di indicare le relative qualità personali e professionali.

Differente è l'onere probatorio addossato al creditore a seconda della diversa categoria di presunta appartenenza.

Se, in relazione alla categoria dell'imprenditore, la Suprema Corte, con i due interventi del 1979, si era limitata ad affermare che occorre tener conto della redditività netta del denaro destinato ai suoi ordinari investimenti imprenditoriali, desumibile dalla capacità operativa dell'azienda così come risultante dall'attività pregressa (specie se i suoi risultati netti sono evidenziati da scritture contabili affidanti) e da quella prevedibile come normale in relazione alla struttura dell'azienda e alle condizioni di mercato, le SS.UU. del 1986 hanno meglio chiarito la portata dell'onere probatorio incombente su chi esercita un'attività d'impresa.

Laddove il creditore-imprenditore intendeva limitarsi a provare il danno emergente, doveva dimostrare di trovarsi in condizioni atte a presumere, secondo la normale gestione finanziaria dell'impresa, il ricorso al mercato del credito, nel qual caso il danno poteva consistere nel costo bancario del denaro nel periodo di mora in base al tasso d'interesse attivo praticato dalle banche ai migliori clienti (cd. *prime rate*); quando, invece, intendeva conseguire anche il risarcimento del lucro cessante doveva fornire una prova sufficiente della redditività media del denaro investito nell'impresa.

In questo modo il creditore esercente attività commerciale poteva avvalersi di una presunzione di tipo quasi oggettivo, fondata su criteri personalizzati di normalità, in ordine al maggior danno ancorato allo scarto tra il tasso degli interessi legali ed il *prime rate* mentre era gravato da un particolare onere probatorio solo in caso di richiesta di un maggior danno corrispondente ai risultati utili della sua impresa, essendo chiamato a fornire una situazione patrimoniale aggiornata della società dalla quale - unitamente agli eventuali bilanci relativi agli esercizi pregressi - presumere la redditività.

vità del denaro investito nell'impresa durante il periodo di mora, sicché, come ammeso dalla Corte nella pronuncia in commento nel suo *excursus* dell'evoluzione giurisprudenziale "la prova - basata in gran parte su vicende proprie della singola impresa - spesso presenta maggiore complessità".

Per il risparmiatore abituale la determinazione del danno doveva essere fatta in riferimento all'ordinario rendimento nel periodo di mora della quota di reddito investito sistematicamente in impieghi di risparmio non assorbiti dai consumi; per la categoria del creditore occasionale - beneficiario *una tantum* di un credito di ammontare rilevante (si pensi all'indennità di fine rapporto all'interno del rapporto di lavoro subordinato) - andava vagliata la corrispondenza degli impieghi allegati a criteri di normalità e concreta possibilità, come per il deposito bancario, considerando, così, come parametro di riferimento, la remunerazione media dei depositi bancari nel periodo di mora.

Rispetto al modesto consumatore, infine, che spende abitualmente denaro per bisogni personali e familiari, acquistando beni di consumo e non di investimento, si presumeva un danno da svalutazione corrispondente al maggior onere affrontato per l'acquisto dei beni di consumo, desumibile dagli indici Istat sulla variazione dei prezzi dei principali beni di consumo per le famiglie di operai e impiegati nel periodo di mora.

Nelle aspettative della Cassazione il sistema delle categorie avrebbe dovuto garantire un attento equilibrio tra la protezione dei creditori pecuniari e la necessità di scongiurare ogni forma di automatismo risarcitorio, assicurando "una tecnica di accertamento del maggior danno che, semplificando l'onere della prova attraverso presunzioni e dati notori acquisiti dalla comune esperienza e desumibili dalle condizioni e qualità del creditore, consente di pervenire ad una valutazione il più possibile soggettiva del danno medesimo" (23).

L'articolato congegno di presunzioni personalizzate costruito dal Collegio di legittimità, fondato, come si è visto, sul delicato equilibrio tra esigenze di standardizzazione e di individualizzazione del risarcimento, è stato, tuttavia, da subito al centro di critiche serrate da parte della dottrina.

Sono state, così, in diverse circostanze (24) rilevate la poca omogeneità, il semplicismo dei criteri risarcitori predisposti per ciascuna categoria e l'avvenuta costruzione di una griglia molto rigida e vincolante, segnata da una meticolosa costruzione dell'onere probatorio per ciascuna categoria socio-economica che non tiene conto della soggettività del valore per il creditore della valuta non riscossa e della potenziale varietà dello specifico utilizzo del denaro per operazioni diverse di risparmio e consumo.

Il meccanismo delle categorie creditorie ha suscitato, altresì, delle perplessità (25)

(23) Così R. PARDOLESI, *Le Sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, cit., c. 1266.

(24) Cfr., *ex multis*, B. INZITARI, *La terza sentenza delle Sezioni unite...*, cit., cc. 1166 ss. e E. QUADRI, *Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 971, secondo il quale "l'uso di presunzioni fondate su condizioni e qualità personali del creditore e sulle modalità di impiego del denaro non risulta tuttavia del tutto convincente sia per il sapore vagamente discriminatorio che lo accompagna, sia perché l'uso delle presunzioni deve essere vagliato alla luce delle caratteristiche del singolo caso ed appare semplicistico fondare la decisione unicamente su qualità del creditore mentre dovrebbero essere comunque tenute presenti una serie di elementi relativi alla struttura dell'impresa".

(25) B. INZITARI, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, VI, Padova, 1983, p. 224; ID., *La terza sentenza delle Sezioni unite...*, cit., c. 1170.

riguardo alla possibilità dei creditori appartenenti alle categorie personalizzate di ottenere il risarcimento per danni non strettamente riferibili all'attività svolta e, soprattutto, in merito alla riconoscibilità del diritto al risarcimento del danno da svalutazione a chi non dia prove specifiche né sulla categoria economica di appartenenza, né su come avrebbe impiegato il denaro che gli spettava (c.d. *creditore inclassificato*).

Ben si spiega, dunque, come negli anni successivi la Cassazione abbia avvertito la necessità di precisare (26) che i criteri presuntivi esposti ai fini della quantificazione del maggior danno non hanno alcuna pretesa di esaustività, ma presentano un carattere meramente esemplificativo, non implicando necessariamente l'esclusività, ma solo la prevalenza e la notoria priorità di un certo impiego del denaro.

Il sistema della categorie ha trovato, tuttavia, l'avallo della giurisprudenza successiva (27), che non è riuscita, però, a maturare soluzioni univoche sul rigore della prova che il creditore deve assolvere in ordine all'appartenenza ad una certa categoria socialmente ed economicamente significativa, con particolare riguardo alle ipotesi in cui il creditore rivesta la qualifica di imprenditore.

5. — *Maggior danno da svalutazione e onere probatorio del creditore-imprenditore*

La categoria del creditore-operatore economico è stata tra quelle maggiormente oggetto dell'attenzione del dibattito giurisprudenziale seguito all'intervento a Sezioni Unite della Cassazione del 1986.

Così, è stato notato (28) come di fronte all'obiettivo di semplificare, sotteso alla

(26) Così Cass., 1° luglio 1992, n. 8094, in *Giust. civ.*, 1993, I, con nota di K. PANELLA, *L'incidenza della svalutazione monetaria nei debiti di valuta*.

(27) Cfr., *ex multis*, Cass., 27 novembre 1989, n. 5138, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, pp. 762 ss., con nota di T. CAVALIERE, *Note in tema di risarcimento del danno da svalutazione per inadempimento di obbligazioni pecuniarie*; Cass., 28 marzo 1990, n. 2531, *ivi*, 1991, I, 1, c. 1078, con nota di L. D'ANDREA, *Danno da inadempimento di obbligazioni pecuniarie, categorie creditorie e riforma dell'art. 1284 c.c.*; Cass., 22 maggio 1993, n. 5853, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2959; Cass., 1° dicembre 1993, n. 11878, in *Foro it.*, 1994, I, cc. 1288 ss.; Cass., 2 agosto 1995, n. 8470, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 470; Cass., 1° dicembre 1995, n. 12422, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Danni civili*, n. 304, p. 849; Cass., 23 agosto 1996, n. 7772, *ivi*, 1996, voce *Obbligazioni in genere*, n. 33, p. 1398; Cass., 20 giugno 1997, n. 5517, *ivi*, 1997, voce *Danni civili*, n. 294, p. 841; Cass. 19 maggio 1999, n. 4846, in *Giur. it.*, 2000, p. 716, con osservazioni di M. SASSON. L'orientamento delle SS.UU. ha trovato conforto anche nella successiva giurisprudenza costituzionale: v. Corte Cost., 7 aprile 1988, n. 408, in *Giur. cost.*, 1988, I, pp. 1819 ss.; e in *Foro it.*, 1988, I, cc. 2127 ss., con nota di C.M. CEA, *La Corte Costituzionale e la rivalutazione automatica dei crediti: ovvero di equivoci e disinformazione*; Corte Cost., 6 dicembre 1988, n. 1060, *ivi*, 1989, I, cc. 618 ss.; e in *Giur. cost.*, 1988, I, pp. 5184 ss., con nota di R. MAFFEI, *Sugli equivoci (e le certezze) della giurisprudenza costituzionale in tema di interessi e rivalutazione dei crediti previdenziali*.

(28) P. DE MARTINIS, *Onere probatorio a carico del creditore-imprenditore per il risarcimento del c.d. danno da svalutazione monetaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 383. Per l'a. la valutazione dell'indebitamento si atterrebbe in maniera diversa a seconda del tipo di società: per le società di persone, stante la responsabilità illimitata dei soci, sarebbe sufficiente l'esibizione del contratto di finanziamento dopo che si è verificata la mora; in quelle di capitali, viste le limitazioni al ricorso al mercato del capitale di credito in misura eccessiva rispetto al capitale di rischio apportato dai soci - attestato, per le s.p.a., dal limite all'indebitamento non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato ai sensi dell'art. 2412 c.c. - occorrerà anche esibire in giudizio copia dell'ultimo bilancio approvato.

dimostrazione dell'appartenenza ad una certa categoria economica, venga poi imposto al creditore-imprenditore un onere probatorio più gravoso tramite il ricorso a criteri di difficile identificazione come quello della "normale gestione finanziaria".

L'aspetto di maggiore problematicità si è rivelato, però, quello dell'individuazione dello specifico onere probatorio richiesto al creditore-imprenditore: in particolare, nel tempo, si è avuta la maturazione di due diversi indirizzi in merito alla sufficienza o meno della qualità d'imprenditore ai fini della presumibilità di impieghi antinflattivi della somma non tempestivamente versata dal debitore.

Accedendo ad un primo orientamento (29), nel caso di creditore che eserciti un'attività economica, è sufficiente dedurre la qualità di imprenditore per ritenere provato, per effetto di presunzione collegata alla qualità professionale, un danno dal ritardo del debitore nell'adempimento essendo immanente un pregiudizio conseguente al diminuito potere d'acquisto della moneta nel periodo di mora: non è necessario, quindi, ai fini del riconoscimento del maggior danno ragguagliato alla svalutazione monetaria, la prova rigorosa di un danno concreto causalmente ricollegabile all'indisponibilità del credito per effetto dell'inadempimento, ma è sufficiente la mera allegazione del fenomeno inflattivo registratosi durante la mora del debitore, dovendosi presumere, in base all'*id quod plerumque accidit*, che se vi fosse stato tempestivo adempimento, la somma sarebbe stata utilizzata in impieghi antinflattivi.

Alla tesi che ammette che la prova del danno possa desumersi in via presuntiva sulla base del fatto notorio dell'inflazione e dell'appartenenza del creditore ad una certa categoria, si contrappone un diverso filone di pensiero (30), secondo cui il pur

(29) Cass., 11 febbraio 1998, n. 1403, in *Giur. it.*, 1999, pp. 106 ss.; Cass., 23 aprile 1998, n. 4184, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Danni civili*, n. 307, p. 847; Cass., 20 novembre 1998, n. 11736, in *Dir. proc.*, 1998, pp. 2052 ss.; Cass., 10 giugno 1999, n. 5732, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 1322 s.; Cass., 15 gennaio 2000, n. 409, *ivi*, 2000, p. 64 s.; Cass., Sez. lav., 26 ottobre 2000, n. 14089, in *Mass. giur. lav.*, 2001, pp. 386 ss., con nota di S. PATTI, *La prova del danno da svalutazione monetaria tra "fatto notorio" e "presunzioni"*; Cass., 7 febbraio 2001, n. 1770, *ivi*, 2001, p. 224; Cass., 9 febbraio 2001, n. 1839, *ivi*, 2001, p. 230 s.; Cass., 27 novembre 2001, n. 15020, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 15 ss., con nota di V. CARBONE; Cass., Sez. lav., 8 maggio 2001, n. 6420, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 947; Cass., Sez. lav., 16 luglio 2002, n. 10304, *ivi*, 2002, p. 1237; Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2003, n. 2113, *ivi*, 2003, p. 319 s.; Cass., 7 gennaio 2004, n. 58, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, pp. 798 ss., con nota di O. SCALISI, *Il risarcimento del maggior danno per inadempimento di obbligazioni pecuniarie: ancora sull'annosa questione circa la prova del danno da svalutazione monetaria ex art. 1224, comma 2°, cod. civ.*; Cass., 23 luglio 2004, n. 13829, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 1775; Cass., 7 marzo 2006, n. 4885, *ivi*, 2006, p. 597 s.; Cass., 16 marzo 2006, n. 5860, *ibidem*, p. 720; Cass., 31 agosto 2007, n. 18450, in *Resp. civ. prev.*, 2008, pp. 124 ss., con nota di F. GRECO, *Ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie e maggior danno dell'imprenditore*. Non si esclude, peraltro, che quando il creditore, non limitandosi a dedurre il fenomeno inflattivo come fatto notorio, fornisca gli elementi in base ai quali il danno sia concretamente qualificabile nell'ambito della categoria economica d'appartenenza (ad esempio mediante la produzione di documentazione comprovante il ricorso al credito bancario con l'indicazione degli interessi passivi sopportati), il giudice di merito debba tenerne necessariamente conto nella determinazione dell'esatto pregiudizio sofferto dal creditore e non possa prescindere facendolo direttamente luogo alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c.

(30) Cass., 9 giugno 1999, n. 5678, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 1311; Cass., 16 maggio 2000, n. 6327, in *Danno resp.*, 2000, p. 1112 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Risarcibilità del danno da svalutazione e onere probatorio a carico del creditore*; Cass., 21 luglio 2001, n. 9965, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 1442 s.; Cass., Sez. lav. 28 gennaio 2002, n. 1036, *ivi*, 2002, p. 149 s.; Cass., Sez. lav., 23 ottobre 2002, n. 14970, *ibidem*, p. 1843; Cass., 1° aprile 2003, n. 4919, in *Dir. giust.*, 2003, pp. 94

legittimo ricorso al notorio ed a presunzioni non può prescindere dall'assolvimento, da parte del creditore, ancorché appartenente ad una categoria soggettiva come quella degli imprenditori, di un onere quantomeno di allegazione di circostanze specifiche, che consenta al giudice di verificare se, tenuto conto delle sue qualità personali e dell'attività in concreto esercitata, il particolare danno lamentato possa essersi verosimilmente prodotto.

In quest'ottica il giudice non può limitarsi a prendere atto dell'appartenenza del creditore ad una certa categoria e liquidare un danno astratto secondo criteri di normalità e probabilità, ma l'interessato è chiamato a fornire elementi tali da denotare le propensioni economiche e l'attività svolta in concreto sì da evitare che il riferimento a categorie standardizzate, articolate su parametri fissi e vincolanti per tutti gli operatori commerciali, si concretizzi in un'automatica rivalutazione del credito.

I contrapposti orientamenti sommariamente ricostruiti, emblematici della difficoltà di conciliare la salvaguardia del creditore pecuniario con l'effettività della prova del danno, sono alla base conflitto interpretativo che l'intervento delle SS. UU. in commento ha cercato di comporre.

6. — *La svolta della Cassazione e il superamento del "sistema delle categorie"*

La Cassazione parte della constatazione dei non appaganti risultati applicativi ottenuti dall'inquadramento dei creditori in categorie, non sussistendo parametri di riferimento sufficientemente univoci per definire i caratteri propri di ciascun raggruppamento: la stessa categoria degli imprenditori, per la quale pure sussisterebbero i parametri economici - nonché giuridici, varrebbe la pena soggiungere - per una qualificazione, non vale ad offrire criteri di maggiore attendibilità delle possibili inferenze induttive.

Più in generale, la Suprema Corte ritiene che la presunzione di sistematizzare le diverse tipologie di creditori in categorie socio-economiche sconti un vizio di fondo, insito nel fatto che i bisogni ed i desideri che il denaro vale a soddisfare sono "troppi e troppo intimamente connessi anche al modo d'essere di ognuno, nonché agli eventi di cui ciascuno è nella vita protagonista, spettatore o vittima, perché l'uno o l'altro creditore sia suscettibile di essere *tout court* qualificato come consumatore o risparmiatore o creditore occasionale, essendo vero, invece, che ognuno è o può essere l'una o l'altra cosa o l'altra ancora o tutte insieme, in relazione a ciascuna frazione dell'importo ed a seconda delle contingenze economiche generali e personali del momento, dell'entità del credito, dei propri progetti, e così via".

ss.; Cass., 4 aprile 2003, n. 5263, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, pp. 1493 ss.; Cass., 10 luglio 2003, n. 10860, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, pp. 379 ss., con nota di P. DE MARTINIS, *Onere probatorio a carico del creditore-imprenditore per il risarcimento del c.d. danno da svalutazione monetaria*, cit.; Cass., Sez. lav., 8 luglio 2004, n. 12634, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 1577; Cass., 7 febbraio 2006, n. 2613, *ivi*, 2006, p. 333; Cass., 14 febbraio 2006, n. 3146, *ibidem*, p. 391; Cass., Sez. trib., 16 ottobre 2006, n. 22204, in *Resp. civ. prev.*, 2007, pp. 798 ss., con nota di D. CHINDEMI, *La prova relativa al maggior danno deve essere fornita dalla parte richiedente*; Cass., Sez. un., 31 luglio 2007, n. 16871, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 1514. A questo secondo filone è pienamente riconducibile anche Cass., Sez. un., 5 aprile 1986, n. 2368, cit.

Tuttavia, secondo la Corte, è senz'altro conforme alla realtà dell'esperienza positiva che il denaro sia speso in relazione alla sua primaria destinazione allo scambio ovvero impiegato in "rassicuranti forme remunerative" tali da garantire un rendimento superiore al tasso di inflazione, qual è quello dei titoli di Stato, costantemente eccedente l'incremento dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati rilevati dall'ISTAT.

La Corte ritiene che le evidenze empiriche legate all'andamento dell'inflazione e del rendimento dei titoli di Stato attesterebbero l'attendibilità di siffatto parametro di rivalutazione: se si eccettua la straordinarietà delle vicende inflattive che connotarono gli anni '70 e '80, il tasso di interesse è stato, infatti, costantemente superiore al tasso ufficiale di aumento dei prezzi al consumo.

Negli ultimi anni, pertanto, la svalutazione è risultata normalmente assorbita per intero dagli interessi legali, con conseguente perdita di rilevanza del problema relativo al risarcimento del maggior danno da svalutazione monetaria; problema che, grazie alla flessibilità garantita dalle periodiche determinazioni del saggio degli interessi legali effettuato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze ex art. 1284, comma 1, c.c., sulla base del rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e tenuto conto del tasso di inflazione registrato nell'anno, non dovrebbe essere ulteriormente configurabile, se non in casi assolutamente marginali ed in misure scarsamente significative, correlabili all'intervallo di tempo tra l'ipotetico aumento dell'indice medio dei prezzi al consumo ed il successivo adeguamento per l'anno successivo.

La rilevazione empirica dimostra, tuttavia, ad avviso della Corte, come, dal 1991 al 2008, il tasso di rendimento lordo dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi, una delle più comuni e prudenti forme d'investimento, sia risultato apprezzabilmente più elevato del tasso degli interessi, con la conseguenza che, per il debitore di un'obbligazione pecuniaria, in linea di massima, continua a poter essere economicamente conveniente non adempiere tempestivamente, così lucrando la differenza tra quello che è agevolmente in grado di ricavare dal denaro non versato al creditore durante la *mora debendi* e quello che dovrà al creditore quando adempirà la propria obbligazione.

Per le SS. UU. la strada per disincentivare il debitore all'inadempimento e per rendere effettiva la tutela del creditore, tramite la diminuzione del contenzioso civile e la semplificazione del processo, passa necessariamente attraverso la fissazione di un danno minimo corrispondente alla differenza tra il tasso di rendimento netto (dedotta l'imposta) dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi (o tra il tasso di inflazione, se superiore) e quello degli interessi legali (se inferiore).

In questo modo il debitore risulta sempre consapevole del fatto che la promozione di una causa da parte del creditore insoddisfatto si risolverebbe, comunque, nella condanna alla corresponsione di un maggior importo, corrispondente, quantomeno, all'utile economico minimo che il debitore ha tratto o che avrebbe potuto trarre dalla conservazione, *medio tempore*, del denaro che doveva dare e che non ha dato.

Tale conclusione risulta, poi, definitivamente corroborata dalla lettera dell'art. 1284, comma 1, c.c., nel testo novellato nel 1996, laddove espressamente vincola il Ministro dell'Economia e delle Finanze a determinare il saggio d'interesse "sulla base" del rendimento annuo lordo dei titoli di Stato non ultrannuali e "tenuto conto" del tasso

d'inflazione registrato nell'anno: la differenza tra le due espressioni è, invero, significativa del primario rilievo che il legislatore ha conferito al parametro di riferimento costituito dal rendimento dei titoli di Stato ai fini dell'apprezzamento della normale redditività del denaro.

Nella prospettiva della Corte l'ancoraggio del risarcimento del maggior danno al suddetto meccanismo comporta il definitivo superamento della suddivisione dei creditori in categorie, ma fa salva la prova di una possibile modalità di impiego personalizzata del denaro.

Sarà, così, consentito al debitore di provare che dal proprio ritardo nell'adempimento il creditore non ha subito un danno o che lo ha subito in misura inferiore al saggio degli interessi legali, sicché nulla gli è dovuto, in aggiunta agli interessi, per il maggior danno; parimenti sarà consentito al creditore di provare che il danno da ritardo è stato, invece, maggiore del rendimento netto dei titoli di Stato, perché costretto a ricorrere al credito bancario o per mancati investimenti remunerativi o per altre particolari vicende.

Queste regole valgono anche per il creditore-imprenditore che, ove lamenti un danno superiore a quei livelli e ne domandi il risarcimento, dovrà offrirne la prova, alla stregua di qualsiasi altro creditore pecuniario: a tal fine, ad avviso della Suprema Corte, sarà, in linea di massima, sufficiente la produzione di documentazione dalla quale si evinca che, durante la mora del debitore, egli aveva fatto ricorso al credito bancario o ad altre forme di approvvigionamento di liquidità, con la dimostrazione dei relativi costi.

Deve, altresì, escludersi, l'eventuale preoccupazione che le conclusioni maturate dalla Suprema Corte si risolvano in un trattamento dei crediti ordinari più favorevole di quello "speciale" riservato ai crediti di lavoro dall'art. 429, comma 3, c.p.c., dal momento che il cumulo di rivalutazione ed interessi da effettuarsi per tali crediti è, invero, costantemente superiore al tasso del rendimento medio (anche lordo) dei titoli di Stato di durata non superiore all'anno.

7. — *Spunti per alcune considerazioni critiche sul revirement della Cassazione*

Il nuovo intervento della Cassazione appare condivisibile nello spirito, segnatamente nell'obiettivo generale di semplificazione del sistema attraverso soluzioni che tendano a tutelare effettivamente il creditore pecuniario, contrastando l'inappagante funzionalità della giustizia civile e i lunghi tempi di definizione dei processi che rendono inattuato il principio costituzionale del giusto processo e risultano fra le ragioni di uno sviluppo economico inferiore a quello possibile, comportando un abbassamento della propensione agli investimenti e l'incertezza nella riscossione di crediti, anche se incontestati, liquidi e prontamente esigibili (31).

(31) Queste ragioni giustificano il giudizio complessivamente positivo espresso da R. PARDOLISI, *Debiti di valuta, "danno da svalutazione" (e il "disgorgement" che non t'aspetti)*, cit., secondo cui "l'odierna pronunzia mostra un rimarchevole grado di consapevolezza funzionale. Mira risolutamente ad un obiettivo - declinato in termini di praticabilità giudiziaria - di dissuasione dei comportamenti opportunistici. E lo sortisce (sia pure con qualche sbavatura)".

La pronuncia in esame appare, altresì, apprezzabile nella misura in cui persegue il superamento di qualsiasi forma di ingiustificato *favor* per il creditore-imprenditore nell'articolazione dell'onere probatorio: anzi l'omogeneizzazione del sistema probatorio per ogni categoria creditoria sembra proprio animata dall'intento di evitare discriminazioni ai danni del modesto consumatore, scongiurando forme di disparità di trattamento.

Essa, tuttavia, solleva delle perplessità sia nel merito delle soluzioni proposte che nell'approccio metodologico alla questione, che appare, invero, segnato dal perseguimento di istanze di politica legislativa che travalicano i limiti delle ordinarie competenze giudiziali (32).

Il ricorso a parametri di riferimento fissi ed omogenei nel risarcimento del maggior danno da svalutazione era già emerso a diverso titolo nelle applicazioni della giurisprudenza di merito (33) e nelle opinioni della dottrina (34), che ha sovente proposto di compensare il danneggiato con una somma pari alla differenza tra il tasso medio degli interessi praticato sul mercato (ovvero il tasso di sconto fissato dalla banca centrale), ed il tasso d'interessi legali.

Soluzioni basate sul mero riferimento ad indici ISTAT "o ad altri parametri oggettivi più o meno arbitrariamente ritenuti validi per la generalità e perciò assunti a prova presuntiva dell'*an* e del *quantum* del danno indiscriminatamente per tutti i creditori" erano state, tuttavia, recisamente respinte dalle SS. UU. nel 1986, secondo cui, in particolare, un criterio basato sulla differenza tra il tasso legale e il tasso di mercato del costo del denaro ovvero tra interessi legali e tasso di sconto praticato dalla Banca centrale, pur facendo salvo il principio nominalistico giacché non comportanti una rivalutazione automatica, facevano sì che si venisse ad elevare, in pratica, il tasso legale degli interessi moratori per modo che non si realizzava un'operazione esegetica, ma normativa.

Giusta l'opinione per cui nell'interpretazione dell'art. 1224 si debba tener conto delle variazioni del saggio d'interesse legale determinate dal legislatore ai sensi del-

(32) N. RIZZO, *Il danno nelle obbligazioni pecuniarie...*, cit., p. 890, osserva come, in modo più o meno scoperto, la giurisprudenza degli ultimi trent'anni sul danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie abbia esercitato una funzione schiettamente normativa che ha, di fatto, modificato la norma di cui al 1° comma dell'art. 1224 c.c. con la sostituzione al tasso degli interessi legali, fissato dall'art. 1284 c.c., prima del tasso di inflazione, poi di vari tipi di tassi a seconda della categoria del creditore ed ora del tasso di rendimento dei titoli di Stato, che rappresenta, invece, uno solo dei parametri cui è ancorata, in base all'art. 1284, comma 1, c.c., la determinazione del saggio degli interessi legali.

(33) Cfr., *ex multis*, Trib. Sala Consilina, 29 agosto 1979, in *Dir. giur.*, con nota di E. QUADRI, che, ritenendo poco confacenti alle esigenze del commercio i criteri casistici indicati nelle sentenze del 1979 dalle SS.UU., attesa l'eccessiva discrezionalità concessa al singolo giudice, propone l'utilizzazione di due soli parametri (tasso ufficiale di sconto e interesse corrisposto sui buoni postali fruttiferi) cui, a seconda dei casi, commisurare in via preventiva l'ammontare del risarcimento. Sulla prassi applicativa seguita dai Tribunali nella liquidazione del danno da svalutazione monetaria v. P. PAJARDI, *La rivalutazione monetaria nei tribunali italiani. Statistiche*, in *Giur. it.*, 1984, IV, p. 321.

(34) B. INZITARI, *La moneta*, cit., pp. 245 ss.; G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria od interessi di mercato?*, cit., p. 122, e in *Scritti giuridici scelti*, Varese, 2005, p. 145; R. PARDOLES, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*, in *Foro it.*, I, cc. 2622 ss. Sul tema v. anche P. DE MARTINIS, *op. cit.*, p. 384, il quale, allo scopo di conseguire una valutazione quanto più possibile oggettiva ed automatica del danno, richiama l'opportunità di seguire indici di carattere pubblico e di immediato riscontro come Euribor che indica sostanzialmente il costo del denaro a livello europeo, maggiorato dello *spread* normalmente praticato dalle banche per operazioni a breve in un determinato periodo.

l'art. 1284 c.c., sembra, tuttavia, discutibile che il parametro assunto dalla Cassazione sia dotato di un'oggettività tale da assumere la forza di presunzione *iuris tantum* di danno per tutti i creditori pecuniari.

Il riferimento a parametri legati all'andamento dell'inflazione e al rendimento dei titoli di Stato, ancorchè corroborato dalla mobilità del meccanismo di determinazione degli interessi sancito dalla previsione dell'art. 1284 c.c. e dalla giusta considerazione per cui il rendimento dei titoli di Stato rappresenta un indice significativo ai fini dell'apprezzamento della normale redditività del denaro, appare, nell'attuale momento storico, quanto mai incerto tenuto conto dell'accentuarsi della spirale inflazionistica, dell'instabilità valutaria e della possibilità, data dalla globalizzazione, dalla repentina variabilità della congiuntura economica e dalla facile propagazione delle crisi registrate sul mercato monetario e finanziario da un Paese all'altro.

La stessa Corte, nella propria indagine empirica, sembra contraddirsi sul punto, in quanto, nel sancire la regola generale, è costretta in più di una circostanza a formulare una serie di eccezioni sia al dato della prevalenza del tasso d'interesse rispetto al livello d'inflazione (riferita al 2000 e al 2008), sia alla costante superiorità del rendimento dei titoli di Stato rispetto al saggio d'interesse legale (nell'anno 1994), che minano l'attendibilità e oggettività dei parametri individuati (35).

Ma quello che lascia più perplessi è come la Corte, pur ammettendo l'imponderabilità e la soggettività delle modalità d'investimento del denaro, finisca poi con l'assumere come "prudente e probabile l'investimento in titoli di Stato", pur in presenza di una situazione economica in cui cresce il livello d'indebitamento generale e diminuisce significativamente l'entità del risparmio da devolvere a pur sicure forme d'investimento come quelle rappresentate dai titoli del debito pubblico.

La pronuncia in commento finisce, così, col sostituire il sistema delle categorie personalizzate con un unico meccanismo automatico di risarcimento per l'intera categoria del creditore pecuniario, costruendo un modello generale e unitario di creditore che non considera affatto la diversificazione nell'impiego del denaro e che rievoca la prospettiva del danno minimo - già affiorata nella sentenza n. 5670/1978, laddove cercava di considerare la svalutazione un danno in senso giuridico risarcibile secondo gli indici ISTAT come danno emergente per tutti i creditori (36) - con il rischio di favorire il diffondersi di una pedissequa applicazione pratica di siffatto criterio da parte dei giudici di merito (37).

(35) Per una critica al parametro finanziario rappresentato dal rendimento dei titoli di Stato con scadenza annuale individuato nella pronuncia in esame cfr. S.M. SEPE, *op. cit.*, cc. 2796 ss., secondo cui il maggior danno da svalutazione monetaria andrebbe ricostruito secondo criteri finanziari più coerenti ad un possibile (e credibile) contratto d'investimento ipotetico. L'a. ritiene d'individuare una "regola aurea" di risarcimento del maggior danno presuntivamente corrispondente alla differenza tra il rendimento dei depositi vincolati di cui all'art. 1834 c.c. con *rating* AA e scadenza simile al tempo dell'inadempimento e il tasso legale: questo parametro, per l'a., "non è altro che un modo tecnico per esprimere il costo del denaro per il periodo d'indisponibilità (inadempimento)".

(36) Il ritorno alla logica della sentenza n. 5670 del 1978 è fortemente evidenziato da N. RIZZO, *op. ult. cit.*, p. 887. Per una valutazione della portata della sentenza del 1978 v. B. INZITARI, *Inflationsschaden beim Verzug mit Geldschulden in der italienischen Rechtssprechung*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, RIW/AWD, 1979, pp. 447 ss.

(37) P. PIRRUCCIO, *op. cit.*, p. 60, segnala, altresì, come a subire gli effetti della pronuncia in esame potrebbero essere *in primis* lo Stato e gli enti pubblici, frequentemente in ritardo nell'adempimento dei debiti pecuniari, sia nel campo dei crediti previdenziali che dei rimborsi fiscali.

L'intervento della Suprema Corte scongiura bensì l'automatismo del meccanismo risarcitorio insito nel ricorso ad un parametro fisso, consentendo a ciascuna delle parti di fornire una prova contraria, ma, anche sotto questo profilo, desta delle perplessità sotto il profilo della ragionevolezza della distribuzione individuale dell'onere della prova del danno che, partendo dalla presunzione automatica di danno sopra descritta, viene addossato, rispettivamente, al debitore e al creditore.

Sembra assumere, infatti, i connotati della *probatio* diabolica la prova contraria imposta al debitore per vincere la presunzione di danno automatico, come ammette la stessa Corte, riferendosi alle "difficoltà connesse alla raffigurabilità di un ipotetico ed economicamente inefficiente comportamento altrui".

Si richiede al debitore di dare prova di fatti attinenti alla sfera della controparte quali, ad esempio, la dedizione del creditore al deposito del denaro in conto corrente - la cui remuneratività, nota la Corte, è notoriamente assai bassa - o la infruttuosità degli investimenti effettuati dal creditore nel periodo: tutti eventi che esulano dalla sfera di controllo del debitore e dallo sforzo di diligenza da lui esigibile nell'assolvimento dell'onere della prova, in contrasto con il c.d. principio di vicinanza alla prova sancito dalle stesse SS.UU. nel 2001 (38), alla stregua del quale l'onere della prova dell'inadempimento va ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione.

Inutile dire come, a dispetto della mobilità del parametro individuato, tanto più si renda gravosa la prova contraria consentita al debitore, tanto più si rischia di rendere automatica la liquidazione del danno, rendendo il meccanismo individuato una presunzione *iuris et de iure*.

Maggiormente rigoroso e più aderente alla concreta realtà aziendale appare l'onere della prova incombente sul creditore che vanti un pregiudizio non coperto dalla differenza tra il rendimento dei titoli di stato e l'interesse legale, in quanto il creditore potrà allegare apposita documentazione bancaria comprovante il ricorso, durante la

(38) Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, cc. 769 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; e in *Giust. civ.*, 2000, pp. 173 ss., con nota di A. SEGRETO, *La ripartizione dell'onere della prova in tema di risoluzione per inadempimento*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, pp. 355 ss., con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*; e in *Corr. giur.*, 2001, pp. 1569 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento ed onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; e in *Contratti*, 2000, pp. 550 ss., con nota di U. CARNEVALI, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*; e in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 707 ss., con nota di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*; e in *Contr. impr.*, 2002, pp. 903 ss., con nota di G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*; e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 323 ss., con nota di I. RIVA, *Le Sezioni Unite in materia di prova dell'inadempimento*; e in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 165 ss., con nota di M. MAGGIOLO, *Inadempimento e oneri probatori*. Il principio ha trovato applicazione sia nell'ambito della responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale in due recenti pronunce delle SS.UU. (Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 577 e 582): sui risvolti di queste pronunce e, in generale, sul fondamento sostanziale e processuale del principio di vicinanza alla prova e sui rapporti con la norma generale di cui all'art. 2697 c.c. cfr. M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, pp. 697 ss.

mora del debitore, al credito bancario o ad altre forme di approvvigionamento di liquidità, con la dimostrazione dei relativi costi, sempre che, in relazione alle dimensioni dell'impresa ed all'entità del credito, sia effettivamente presumibile che il ricorso al credito esterno sia stato conseguenza dell'inadempimento ovvero che l'adempimento tempestivo avrebbe comportato la destinazione della somma alla parziale estinzione del debito assunto verso il finanziatore: diversamente opinando, secondo la Suprema Corte, si incoraggerebbe il ricorso strumentale al credito bancario in funzione probatoria dell'entità del danno nel successivo giudizio di adempimento e risarcimento.

Più gravosa appare la prova del lucro cessante: laddove, infatti, sia domandato un risarcimento del danno correlato all'utilità marginale netta dell'impresa durante la mora sarà necessario che il creditore imprenditore produca il bilancio contenente il conto economico (se tenuto a redigerlo) ovvero altre idonee scritture contabili; sempre che, in relazione all'importo dovutogli e con riguardo al tipo ed al rilievo economico dell'attività stessa, sia effettivamente presumibile che la somma di cui era creditore sarebbe stata impiegata nell'impresa con il medesimo risultato utile.

8. — Conclusioni

Con la sentenza in commento le SS. UU. toccano, dunque, un nodo fondamentale del sistema di risarcimento del danno da inadempimento, inducendo a chiedersi se e fino a che punto sia giustificabile un sacrificio al rigore e, quindi, una certa approssimazione della determinazione del danno in nome di formule risarcitorie più agili e immediate, giustificate dall'esigenza di evitare uno iato tra la ricostruzione giuridica e la realtà sociale ed economica e fornire una risposta sicura ai creditori pecuniari di fronte al cronico ritardo nel pagamento delle somme dovute.

L'intervento della Suprema Corte non sembra, però, in grado di assolvere alla funzione di calibrare il risarcimento al danno effettivamente subito e di realizzare un adeguato temperamento dei confliggenti interessi che emergono nella questione, alimentando il rischio di favorire, ancora più di quanto non abbia fatto il sistema delle categorie, l'appiattimento e l'omogeneizzazione dei meccanismi di liquidazione del danno, accrescendone in modo significativo il livello di approssimazione a fronte della diversità delle concrete situazioni creditorie.

Nell'intervento della Corte è rinvenibile, tuttavia, un elemento che potrebbe aiutare ad un corretto approccio al tema del regime probatorio del maggior danno *ex art.* 1224, comma 2, c.c., rappresentato dalla piena valorizzazione del potere valutativo del giudice di cui all'art. 1226 c.c., che appare ben presente nelle riflessioni della Suprema Corte laddove ricorda come la norma sia ormai costantemente interpretata nel senso che alla valutazione equitativa nella liquidazione del danno è possibile ricorrere non solo quando il danno, purchè provato, non possa essere quantificato nel suo preciso ammontare, ma anche quando quella prova si presenti, per l'una o per l'altra parte, particolarmente complessa o costosa, anche in riferimento al livello degli interessi dedotti in giudizio, oppure quando sia destinata ad offrire risultati di assai scarsa attendibilità.

In assenza di meccanismi di tutela speciale e differenziata del credito pecuniario fissati dal legislatore, il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento di

un'obbligazione pecuniaria deve, pertanto, essere ispirato al principio generale della ricostruzione del danno effettivamente patito dal creditore, tenendo debitamente conto dell'inesigibilità della prova di taluni fatti da parte degli interessati e che un qualsiasi processo di liquidazione del danno non può non rispecchiare una valutazione necessariamente soggettiva sia perché rimessa alla valutazione del singolo giudice in base al contesto probatorio fornito dalle parti, sia perché all'identità del contesto economico e dei potenziali fattori di pregiudizio non corrisponde necessariamente la medesima ricaduta economica sul creditore.

Il giudice, pertanto, non può non partire da un giudizio individualizzante sul danno patrimoniale patito dal singolo creditore nel caso concreto in virtù degli elementi relativi alla propria situazione economica messi a disposizione del giudice di merito da parte del creditore: solo laddove la prova di taluni elementi risulti impossibile o eccessivamente onerosa per il creditore, il giudice, avvalendosi dei poteri che gli attribuisce l'art. 1226 c.c., potrà esprimere la propria valutazione definitiva, giudicando fino a che punto, in virtù di un giudizio probabilistico ispirato a criteri di razionalità e consequenzialità logica, sia lecito inferire dai dati noti elementi probatori che risultano non adeguatamente provati.

Nella sua opera ricostruttiva il giudice ben potrà avvalersi, pertanto, di *praesumptiones iuris* connotate da un adeguato grado di attendibilità: lo stesso principio della vicinanza alla prova dianzi richiamato e, in generale, un riparto dell'onere probatorio ispirato a criteri di ragionevolezza e buona fede impongono al giudice di supplire alla carenza probatoria tramite elementi indiziari e presuntivi utili alla quantificazione del danno.

Le presunzioni potranno essere basate su qualità personali e professionali del creditore e, in genere, sulle caratteristiche socio-economiche di entrambe le parti o, ancora, sull'andamento del ciclo economico in termini di propensione al consumo e all'investimento o di livello generale dell'inflazione: esse saranno utilizzabili purchè non comportino la supplenza dell'intervento giudiziale all'onere della prova rimesso alle parti e non conducano a forme di automatismo risarcitorio riferite ad un modello medio di creditore, ma risultino coerenti con la vicenda e le caratteristiche del creditore concretamente sottoposte alla valutazione giudiziale e rendano, così, credibile e razionale sul piano operativo l'applicazione pretoria.

Ottavio Caleo

Dottore di ricerca e Assegnista in Diritto privato

I

Contributi Assicurativi - Riscossione - Proposizione di giudizio di merito sulla fondatezza della pretesa contributiva previdenziale - Instaurazione di successivo e separato giudizio di opposizione *ex art. 24, comma 5, D. Lgs. 26.02.1999 n. 46* relativamente alla stessa pretesa contributiva - Necessità - Esclusione - Fondamento.

Corte Di Cassazione, Sez. Lavoro - 16.06.2008, n. 16203 - Pres. Mattone - Rel. Monaci - P.M. Matera (Diff.) - INPS (Avv.ti Sgroi, Correra, Coretti) - F.L.C.A. (Avv.ti Verini Supplizi, D'Adderio).

*Una volta che sia stata introdotta, e sia in corso, una causa di merito sulla fondatezza della pretesa contributiva previdenziale, non occorre che il contribuente instauri un secondo separato giudizio relativo anch'esso al merito sostanziale della pretesa dell'ente previdenziale, come è il giudizio di opposizione contro l'iscrizione a ruolo ai sensi dell'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 46 del 1999. Infatti, la mancata proposizione dell'opposizione *ex art. 24* citato integra soltanto una preclusione di carattere processuale, come tale irrilevante rispetto a questioni di merito già validamente proposte in giudizio, sicché essa non può, in ogni caso, incidere sulla validità e sull'efficacia di una sentenza di accertamento negativo della pretesa contributiva previdenziale pronunciata in accoglimento della domanda del contribuente proposta prima di detta opposizione.*

II

Contributi Assicurativi - Riscossione - Proposizione di giudizio di merito sulla fondatezza della pretesa contributiva previdenziale - Instaurazione di successivo e separato giudizio di opposizione *ex art. 24, comma 5, D. Lgs. 26.02.1999 n. 46* relativamente alla stessa pretesa contributiva - Estinzione del processo di opposizione - Preclusione del riesame dell'obbligazione contributiva nel giudizio di merito - Sussistenza.

Corte Di Cassazione, Sez. Lavoro - 01.07.2008, n. 17978 - Pres. Sciarelli - Rel. Bandini - P.M. Apice (Diff.) - E.S. Cooperativa Multiservices a r.l. (Avv.ti Trioni, Botta) - INPS (Avv.ti Sgroi, Correra, Coretti).

In tema di riscossione mediante iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, il termine per proporre opposizione alla pretesa contributiva, fissato dall'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999 in quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento onde consentire l'instaurazione di un vero e proprio processo di cognizione per l'accertamento della fondatezza della pretesa dell'ente, deve ritenersi perentorio, perché diretto a rendere non più contestabile il credito contributivo, in caso di omessa tempestiva impugnazione, ed a consentirne una rapida riscossione. Ne deriva che l'estinzione del giudizio di opposizione alla cartella esattoriale determina l'incontestabilità della pretesa contributiva e ne preclude il riesame del merito in un diverso giudizio.

I

FATTO — Con ricorso depositato il 27 novembre 2002 avanti al Tribunale di Ancona, la signora F.L.C.A., premesso che con verbale di accertamento INPS del 28 dicembre 2001 le erano state contestate violazioni, contributive in relazione alla posizione di due pretese lavoratrici subordinate (T.K., per il periodo settembre 1997 - febbraio 2001, e B.R., per il periodo dal 11 luglio 2001 fino all'accertamento) e sostenendo che, invece, il rapporto con le due lavoratrici era stato, conformemente alle pattuizioni contrattuali intervenute tra le parti, rispettivamente di associazione in partecipazione con la prima e di collaborazione coordinata e continuativa con la seconda, chiedeva l'accertamento dell'inesistenza, per entrambe le posizioni, di rapporti di lavoro subordinato, con conseguente declaratoria di annullamento dei provvedimenti impugnati e degli atti ad essi correlati e connessi.

Costituitosi il contraddittorio, ed istruita la causa, il giudice di primo grado accoglieva la domanda e dichiarava che i rapporti di lavoro intercorsi tra la ricorrente e T.K. e B. R. non avevano natura subordinata, con condanna dell'INPS alla rifusione delle spese di lite.

Con sentenza n. 341/05, in data 24 giugno/29 agosto 2005, la Corte d'Appello di Ancona respingeva l'appello dell'Istituto assicuratore e confermava la pronunzia di primo grado.

La sentenza riteneva che mancasse la prova che la signora T. e la signora B. fossero lavoratrici subordinate, e non associata in partecipazione la prima e legata da un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa con l'azienda la seconda.

Avverso la sentenza d'appello, notificata a mezzo del servizio postale con plico inviato il 3 ottobre 2005, l'INPS ha proposto ricorso per cassazione, con un motivo, notificato a mezzo del servizio postale con plico inviato, in termine, 2 dicembre 2005, e pervenuto a destinazione il 9 dicembre successivo.

L'intimata signora F.L. ha depositato procura speciale rilasciata ai difensori, ed autenticata da notaio.

DIRITTO — 1. Nell'unico motivo di impugnazione l'Istituto assicuratore denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 2909 c.c. dell'art. 437 c.p.c., dell'art. 24 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, ed il vizio di motivazione.

Precisa in fatto:

- che il 28 dicembre 2001 aveva contestato alla signora F. L. l'esistenza dei due rapporti di lavoro subordinato;
- che successivamente, il 31 ottobre 2002, aveva provveduto ad iscrivere a ruolo il credito contributivo e le sanzioni civili;
- che il successivo 27 novembre 2002 la signora F. aveva depositato nella cancelleria del giudice di primo grado il ricorso con cui chiedeva l'accertamento dell'inesistenza dei rapporti di lavoro contestati;
- che la società concessionaria della riscossione aveva notificato alla signora F., il 13 gennaio 2003, la cartella esattoriale attinente al credito iscritto a ruolo;
- che la contribuente aveva ommesso di interporre ricorso avverso la cartella esattoriale nel termine previsto di quaranta giorni;

- che l'INPS aveva eccepito tempestivamente, sia in primo grado che in appello, l'inammissibilità della domanda avversaria perchè proposta successivamente alla iscrizione a ruolo del credito.

In primo grado aveva specificato che l'unica azione esperibile era quella di cui all'art. 24 del decreto legislativo n. 46/99; aveva anche aggiunto che, dato che non risultava che avesse presentato opposizione contro di essa, la cartella era divenuta irrevocabile.

La sentenza di appello aveva motivato sul punto:

- che il termine per proporre l'opposizione contro la cartella decorreva dalla notificazione di essa;
- che prima di allora la contribuente non avrebbe potuto esperire l'opposizione ai sensi dell'art. 24, ed aveva invece la possibilità di impugnare l'accertamento;
- che peraltro l'Istituto aveva eccepito soltanto in appello la mancata proposizione dell'opposizione;
- che questa eccezione implicava un diverso accertamento di fatto, ed un conseguente ampliamento della materia del contendere, e, di conseguenza era inammissibile, essendo stata proposta soltanto nel giudizio di secondo grado.

L'Istituto riconosce che il presunto debitore del contributo previdenziale, contestatogli in sede di verbale di accertamento, poteva, anche in mancanza di notificazione della cartella esattoriale, incardinare, nel periodo intercorrente tra l'iscrizione a ruolo e la notificazione, un giudizio diretto al disconoscimento del credito previdenziale.

Contesta, invece, l'ulteriore affermazione secondo cui, anche in mancanza di una rituale opposizione, il contribuente previdenziale poteva coltivare il giudizio ordinario di cognizione.

Nè quella proposta in grado di appello costituiva un'eccezione nuova.

A questo proposito l'Istituto argomenta anche che il termine previsto dalla norma speciale aveva carattere perentorio, e che in mancanza di tempestiva opposizione la cartella diveniva definitiva.

Secondo il ricorrente si verificava un fenomeno assimilabile ad un giudicato esterno, come tale anch'esso rilevabile d'ufficio in ogni grado e fase del procedimento.

Sempre secondo il ricorrente la domanda di accertamento negativo, antecedente alla notificazione della cartella esattoriale, non rendeva nulla la cartella stessa, ed il destinatario doveva interporre tempestivamente opposizione contro di essa; in mancanza di opposizione la cartella diveniva irrevocabile, e l'ente previdenziale poteva legittimamente opporre tale immodificabilità nel giudizio pendente di accertamento negativo.

2. Il ricorso non è fondato.

La critica dell'Istituto assicuratore si basa sul quinto comma dell'art. 24 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46.

Il comma va letto all'interno dell'intero art. 24, e, più ampiamente, del sistema della riscossione tramite ruolo.

La disciplina di questo istituto - utilizzato tradizionalmente per la riscossione delle entrate tributarie dello Stato - è stato riordinato appunto dal decreto n. 46 del 1999, che contiene perciò essenzialmente una normativa tributaria.

Nell'ambito del decreto, però, il sistema di riscossione mediante ruoli - ritenuto

più efficiente - è stato esteso anche alla riscossione dei contributi o premi non versati nei termini, unitamente alle sanzioni ed alle somme aggiuntive.

La materia è regolata appunto dall'art. 24 secondo il quale,

"1. I contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge o dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici sono iscritti a ruolo, unitamente alle sanzioni ed alle somme aggiuntive calcolate fino alla data di consegna del ruolo al concessionario, al netto dei pagamenti effettuati spontaneamente dal debitore.

2. L'ente ha facoltà di richiedere il pagamento mediante avviso bonario al debitore. L'iscrizione a ruolo non è eseguita, in tutto o in parte, se il debitore provvede a pagare le somme dovute entro trenta giorni dalla data di ricezione del predetto avviso. Se, a seguito della ricezione di tale avviso, il contribuente presenta domanda di rateazione, questa viene definita secondo la normativa in vigore e si procede all'iscrizione a ruolo delle rate dovute. Fatto salvo quanto previsto dall'art. 25, l'iscrizione a ruolo è eseguita nei sei mesi successivi alla data prevista per il versamento.

3. Se l'accertamento effettuato dall'ufficio è impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice.

4. In caso di gravame amministrativo contro l'accertamento effettuato dall'ufficio, l'iscrizione a ruolo è eseguita dopo la decisione del competente organo amministrativo e comunque entro i termini di decadenza previsti dall'art. 25.

5. Contro l'iscrizione a ruolo il contribuente può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento. Il ricorso va notificato all'ente impositore.

6. Il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dall'art. 442 e seguenti del codice di procedura civile. Nel corso del giudizio di primo grado il giudice del lavoro può sospendere l'esecuzione del ruolo per gravi motivi.

7. Il ricorrente deve notificare il provvedimento di sospensione al concessionario.

8. Resta salvo quanto previsto dal decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 462".

Va rilevato, per completezza, che si riferiscono in via esclusiva ai crediti contributivi anche il successivo art. 25, che disciplina i termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo dei crediti degli enti previdenziali, e l'art. 27 sugli accessori dei crediti previdenziali.

Altre norme, invece, pur se di carattere più generale, sono sicuramente applicabili anche ai crediti previdenziali, e, in particolare, per quanto può interessare in questa sede, l'art. 26 sulla rateazione delle entrate diverse dalle imposte sui redditi, l'art. 28 sulla sospensione amministrativa della riscossione, e, soprattutto, l'art. 29 sulle garanzie giurisdizionali per le entrate non devolute alle commissioni tributarie.

3. L'estensione alle entrate contributive degli enti previdenziali del sistema di contribuzione mediante ruoli si limita alle modalità di riscossione dei crediti arretrati, e non ha comportato, neppure per questo aspetto, una loro assimilazione completa alle entrate tributarie, e neanche alle entrate non tributarie dello Stato.

Ne è riprova proprio il fatto che il sistema (della riscossione mediante ruolo) abbia subito significativi adattamenti in funzione della natura specifica dei contributi previdenziali, e dell'insieme delle disposizioni che li regolano anche dal punto di vista

della tutela giurisdizionale con le conseguenti ricadute sul piano processuale.

Ciò non toglie che proprio la comparazione tra i due regimi, quello della riscossione mediante ruoli delle entrate tributarie e quello dell'analoga riscossione mediante ruoli dei premi e contributi previdenziali, possa risultare illuminante sulla problematica oggetto di causa.

Sul piano strutturale la differenza più vistosa è forse proprio la previsione, appunto al quinto comma dell'art. 24, di una forma specifica di opposizione contro l'iscrizione a ruolo dei crediti degli enti previdenziali.

Non è previsto, infatti, uno specifico istituto analogo contro le altre ipotesi di iscrizione a ruolo.

L'iscrizione a ruolo delle entrate tributarie è disciplinato dagli artt. 14 e segg. del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, in particolare le iscrizioni a ruolo a titolo definitivo (art. 14) e le iscrizioni a ruolo in base ad accertamenti non definitivi (art. 15), mentre la successiva procedura di riscossione è disciplinata dal titolo secondo (interamente sostituito dall'art. 16 dello stesso decreto legislativo n. 46 del 1999) del D.P.R. n. 602.

In sintesi, le iscrizioni a ruolo a titolo definitivo presuppongono, per definizione, un titolo ormai divenuto definitivo (o, quanto meno - come risulta dall'esame delle fattispecie indicate dall'art. 15 - un titolo non contestato e tendenzialmente definitivo), quelle in base ad accertamento non definitivo un titolo che sia ancora oggetto di contestazione.

In sostanza, quello che deve essere impugnato, ed entro termini perentori, è il titolo di merito che sta a monte, vale a dire innanzi tutto l'accertamento tributario, oppure anche l'avviso di liquidazione del tributo, oppure il provvedimento che ha irrogato le sanzioni (rispettivamente, lettere *a*), *b* e *c*) dell'art. 19 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, sul contenzioso tributario).

In realtà solo nel caso in cui non sia stato notificato prima uno di questi atti, e specificamente un accertamento, potrà essere impugnato, e sempre entro termini perentori, il ruolo e la cartella di pagamento (lettera *d*) del medesimo art. 19.

In ogni caso l'impugnazione dovrà essere effettuata entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione dell'atto impugnato (articolo 21, primo comma, dello stesso decreto n. 546).

Quello che deve essere impugnato è, dunque, l'atto a monte, ed innanzi tutto l'accertamento, né la preclusione derivante da una mancata impugnazione tempestiva di esso (o, comunque, di un atto, come l'avviso di liquidazione, precedente all'iscrizione al ruolo) può essere rimessa in discussione dalla successiva impugnazione del ruolo, anche se questa ultima, di per se stessa, sia tempestiva.

Queste analogie, in realtà, appaiono connaturate all'istituto dell'iscrizione a ruolo, e perciò valgono sostanzialmente anche per gli altri casi di riscossione mediante ruolo, previsti dall'art 17 del decreto n. 46, come le entrate tributarie degli enti locali e degli altri enti dotati di potestà impositiva, e le entrate non tributarie dello Stato e degli enti pubblici, per le quali sia prevista questa forma di riscossione.

4. Proprio perchè rispondono alla logica dell'adozione di questa forma di riscossione questi principi non possono che valere anche per le entrate di carattere contributivo degli enti previdenziali.

Anche in queste ipotesi, qualora sia stato notificato un avviso di accertamento, o

comunque, un atto prodromico alla iscrizione al ruolo, l'impugnazione dovrà essere proposta contro di esso, ed entro i termini previsti volta per volta dalla legge.

Né una successiva opposizione, pur di per se stessa tempestiva, proposta contro l'iscrizione a ruolo, potrà sanare le eventuali decadenze che si siano verificate a seguito della mancata tempestiva impugnazione dell'accertamento notificato (ovviamente, quando sia previsto un termine perentorio per impugnarlo).

D'altra parte, la tempestiva impugnazione dell'accertamento, e comunque l'impugnazione preventiva di esso anche quando non siano previsti termini specifici, introduce una controversia sul merito, che, da un punto sostanziale, si configura come opposizione di carattere preventivo rispetto ad una eventuale iscrizione a ruolo.

Per questo, una volta che sia stata già introdotta, e sia in corso, una causa di merito sulla fondatezza della pretesa contributiva, non occorre che il contribuente previdenziale instauri un secondo separato giudizio di merito (in cui il secondo giudice dovrebbe inevitabilmente dichiarare la litispendenza o, quanto meno, la continenza dei giudizi, e che potrebbe generare - se questo non viene fatto - una serie di complicazioni di carattere procedurale) relativo anch'esso al merito sostanziale della pretesa dell'ente previdenziale.

Le decadenze che si siano verificate in precedenza rendono inammissibile, o comunque infondata, una impugnazione successiva proposta per ragioni di merito, e perciò anche una opposizione al ruolo per ragioni di merito che avrebbero potuto, e dovuto, essere proposte prima, ma, allo stesso modo, le decadenze processuali che si possano verificare in un momento successivo non possono incidere sul contenzioso di merito già in atto che sia già stato ritualmente proposto, né incidere sugli effetti delle pronunzie emanate nel corso di esso. Non rileva perciò che il contribuente previdenziale non abbia proposto un nuovo contenzioso con una opposizione di merito contro l'iscrizione a ruolo.

5. Né può valere in senso contrario il principio, affermato anche dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo il quale *"in tema di iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, il termine prescritto dal quinto comma dell'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, per proporre opposizione nel merito onde accertare la fondatezza della pretesa dell'ente, deve ritenersi perentorio perchè diretto a rendere incontrovertibile il credito contributivo dell'ente previdenziale in caso di omessa tempestiva impugnazione e a consentire una rapida riscossione del credito iscritto a ruolo"* (Cass. civ., 27 febbraio 2007, n. 4506; nello stesso senso, 25 giugno 2007, n. 14692), perchè si riferisce - così come i casi esaminati dalla Corte in quelle occasioni - all'ipotesi, ben diversa, di proposizione dell'opposizione di merito oltre il termine di legge, senza che la pretesa contributiva fosse stata contestata giudizialmente in precedenza.

Il principio, invece, non può estendersi utilmente al caso in esame, nel quale, come è pacifico in causa, era già in corso un giudizio - appunto questo giudizio - nel quale il contribuente previdenziale ha contestato nel merito, già in precedenza, la fondatezza della pretesa contributiva.

In sostanza l'opposizione è stata, in certo modo, proposta già prima del termine, ed in questo modo la mancata osservanza di esso non può che risolversi in una preclusione di carattere meramente procedurale, priva di conseguenze sul piano del diritto sostanziale.

6. Va rilevato, per chiarezza, che il quinto comma dell'art. 24 del decreto n. 46 prevede genericamente l'opposizione contro l'iscrizione al ruolo.

Evidentemente le ragioni dell'opposizione possono essere molteplici, e, innanzi tutto, consistere tanto in motivi di merito che in motivi di rito.

Come si è detto, quando sia stato notificato in precedenza un atto di accertamento, e sia stato impugnato, o quando comunque il contribuente previdenziale abbia già proposto, anche in via meramente preventiva, un giudizio in cui contesti la pretesa di merito, non è necessaria una specifica opposizione, che sarebbe del tutto inutile, per riproporre le medesime questioni.

D'altra parte, le questioni strettamente procedurali, di opposizione agli atti esecutivi, non sono disciplinate dall'art. 24 ma dal successivo art. 29 del medesimo decreto: come chiarito, infatti, dalla giurisprudenza di questa Corte, *"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. n. 46 del 1999, che si riferisce, invece, all'opposizione sul merito della pretesa di riscossione. Ne consegue che l'opposizione agli atti esecutivi prima dell'inizio dell'esecuzione deve proporsi entro cinque giorni dalla notificazione del titolo esecutivo, che, ai sensi dell'art. 49 del D.P.R. n. 602 del 1973, si identifica nella cartella esattoriale"* (Cass. civ., 18 novembre 2004, n. 21863).

L'esistenza di questi due limiti non toglie, peraltro, che all'interno di essi sussista un ampio spazio intermedio per esperire utilmente l'opposizione ai sensi del quinto comma dell'art. 24: ricomprende le questioni di rito che non costituiscano opposizione agli atti esecutivi, ma opposizioni all'esecuzione, le questioni di merito sostanziale che non siano precluse da eventuali decadenze, le questioni di quantificazione e, in genere, quelle di merito che non concernano direttamente la fondatezza della pretesa contributiva.

7. Di conseguenza, la mancata proposizione dell'opposizione ai sensi dell'art. 24 non può incidere sulla validità e sull'efficacia di una sentenza di accertamento negativo sull'infondatezza della pretesa contributiva pronunciata in accoglimento della domanda del contribuente previdenziale.

In realtà, il rapporto tra il giudizio di accertamento negativo e la mancata opposizione, è esattamente il contrario di quello ipotizzato dall'Istituto assicuratore: la mancanza di opposizione integra soltanto una preclusione di carattere processuale, che, come tale, rimane irrilevante quando le questioni di merito siano già state validamente proposte, ma non comporta la costituzione di un titolo stragiudiziale, tanto meno di un titolo assimilabile ad un giudicato, e l'effetto delle sentenze emesse sul merito non può non ripercuotersi sulla validità degli atti di esecuzione che eventualmente vengano posti in essere nel frattempo sulla base dei ruoli, anche quando non sia stata disposta la sospensione dell'efficacia del ruolo stesso.

8. Nel caso di specie, secondo quanto risulta dalla narrativa della sentenza impugnata, il ricorso introduttivo di primo grado è stato proposto il 27 novembre 2002, successivamente all'iscrizione a ruolo del credito, avvenuta il 31 ottobre 2002, ma prima della notificazione della cartella esattoriale avvenuta, invece, il 13 gennaio 2003 (p. 5 della motivazione).

La sentenza, per la verità, non specifica se la ricorrente signora F.L. abbia anche chiesto anche la sospensione della procedura di riscossione, anche se la circostanza appare verosimile in relazione alle circostanze.

È certo, invece, che questa sospensione del ruolo non è stata disposta.

Il terzo comma dell'art. 24, già citato, dispone che *"se l'accertamento effettuato dall'ufficio è impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice"*.

Una volta che l'accertamento dell'ufficio fosse stato impugnato in sede giudiziaria, l'Istituto assicuratore non poteva più procedere autonomamente all'iscrizione a ruolo delle somme pretese.

È vero che nel caso specifico questo non si è verificato, perchè l'impugnazione dell'accertamento si è collocata temporalmente nel tempo tecnico intercorso tra l'iscrizione a ruolo effettuata dall'ufficio e la notificazione della cartella al contribuente (che - come riconosce l'Istituto ricorrente - è stata effettuata materialmente da una società terza concessionaria della riscossione).

Questa notificazione costituisce, peraltro, il primo momento il cui il contribuente ha notizia dell'iscrizione a ruolo e dell'avvio della procedura esecutiva.

Se dunque l'iscrizione a ruolo era legittima nel momento in cui è stata effettuata, una volta che l'accertamento di merito era stato impugnato giudizialmente, l'Istituto assicuratore, se non avesse ritenuto di sospendere prudenzialmente la procedura esecutiva (fino a quando la propria pretesa non avesse trovato una conferma in sede giudiziale), non poteva non subire le conseguenze del processo instaurato dal preteso contribuente, e delle pronunzie che sarebbero state emanate nel corso di esso.

9. In conclusione, dunque, il ricorso è infondato, e deve essere rigettato.

La Corte non deve adottare deliberazioni sulle spese perchè l'intimata signora F.L. in questa fase ha depositato la procura notarile rilasciata al difensore, ma non ha svolto alcuna attività difensiva, né in forma orale, né in forma scritta.

(*Omissis*)

II

FATTO — Con sentenza del 5.3.2003 il Tribunale di Como, per quel che ancora qui specificamente rileva, rigettò la domanda, proposta dalla E.S.C.M. a r.l. (qui di seguito, per brevità, anche Cooperativa) nei confronti dell'INPS, avente ad oggetto l'accertamento della insussistenza dell'obbligo assicurativo in relazione ai soggetti indicati nel verbale di accertamento dell'Istituto in data 14.6.2001.

Proposto appello dalla Cooperativa e sulla resistenza dell'INPS (che eccepì l'efficacia preclusiva del giudicato sulla esistenza dell'obbligo de quo, a seguito della estinzione del giudizio di opposizione alla cartella esattoriale portante i contributi previdenziali omessi e le somme aggiuntive aventi origine dal medesimo verbale ispettivo di cui al presente giudizio, con conseguente irreversibile definitività della cartella esattoriale avente ad oggetto la pretesa contributiva di che trattasi), la Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 17.2.2005, rigettò il gravame.

A sostegno del *decisum* la Corte territoriale ritenne quanto segue:

- nella pendenza del presente giudizio la Cooperativa aveva proposto opposizione alla cartella esattoriale inerente ai contributi previdenziali omessi e alle relative somme aggiuntive accertati nel medesimo verbale ispettivo per cui è causa;

- il relativo giudizio, sospeso su concorde richiesta delle parti, non era stato riassunto prima della scadenza del termine di sospensione (ex art. 297, comma 2, c.p.c.) e ciò aveva implicato l'estinzione del giudizio stesso;

- conseguentemente la cartella opposta era divenuta definitiva, con l'ulteriore conseguente formazione del giudicato sostanziale su pacifico presupposto della medesima, vale a dire sull'esistenza dell'obbligo contributivo dell'appellante, come assunto dall'INPS;

- non rilevava il fatto che, prima del formarsi della definitività della cartella, fosse stato introdotto dalla Cooperativa il presente giudizio di accertamento, non essendo tale introduzione idonea ad eliminare dalla realtà giuridica la cartella esattoriale e i suoi effetti, divenuti definitivi per le ragioni sopra indicate.

Avverso l'anzidetta sentenza della Corte territoriale, la E.S.C.M. a r.l. ha proposto ricorso per cassazione, fondato su due motivi.

L'INPS ha resistito con controricorso.

DIRITTO — 1.1 Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lvo n. 46/99, dell'art. 324 c.p.c., dell'art. 2909 c.c., degli artt. 112, 153, 295, 296, 307 e 310 c.p.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c.

Sostiene al riguardo la ricorrente che erroneamente la Corte territoriale aveva fornito efficacia definitiva alla cartella esattoriale, sul presupposto della mancata riassunzione da parte della Cooperativa del relativo giudizio avanti il Tribunale di Como, affermando altresì che non aveva alcun rilievo il fatto che, prima del formarsi della definitività della cartella, fosse stato introdotto il presente giudizio di accertamento; infatti, traendo origine la cartella esattoriale dal medesimo verbale ispettivo per cui è causa e costituendo la fase conclusiva di un procedimento regolamentato che proprio in tale verbale ispettivo trovava la sua origine, il Giudice avrebbe avuto l'obbligo di sospendere il giudizio di opposizione a detta cartella ex art. 295 c.p.c. (dovendo altro Giudice risolvere una controversia dalla cui definizione dipendeva la decisione della causa) e l'accoglimento in sede di appello delle domande proposte dalla Cooperativa avrebbe comportato automaticamente la perdita di ogni effetto giuridico della cartella esattoriale, siccome fondata espressamente sul verbale ispettivo; pertanto la Corte d'Appello, con un vizio logico, aveva invertito la questione, conferendo alla cartella esattoriale un ruolo primario e relegando al verbale ispettivo un valore di semplice atto preliminare, cosicché la mancata riassunzione del giudizio di opposizione alla cartella esattoriale veniva a ripercuotersi, incomprensibilmente, sul giudizio di accertamento promosso in epoca addirittura anteriore alla notifica della cartella stessa; viceversa, soltanto con il passaggio in giudicato e la conclusione delle possibili impugnazioni nel procedimento di accertamento negativo promosso dalla ricorrente, si sarebbe potuto ritenere irreversibilmente accertato e definitivo il credito preteso dall'INPS.

Doveva inoltre rilevarsi che:

- l'art. 310 c.p.c. stabilisce che *"l'estinzione del processo non estingue l'azione"*, con la conseguenza non soltanto che il diritto sostanziale che costituiva oggetto del processo estinto rimaneva integro, ma anche che l'azione per far valere il diritto poteva essere riproposta con l'introduzione di un altro processo, nel quale, peraltro, non sarebbero state operanti le preclusioni maturate nel precedente;

- ai sensi dell'art. 24, comma 3, D.Lvo n. 46/1999, l'INPS non doveva neppure procedere all'iscrizione a ruolo delle somme indicate nella cartella esattoriale, essendo già pendente il giudizio promosso dalla Cooperativa per l'accertamento negativo della pretesa contributiva contenuta nel verbale ispettivo *de quo*;

- il ruolo esattoriale va considerato solo un atto prodromico alla riscossione coattiva, privo di qualsiasi effetto sull'accertamento della sussistenza del credito contributivo, con conseguente possibilità per il contribuente di contestare in qualunque momento la pretesa dell'Ente previdenziale, anche dopo il decorso del termine di 40 giorni per l'opposizione al ruolo stabilito dall'art. 24 D.Lvo n. 46/99, termine da ritenersi peraltro non perentorio, in difetto di una esplicita dichiarazione in tal senso.

1.2 Con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2 rd n. 1422/24 e della legge n. 142/01, nonché omessa, contraddittoria e insufficiente motivazione della sentenza di primo grado, contestando la legittimità della pretesa contributiva dell'INPS.

2.1 Deve anzitutto osservarsi che il rilievo della ricorrente secondo cui il Giudice dell'opposizione alla cartella esattoriale avrebbe dovuto sospendere il giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c. è inconducibile, stante il già intervenuto accertamento da parte della Corte territoriale in ordine ai (diversi) fatti processuali verificatisi, nel senso cioè che la sospensione era stata disposta su richiesta concorde delle parti (dunque ai sensi dell'art. 296 c.p.c.) e che il giudizio non era stato riassunto nei termini di cui all'art. 297, comma 2, c.p.c..

2.2 In ordine alla natura del termine di cui all'art. 24 D.Lvo n. 46/99 e alle conseguenze della sua inosservanza, questa Corte ha già avuto modo di osservare (in forza di ragioni che il Collegio condivide) che detto termine è stato accordato dalla legge al debitore per l'opposizione nel merito della pretesa contributiva, al fine di instaurare un vero e proprio processo di cognizione per l'accertamento della fondatezza della pretesa dell'Ente; esso deve pertanto ritenersi perentorio, siccome diretto a rendere non più contestabile dal debitore il credito contributivo dell'ente previdenziale in caso di omessa tempestiva impugnazione ed a consentire così una rapida riscossione del credito medesimo; né alla natura perentoria del termine in esame osta la mancata espressa previsione della sua perentorietà, poiché, sebbene l'art. 152 c.p.c. disponga che i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, salvo che questa li dichiari espressamente perentori, non si può da tale norma dedurre che, ove manchi una esplicita dichiarazione in tal senso, debba senz'altro escludersi la perentorietà del termine, dovendo pur sempre il giudice indagare se, a prescindere dal dettato della norma, un termine, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba essere rigorosamente osservato a pena di decadenza e sia quindi perentorio (cfr. *ex plurimis*, Cass. n. 14692/2007).

La situazione che si verifica in ipotesi di mancata osservanza del termine suddetto non è quindi dissimile da quella già ritenuta dalla giurisprudenza di questa Corte in

relazione al mancato rispetto del termine previsto dall'ormai abrogato art. 2 D.L. n. 338/89, convertito in legge n. 389/89 (cfr. Cass., n. 8624/1993).

Era stato ivi ritenuto (con argomentazioni che ben si attagliano anche alla presente fattispecie), che non solamente i titoli esecutivi giudiziali sono passibili di diventare definitivi, cioè incontrovertibili con effetti analoghi al giudicato, in caso di mancata opposizione o di opposizione proposta fuori termine, poiché, tenuto conto delle leggi speciali che sono state emanate in diverse materie e con le quali il legislatore ha consentito agli organi della pubblica amministrazione di ordinare ai privati, mediante ingiunzioni, il pagamento di somme di danaro, la giurisprudenza di legittimità aveva già avuto modo di individuare i c.d. titoli paragiudiziali (cfr. *ex plurimis*, per l'utilizzo di tale terminologia, Cass., nn. 9944/1991; 10269/1991; entrambe in motivazione), per i quali, al pari di quelli giudiziali, è previsto un termine perentorio per la relativa opposizione davanti al giudice ordinario; con la conseguenza che tali titoli diventano definitivi in caso di omessa opposizione ovvero di opposizione tardiva, in quanto proposta dopo la scadenza del termine e tale dichiarata dal giudice a conclusione del relativo giudizio.

La conseguenza è dunque che, in tema di contributi previdenziali, per contestare il ruolo è necessaria l'opposizione da parte dell'interessato nel termine perentorio previsto dall'art. 24 D.Lvo n. 46/99, poiché, in caso contrario, il titolo diviene definitivo e il diritto alla relativa pretesa contributiva incontestabile.

2.3 Deve al contempo considerarsi che l'opposizione alla pretesa contributiva portata dalla cartella esattoriale, prevista dall'art. 24 D.Lvo n. 46/99, richiede, perché sia evitata la definitività del titolo e l'incontestabilità di detta pretesa, che l'opposizione stessa sia svolta mediante un ricorso giudiziale (comma 5), che da origine ad un giudizio contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva regolato dagli artt. 442 e s.s. c.p.c. (comma 6).

La richiesta proposizione dell'opposizione nelle forme suddette indica pertanto che tale opposizione viene in rilievo non già quale mera manifestazione di contestazione della pretesa contributiva, ma come mezzo al fine di ottenere una verifica giudiziale della fondatezza della pretesa stessa; ne discende che l'efficacia dell'opposizione quale atto idoneo ad impedire la definitività del titolo e l'incontestabilità della pretesa contributiva viene meno non soltanto nel caso di sua tardiva proposizione, ma anche qualora, per sopravvenute situazioni processuali, risulti definitivamente precluso il risultato a cui l'opposizione è finalizzata, ossia l'emanazione, nell'ambito del giudizio promosso, di una pronuncia sulla fondatezza della pretesa contributiva portata dalla cartella esattoriale opposta.

Il che si verifica, per quanto qui specificamente rileva, in ipotesi di estinzione del giudizio di opposizione; con la conseguenza che gli effetti che si generano sono gli stessi già descritti nel caso di mancata o tardiva proposizione dell'opposizione ex art. 24 D.Lvo n. 46/99 (ossia, come detto, definitività del titolo e incontestabilità del diritto alla relativa pretesa contributiva).

2.4 Ne discende che, avendo ad oggetto il presente giudizio la fondatezza della pretesa contributiva, la sopravvenuta sua incontestabilità rende irrilevante la questione inerente alla dedotta violazione dell'art. 24, comma 3, D.Lvo n. 46/1999, per essere stata effettuata l'iscrizione a ruolo in pendenza del giudizio di impugnazione dell'accertamento.

Inoltre le sopradescritte conseguenze dell'estinzione del giudizio di opposizione alla cartella esattoriale, discendenti dalla disciplina speciale che regola la materia all'esame e sostanzialmente analoghe agli effetti prodotti dal giudicato, precludono il riesame del merito della pretesa contributiva in un diverso giudizio, sia instaurando, sia, come nel caso che ne occupa, già in corso, rendendo quindi inapplicabile la regola generale di cui all'art. 310, comma 1, c.p.c..

2.5 Il primo motivo di ricorso, nei distinti profili in cui si articola, deve perciò essere disatteso.

3. Ciò conduce, restando assorbita la disamina del secondo motivo, al rigetto del ricorso.

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

(*Omissis*)

**LA FORMAZIONE DEL TITOLO ESECUTIVO C.D. AMMINISTRATIVO
PER LA RISCOSSIONE DEI CONTRIBUTI E PREMI ED IL CONTENUTO
DELLA OPPOSIZIONE ALLA CARTELLA ESATTORIALE
EX ART. 24 D. LGS. N. 46/1999**

1. — I requisiti e la formazione del titolo esecutivo amministrativo in relazione al regime delle opposizioni in sede giudiziale ed al suo fondamento costituzionale

La pronuncia da parte della Sezione Lavoro della Corte Suprema a breve distanza di tempo di due sentenze (Cass. 16.06.2008 n. 16203 e Cass. 01.07.2008 n. 17978) con *dicta* ed esiti apparentemente incoerenti, se non contrastanti, sulla natura, sull'oggetto e sugli effetti della opposizione, ai sensi dell'art. 24, V co. del D. Lgs. 26.02.1999 n. 46, al ruolo di riscossione dei premi e contributi dovuti agli Enti Previdenziali in forza di accertamenti a carico degli Obbligati, proponibile a seguito della notifica della cartella esattoriale da parte del Concessionario della riscossione, che solo per sinteticità denominiamo nel titolo e nel testo della presente nota **“opposizione alla cartella esattoriale”**, stimola l'approfondimento di tematiche processuali di grande rilievo pratico, per la capillare diffusione dei rapporti giuridici previdenziali, la natura di massa dei crediti e delle obbligazioni che da essi nascono e le peculiari tecniche giuridico-procedurali di riscossione in caso di inadempimento del pagamento, oppure di violazione, o di elusione della obbligazione contributiva.

Proprio la introduzione di speciali tecniche giuridico-procedurali di riscossione coattiva impone, allo scopo di una loro organica riconciliazione al sistema del diritto processuale comune e costituzionale, un'attenzione specifica al procedimento di formazione ed ai requisiti formali del titolo esecutivo posto a base della esecuzione esattoriale.

È noto che, quanto al procedimento di formazione, si distinguono i titoli esecutivi “*giudiziali*” in senso lato, per la partecipazione ad esso in varie forme ed in vari gradi della Autorità Giudiziaria, a partire dal livello minimo della verifica formale dei requisiti (v. ad es. art. 411, III co. c.p.c), per giungere sino all’accertamento giurisdizionale suscettibile di acquisire la autorità di cosa giudicata formale e sostanziale ed i titoli “*stragiudiziali*”, che hanno natura negoziale e la cui efficacia esecutiva deriva dalla volontà delle Parti o dell’Obbligato, eventualmente espressa in forme solenni (v. art. 474, II co. nn. 2 e 3 c.p.c.) (1).

Da tempo la Dottrina, all’interno dei titoli esecutivi stragiudiziali, ha individuato una categoria di titoli *sui generis*, fra cui i ruoli delle imposte ed altri provvedimenti amministrativi liquidatori, o recanti intimazioni di pagamento di somme di denaro (2). Per tali titoli recentemente si è riproposta la definizione calzante di “*titoli esecutivi di formazione amministrativa*” (3).

Fra i titoli esecutivi di formazione amministrativa spiccano i **ruoli**, derivanti principalmente da un atto di accertamento nei confronti dell’Obbligato, o Contribuente, da cui scaturisce la pretesa fiscale o contributiva. Tale atto di accertamento può prescindere anche da una precedente denuncia, oppure dichiarazione, oppure da un riconoscimento di debito del Contribuente ed è solitamente fondato sui poteri pubblicistici, affidati all’Ente titolare della pretesa contributiva, di ispezione e di controllo sulla ricorrenza dei presupposti della relativa obbligazione.

Spetta esclusivamente alla Legge individuare i casi ed i presupposti di formazione di tale categoria di titoli esecutivi, sulla base di un rilevante interesse pubblico alla rapida ed efficace attuazione/riscossione di obbligazioni pecuniarie contestate, o non adempiute dai Contribuenti.

Per gli “*enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie*” ed in riferimento “*al versamento di contributi e premi*”, l’art. 2, II e III co. del D.L. 9 ottobre 1989 n. 338, conv. con modificazioni dalla L. 7 dicembre 1989 n. 389, ora abrogato nella parte che ci riguarda dall’art. 37 del D. Lgs. 26 febbraio 1999 n. 46, aveva introdotto la previsione legislativa della formazione unilaterale da parte dell’Ente del titolo esecutivo in due forme già applicate per altri crediti di rilevanza pubblicistica:

- “*attestazioni dei dirigenti degli uffici ...relative al mancato pagamento, nel termine stabilito, di quote di contribuzione in misura fissa e relativi accessori di legge dovuti ...agli enti stessi dagli iscritti negli elenchi di categoria, negli elenchi degli esercenti attività commerciali e negli elenchi degli artigiani*”;

- “*ordinanza-ingiunzione, di cui all’art. 35 della legge 24 novembre 1981 n. 689, ovvero ... ingiunzioni, ai sensi del regio decreto 14 aprile 1910 n. 639...*”.

(1) V. la classica trattazione di P. CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 2002, pagg. 14-25, che però riconduce l’esempio citato del verbale di conciliazione in sede amministrativa o sindacale alla categoria dei titoli esecutivi stragiudiziali; in senso opposto v. la prima opera citata alla successiva nota 3.

(2) V. ad es. P. CASTORO, *op. cit.*, pag. 23.

(3) V. AA. VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, II parte, 2006, pag. 4. Per la terminologia e l’indagine più approfondita su tale categoria di titoli esecutivi si rinvia a G. COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate speciali*, Milano, 1984, pag. 35 e segg., che da ampiamente conto anche dei dubbi di legittimità costituzionale della normativa al tempo vigente.

Con la Legge Delega 28 settembre 1998 n. 337 il Governo, nell'ambito del riordino del sistema di concessione della riscossione mediante ruolo, veniva autorizzato ad emanare norme in tema di:

- *“Revisione delle specie dei ruoli e semplificazione della procedura di formazione degli stessi ...”* (v. art. 1, I co. lett. f);

- *“Snellimento e razionalizzazione delle procedure di esecuzione anche nel rispetto del principio della collaborazione del Debitore alla esecuzione secondo modalità che prevedano, tra l'altro:*

1) la notifica di un unico atto con funzioni di avviso di pagamento e di mora;

2) adeguate forme di tutela giurisdizionale per la riscossione di entrate non tributarie”.

Poiché la peculiare caratteristica della formazione del ruolo e dell'accertamento che lo precede e ne costituisce il *“titolo”* è la unilateralità, il Legislatore non poteva eludere tanto il problema delle garanzie procedurali dell'accertamento (4), compresa anche la fase dei ricorsi in sede amministrativa, quanto la inderogabilità di rango costituzionale della tutela giurisdizionale a favore del Debitore, non solo di carattere oppositivo (5), cioè contro la pretesa già fatta valere in via esecutiva, ma anche di carattere preventivo nei confronti del solo atto di accertamento.

Alla attuazione della delega ha provveduto il D. Lgs. 26 febbraio 1999 n. 46, che ha sancito a chiare lettere la possibilità di formare il titolo esecutivo amministrativo, o ruolo, anche per la riscossione di *“contributi o premi dovuti agli enti previdenziali ...in forza di accertamenti effettuati dagli uffici ...unitamente alle somme aggiuntive calcolate sino alla data di consegna del ruolo al concessionario...”* (v. art. 24, I co. D. Lgs. cit.), cioè a prescindere da qualsiasi precedenti denuncia, o dichiarazione, o riconoscimento di debito da parte del Contribuente.

La disciplina degli artt. 24 e segg. del D. Lgs. 26.2.1999 n. 46, a maggior ragione se interpretata in senso conforme ai principi costituzionali richiamati, si fa correttamente carico di stabilire un equilibrio tra il potere pubblicistico di accertamento e la posizione ed i diritti di difesa del Contribuente.

Il consolidamento dell'accertamento e del titolo esecutivo amministrativo, ovvero la definitività del ruolo con gli effetti e nei limiti che saranno di seguito indagati (v. *infra*, par. 2), sono condizionati alla inerzia del Contribuente, ovvero alla mancata proposizione della opposizione *“entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento”* (v. art. 24, V co. D. Lgs. cit.).

La opposizione al ruolo ex art. 24 del D. Lgs. n. 46/1999 può essere proposta solo quando viene notificata la cartella, che è l'atto preliminare con cui viene espressa la volontà di attuare *in executivis* la pretesa contributiva scaturente dall'accertamento dell'Istituto e risultante dal ruolo, cioè che contiene la *“intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal ruolo ... con l'avvertimento che, in mancanza, si procederà ad*

(4) Anche la Corte Cost. nella citata ordinanza n. 111/2007 richiama *“l'affidabilità derivante dal procedimento che ne governa l'attività (dell'Ente Previdenziale)”* fra le giustificazioni della formazione unilaterale del titolo esecutivo amministrativo.

(5) V. ancora la ord. n. 111/2007 cit. della Corte Costituzionale che postula la necessità costituzionale del rispetto *“del diritto di difesa e dei principi del giusto processo”*.

esecuzione forzata” (v. art. 25, II co. del D.P.R. n. 602/1973).

Il ruolo e la cartella, per usare una definizione processuale che ne renda in parte la funzione ed il collegamento reciproco, formano il c.d. titolo esecutivo documentale per la esecuzione esattoriale.

La formazione del titolo esecutivo amministrativo incontra inoltre due limiti esterni:

- il primo nell’ambito del procedimento amministrativo, in quanto l’esperimento da parte dell’Obbligato dei gravami, o ricorsi in sede amministrativa previsti dalla Legge, sino alla “*decisione del competente organo amministrativo*”, rappresenta un presupposto negativo, ovvero un evento impeditivo della iscrizione a ruolo dei contributi risultanti dagli “*accertamenti effettuati*” (6), iscrizione che soggiace al termine di decadenza del 31 dicembre dell’anno successivo “*alla data di notifica del provvedimento*”, da intendersi il rigetto del ricorso, ai sensi del comb. disp. dell’art. 24, IV co. e dell’art. 25, I co. lett. b) (7);

- il secondo limite è posto dalla possibilità che il Contribuente, prima della iscrizione a ruolo o meglio della notifica della cartella di pagamento, esauriti i ricorsi in via amministrativa eventualmente previsti, proponga avanti la Autorità Giudiziaria azione di accertamento negativo della ricorrenza dell’obbligo contributivo, così come risultante dall’atto di accertamento compiuto dall’Ente.

Tale principio si desume dall’art. 24, III co. del D. Lgs. n. 46/1999, che fa una corretta applicazione della necessaria supremazia e della prevalenza, in conformità all’art. 24 Cost., dell’accertamento giudiziario rispetto a quello amministrativo, quale presupposto del ruolo e merita qualche ulteriore cenno illustrativo, soprattutto per chiarire i rapporti tra tale accertamento in prevenzione ed il giudizio di opposizione “*contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva*” di cui all’art. 24, VI co.

2. — Il rapporto tra la causa di accertamento negativo sulla ricorrenza dell’obbligo contributivo, la emissione della cartella e la opposizione al ruolo

Il rapporto indicato nel titolo sopra indicato deve essere regolato in base ai principi generali di rango costituzionale che abbiamo testé richiamato.

(6) Sulla illegittimità della formazione del ruolo in pendenza dei procedimenti amministrativi di riesame del verbale di accertamento, nella specie ricorso al Comitato esecutivo dell’I.N.P.S., v. Trib. Perugia 30.8.2005, S.S.D. S.r.l. c. I.N.P.S., *Lavoro nella Giurisp.*, 2006, 1,83.

(7) V. ancora T. Perugia 30.8.2005, S.S.D. S.r.l. c. INPS ed altri, cit.; la decadenza dal termine di iscrizione a ruolo costituisce un “motivo” deducibile con la opposizione alla cartella, a prescindere dalla contestazione del merito dell’accertamento: sulla possibilità di proporre la opposizione alla cartella anche per “*motivi di rito*” v. la sentenza della Corte di Cassazione 16.06.2008 n. 16203, citata alla nota 8. Per completezza si precisa che tali vizi formali della iscrizione a ruolo sono diversi dai vizi della cartella esattoriale (ad es. la non intellegibilità della pretesa contributiva azionata, la difformità della cartella dal modello approvato con d. dir. 28.06.1999, ai sensi dell’art. 25, II co. del D.P.R. n. 602/1973, o casi di nullità della notifica), che sono deducibili nei termini e nelle forme dell’art. 617 c.p.c., richiamato dall’art. 29, II co. del D. Lgs. n. 46/1999: v. App. Milano 27.11.07/07.01.2008, *Informaz. Prev.*, 2008, 523; *infra*, par. 3.

La Corte di Cassazione nella prima sentenza (8) ha rilevato che, come per i tributi e le imposte, tale opposizione deve essere proposta nei termini di decadenza previsti, a pena della formazione di *“una preclusione di carattere processuale”* ed ha per oggetto principale l'accertamento della pretesa contributiva e quindi la sua fondatezza o meno nel merito.

Nel caso dei contributi, o premi, la contestazione della debenza, o della quantificazione della pretesa contributiva avanti l'Autorità Giudiziaria nelle forme del giudizio di accertamento negativo, a differenza che nel campo tributario, può però avere anche *“carattere preventivo rispetto ad una eventuale iscrizione a ruolo”*. Una volta promossa tale azione, *“le decadenze processuali che si possono verificare in un momento successivo non possono incidere sul contenzioso di merito già in atto che sia già stato ritualmente proposto, né incidere sugli effetti delle pronunzie emanate nel corso di esso”*, senza che sia necessario impugnare nuovamente la cartella successivamente notificata.

In tal caso il giudizio di accertamento negativo sulla ricorrenza delle obbligazioni contributive contestate a carico del Contribuente nel verbale anticipa il contenuto della opposizione alla cartella ed impedisce *“la costituzione di un titolo stragiudiziale, tanto meno di un titolo assimilabile ad un giudicato”*. Risulta quindi evidente che, con il preventivo deferimento all'Autorità Giudiziaria della cognizione sul *“titolo di merito”*, ***“l'effetto delle sentenze emesse sul merito non può non ripercuotersi sulla validità degli atti di esecuzione che eventualmente vengano posti in essere nel frattempo sulla base dei ruoli, anche quando non sia stata disposta la sospensione dell'efficacia del ruolo stesso”***.

La Corte di Cassazione conclude pertanto per la inefficacia ai fini della formazione del titolo esecutivo amministrativo della notifica della cartella esattoriale successivamente alla proposizione dell'azione di accertamento negativo della ricorrenza dell'obbligo contributivo, che ha dato luogo alla iscrizione a ruolo.

Nell'iter argomentativo della Corte Suprema appare convalidata la opinione che la cartella notificata al Contribuente dopo la proposizione della predetta azione di accertamento negativo debba considerarsi priva di qualsiasi effetto, senza che sia necessaria la tempestiva proposizione della opposizione di merito di cui all'art. 24, co. VI del D.Lgs. n. 46/1999.

Infatti nella fattispecie di causa l'Istituto, dopo l'accertamento con verbale ispettivo della ricorrenza di un obbligo contributivo a carico del Contribuente, aveva provveduto alla iscrizione a ruolo dei contributi accertati come omessi, ma, quest'ultimo, prima della notifica della cartella esattoriale, aveva proposto la domanda di accertamento negativo.

La Giurisprudenza è assolutamente consolidata nella opinione della impossibilità della iscrizione a ruolo dei contributi anche in via provvisoria e quindi della illegittimità della notifica della cartella, qualora il Contribuente abbia già contestato in sede giudiziale la ricorrenza dell'obbligo contributivo, che in tal caso può essere accertato soltanto in sede giurisdizionale, con la impossibilità di formare unilateralmente un tito-

(8) V. Cass. Sez. Lav. 16.6.2008 n. 16203, INPS c. F.L.C.A.: le citazioni virgolettate nel testo sono tratte dalla motivazione di tale sentenza.

lo esecutivo amministrativo (9).

La eventuale opposizione proposta in tale caso contro la cartella esattoriale non può investire il “*titolo di merito*”, ovvero la ricorrenza o meno dell’obbligo contributivo, bensì deve riguardare esclusivamente la impossibilità dell’Istituto e del Concessionario di procedere alla esecuzione esattoriale sulla base di un titolo esecutivo inesistente, anche in via soltanto provvisoria.

Solo se l’Opponente abbia dedotto un vizio formale afferente la iscrizione a ruolo, diverso dalla pendenza della azione di accertamento negativo, o se abbia contestato legittimamente il “*titolo di merito*”, l’Istituto può costituirsi nel giudizio chiedendo in via riconvenzionale l’accertamento della ricorrenza dell’obbligo e la condanna del Contribuente al pagamento dei contributi, per preconstituirsì così un titolo esecutivo giudiziale (10), suscettibile di acquistare l’autorità del giudicato sostanziale.

Nel caso di opposizione per inesistenza del titolo esecutivo amministrativo è ovviamente doverosa da parte del Giudice la immediata sospensione, anche prima della udienza, in quanto nei processi introdotti con ricorso la litispendenza e quindi l’investitura del Giudice decorrono dal deposito, della “*esecuzione del ruolo per gravi motivi*”, ai sensi dell’art. 24, VI co. del D.Lgs. 26.02.1999 n. 46, che può essere concessa soltanto nell’ambito di un procedimento giurisdizionale e dal Giudice della opposizione.

La Corte di Cassazione con la citata sentenza n. 16203/2008 ha chiarito che né il Contribuente, né l’Istituto, in via riconvenzionale, possono legittimamente introdurre nella opposizione alla cartella esattoriale, notificata successivamente alla proposizione della domanda di accertamento negativo, questioni “*di merito sulla fondatezza della pretesa contributiva*”, poiché verrebbe riproposta una questione già appartenente al *thema decidendum* della causa precedente, obbligando così il Giudice dell’opposizione alla cartella, successivamente adito, ad “*inevitabilmente dichiarare la litispendenza o, quanto meno, la continenza dei giudizi*”, ovviamente qualora ne ricorrano i presupposti (v. *infra*), verificandosi in caso contrario “*una serie di complicazioni di carattere procedurale*”, vale a dire la possibilità di una pronuncia che, quale che sia il suo contenuto a favore di una delle Parti, è suscettibile di condurre alla formazione di un giudicato sostanziale potenzialmente in contrasto con la pronuncia che sarà resa nella causa in prevenzione di accertamento negativo.

In conclusione, la cartella esattoriale può condurre alla formazione del titolo per la iscrizione a ruolo definitiva solo se è notificata al Contribuente, prima di qualsiasi contestazione da parte di quest’ultimo in sede giudiziale della ricorrenza dell’obbligo

(9) V. in tal senso T. Ascoli Piceno 21.10.2002, Bianconi c. INPS, *Dir. Lav. Marche*, 2003, 332; T. Ravenna 18.1.2003, ITER Cooperativa Ravennate Interventi sul Territorio a r.l. c. INPS e SO.R.I. Ravenna S.p.a., *Lavoro nella Giur.*, 2003, 1147; T. Modena 14.4.2005, Logos Europe e altri c. INPS, *Lavoro nella Giur.*, 2005, n. 863; Id. 15.9.2005, Body Sun S.n.c. c. INPS, *Argomenti*, 2006, 4-5, 1320; T. Ascoli Piceno 11.1.2008, Tizio c. INPS, *Corriere del Merito*, 2008, IV, 422.

(10) V. in tal senso Trib. Como 15.6.2006 n. 198, M.P. Cooperativa Sociale a r.l. c. INPS, *Informaz. Prev.*, 2007, 477 e segg., in un caso di ritenuta nullità della cartella per vizio di intelligibilità del *petitum* e della *causa petendi*; Cass. S.L. 20.04.2002 n. 5763, Bregliano c. Cassa Previdenza dei Geometri, che definisce la opposizione alla cartella “*giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo*”; App. Milano 06/14.03.2008, *Informaz. Prev.*, 2008, 517.

contributivo e se il Contribuente ometta di proporre opposizione entro il termine di decadenza di giorni quaranta dalla sua notifica (11).

La Corte di Cassazione con la sentenza riportata per esteso (12) ha esaminato anche un altro caso di rapporto tra il giudizio di accertamento negativo e la opposizione alla cartella esattoriale proposta nel merito, pervenendo ad una soluzione che sembrerebbe in contrasto con i principi e le conclusioni prima illustrati.

Un Contribuente, dopo aver proposto il giudizio di accertamento negativo, si vede notificare cartella da parte dell'Istituto per la riscossione degli stessi contributi e propone opposizione ad essa solo per motivi di merito (o almeno così parrebbe dalla descrizione della vicenda processuale contenuta nella sentenza della Corte). Nel secondo giudizio le Parti si accordano per la sospensione ex art. 296 c.p.c.

Il Contribuente risulta soccombente in primo grado nella causa di accertamento negativo e propone appello contro tale sentenza. In grado di appello, l'Istituto deduce che nelle more si è formato il giudicato sostanziale (esterno), in quanto la causa di opposizione alla cartella non è stata tempestivamente riassunta dopo la scadenza del termine della concordata sospensione, ai sensi dell'art. 297 c.p.c. e la Corte di Appello accoglie tale eccezione, rigettando l'appello.

Il soccombente propone ricorso per cassazione sostenendo che *“traendo origine la cartella esattoriale dal medesimo verbale ispettivo per cui è causa e costituendo la fase conclusiva di un procedimento regolamentato che proprio in tale verbale ispettivo trova la sua origine, il Giudice (di primo grado: N.d.A.) avrebbe avuto l'obbligo di sospendere il giudizio di opposizione a detta cartella ex art. 295 c.p.c. (dovendo altro Giudice - cioè quello della causa di accertamento negativo: N.d.A.- risolvere una controversia dalla cui definizione dipendeva la decisione della causa) e l'accoglimento in sede di appello delle domande proposte dalla Cooperativa avrebbe comportato automaticamente la perdita di ogni effetto giuridico della cartella esattoriale, siccome fondata espressamente sul verbale ispettivo...”*.

La Corte replica che tale deduzione è infondata, in quanto la sospensione era già disposta dal Giudice su richiesta delle Parti ex art. 296 c.p.c. e la sorte del giudizio di opposizione alla cartella resta disciplinata dalle norme sugli effetti della estinzione dei processi di opposizione soggetti a termini di decadenza, con la conseguenza della inoppugnabilità del ruolo nel merito, corrispondente alla definitività del ruolo, per la omissione della tempestiva riassunzione del giudizio, ai sensi dell'art. 297 c.p.c. In altri termini, una volta proposta la opposizione alla cartella, il relativo giudizio è l'unica sede

(11) È ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale sulla perentorietà del termine di giorni quaranta ex art. 24, V co. del D.Lgs. n. 46/1999 per la proposizione della opposizione contro la iscrizione a ruolo, cioè contro la cartella esattoriale notificata: v. App. Venezia 1.3.2005, S.I.C.E. S.p.a. c. INPS e altri, *Lavoro nella Giur.*, 1005, 763; Trib. Grosseto 30.01.2006, Forti Giorgio & C. S.a.s. c. INPS., *Lavoro nella Giur.*, 2006, 9, 921; App. Roma 2.3.2006, L.F. c. INPS; T. Ivrea 21.06.2007, IM. c. INAIL, anche nel caso di notifica di una seconda cartella per gli stessi contributi; Cass. Sez. Lav. 25.06.2007 n. 14692, INPS c. P.M.; T. Cassino 4.2.2008, MA.RO. c. INPS; in motivazione, Cass. S.L. 1.7.2008 n. 17978, cit. alla successiva nota 13; *contra* App. Bologna Sez. Lavoro 4.10.2007, XX c. INPS ed altri; *Id.* 7.09.2007, X c. INPS.

(12) V. sentenza Cass. S.L. 1.7.2008 n. 17878, E. S. 84 Coop. Multiservices a r.l. c. INPS: le citazioni virgolettate nel testo sono tratte da tale sentenza.

per contestare la pretesa contributiva e deve quindi concludersi con una pronuncia sul merito, restando in caso contrario *“per sopravvenute situazioni processuali ... definitivamente precluso il risultato a cui l’opposizione è finalizzata, ossia l’emanazione, nell’ambito del giudizio promosso, di una pronuncia sulla fondatezza sulla pretesa contributiva portata dalla cartella esattoriale opposta”*.

La pronuncia e la sua motivazione risentono sicuramente della peculiarità della fattispecie e dell’errore del Contribuente che ha introdotto di propria iniziativa un nuovo giudizio solo sul merito nell’opposizione alla cartella esattoriale, senza dedurre immediatamente e preliminarmente la nullità della iscrizione a ruolo e la assoluta inesistenza del titolo esecutivo c.d. amministrativo per la preventiva pendenza della contestazione giudiziale della ricorrenza dell’obbligo contributivo e debbono essere intese alla luce dei principi già illustrati.

In altri termini, il Contribuente, solo con la propria iniziativa giudiziale e la successiva inerzia, ha dato luogo alla formazione della **preclusione processuale** al riesame del merito prodottasi nel giudizio di opposizione alla cartella esattoriale, a seguito della estinzione per la omissione della tempestiva riassunzione, così da precludere *“il riesame del merito della pretesa contributiva in un diverso giudizio, sia instaurando, sia ... già in corso, rendendo quindi inapplicabile la regola generale di cui all’art. 310, comma 1 c.p.c.”* (la estinzione non estingue l’azione).

Tale preclusione processuale produce *“conseguenze sostanzialmente (cioè sul piano sostanziale: N.d.A.) analoghe agli effetti prodotti dal giudicato”*, ma è non assimilabile in tutto e per tutto al giudicato sostanziale, che si forma ai sensi dell’art. 653 c.c.p. con la estinzione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, inteso quale condanna con riserva (13), perché il titolo non proviene da Autorità Giudiziaria. Resta da stabilire se i limiti a tale assimilazione impediscano o meno la estensione della preclusione processuale al *“deducibile”* da parte dell’Opponente (14), cioè a tutti i fatti estintivi, o modificativi, o impeditivi della pretesa contributiva, già esistenti al momento della opposizione alla cartella (15).

In sintesi, se, successivamente al giudizio di accertamento negativo in prevenzione pendente tra il Contribuente e l’Istituto che ha emesso il ruolo, viene instaurato il giudizio di opposizione alla cartella si possono avere i seguenti casi:

I) l’Opponente deduce in via preliminare la inesistenza formale del titolo esecutivo, per ottenerne l’annullamento per vizio di formazione, senza una pronuncia sul merito, che non può essere richiesta nemmeno dall’Istituto nello stesso giudizio; il Giudice deve annullare la cartella in quanto il titolo esecutivo è inesistente;

II) l’Opponente riproduce in tutto od in parte le contestazioni di merito della causa in prevenzione, pendente avanti il medesimo Ufficio Giudiziario ed il Giudice, rilevate la litispendenza, e/o continenza interne (cioè senza effetti sulla competenza), deve disporre

(13) V. in generale Cass. Sez. III 25.03.2003 n. 4378, D’Amico c. Martorana.

(14) Il tema, per ragioni di economia espositiva, non può essere affrontato compiutamente nella presente sede.

(15) Per i fatti successivi, ad es. pagamenti in acconto, condoni adempiti o rateazioni concesse dopo la cartella, resta sicuramente esperibile, ai sensi dell’art. 29, II co. del D. Lgs. n. 46/1999, la opposizione alla esecuzione ai sensi dell’art. 615 e dell’art. 618-bis c.p.c. *“nelle forme ordinarie”*: v. anche *infra* par. 3.

d'ufficio la riunione delle due cause, ai sensi degli artt. 273 e 274 c.p.c. (16), in alternativa alla decisione sicuramente meno appropriata di sospendere il giudizio di opposizione alla cartella per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c., sino alla definizione della causa di accertamento negativo in prevenzione;

III) Se le due cause pendono nanzi Uffici Giudiziari in diverso grado per la proposizione di impugnazione contro sentenza di primo grado (17), il Giudice della causa di opposizione alla cartella, investito nuovamente anche del merito della pretesa, se non pronuncia la nullità ai sensi del caso I), non può che sospendere il giudizio ex art. 295 c.p.c., a pena di favorire la formazione un giudicato esterno che potrebbe entrare in conflitto con quello della causa di accertamento negativo, con violazione del divieto del *bis in idem*.

In ogni caso, l'Opponente non può far estinguere il giudizio di opposizione alla cartella da sé medesimo proposto anche per motivi di merito, a pena di subire la formazione a proprio sfavore della preclusione processuale prima descritta nel giudizio di accertamento negativo.

Diverso sarebbe il caso se il Contribuente non avesse proposto la opposizione alla cartella, in quanto il giudicato a sé medesimo favorevole nel precedente giudizio di accertamento negativo avrebbe travolto non solo qualsiasi atto esecutivo, ma anche determinato la inesistenza formale, ovvero la nullità sopravvenuta del titolo esecutivo amministrativo, da far valere con la opposizione alla esecuzione ex artt. 615 e 618-bis c.p.c., nel caso di inizio della esecuzione esattoriale.

3. — *La disciplina processuale del giudizio di opposizione*

Per completezza, si trattano, con sintetici cenni e senza alcuna pretesa di approfondimento, altre questioni del procedimento di opposizione alla cartella esattoriale.

La giurisdizione per la contestazione del ruolo per la riscossione di contributi e premi dovuti agli Enti previdenziali spetta esclusivamente al Giudice Ordinario ed in particolare al Tribunale Ordinario-Sezione Lavoro (18).

(16) V. In tal senso *ex plurimis* Cass. Sez. II 27.10.1984 n. 5510, Siculo c. Soc. Edit. Manin; Id. 6.11.1984 n. 5609, Orrico c. A.T.A.N. di Napoli; Id. 11.2.1985 n. 1133, Covane c. Rosmi. Se, invece, gli Uffici Giudiziari sono diversi, si applicano integralmente gli adempimenti previsti dai commi I e II dell'art. 39 c.p.c.

(17) Si ritiene che la pendenza delle cause in gradi diversi non consenta la applicazione dell'art. 39 c.p.c.: v. Cass. 23.4.1981 n. 2444, *Mass. Giur. It.*, 1981; Cass. 13.11.2000 n. 14703 anche con riferimento a causa decisa in primo grado con sentenza ancora impugnabile e causa pendente in secondo grado: “non sussiste litispendenza tra una causa definita in primo grado, ancorché non siano decorsi i termini per impugnare la sentenza, e un'altra pendente davanti al giudice di secondo grado: sia perché la litispendenza sussiste se due cause identiche pendano davanti a giudici diversi, ma nel medesimo grado; sia perché, fino a quando la impugnazione non è proposta, non essendovi un altro giudice investito della lite, manca la contemporanea pendenza di due giudizi sull'identica causa”; ord. Cass. 18.6.2002 n. 8833, *Foro It.*, 2003, I, 213 con nota di richiami ed altre citazioni giurisprudenziali e dottrinali ivi.

(18) V. Cass. S.U. 27.3.2007 n. 7399, *Mass. Giur. It.*, 2007

La competenza territoriale è attribuita inderogabilmente, ai sensi dell'art. 444, III co. c.p.c., al "*Giudice del luogo ove ha sede l'ufficio dell'ente preposto ad esaminare la posizione assicurativa e previdenziale dei lavoratori*" (19).

Il ricorso è introdotto nelle forme previste dalle norme sulle controversie individuali di lavoro, richiamate dall'art. 442, I co. c.p.c.

L'art. 24, V co. ult. parte del D. Lgs. n. 46/1999, modificato dall'art. 4 del D.L. 24 settembre 2002 n. 209, prevede che il ricorso vada "*notificato solo all'Ente impositore*" (20) e non al Concessionario, ancorché risulti sempre opportuno notificare quest'ultimo della contestazione giudiziaria della pretesa contributiva con la notifica del ricorso alla stregua di *denuntiatio litis*, nonché necessario notificargli il ricorso con l'eventuale provvedimento giudiziale di sospensione pronunciato *inaudita altera parte* ai sensi dell'art. 24, VII co.

La litispendenza si determina con il deposito del ricorso e da tale momento il Giudice è investito della controversia, anche ai fini della sospensione della esecuzione.

Il potere di sospendere la esecuzione del ruolo "*per gravi motivi*" spetta in via esclusiva al Giudice della opposizione nel corso del giudizio di primo grado (21), che - se richiesto - può provvedervi anche con decreto *inaudita altera parte*. I "*gravi motivi*" possono essere integrati dalla inesistenza del titolo esecutivo amministrativo per la pendenza di una controversia sul merito del titolo (22), oppure da vizi formali del titolo, oppure dalla gravità delle conseguenze che potrebbero derivare al Contribuente, in ordine alla regolarità e continuità della sua attività, dalla prosecuzione e conclusione della esecuzione esattoriale.

Il provvedimento di sospensione pronunciato dal Giudice va sempre notificato a cura del Ricorrente al Concessionario, ai sensi dell'art. 24, VII co. del D. Lgs. n. 46/1999.

Come già detto, il Contribuente può proporre opposizione alla esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. nelle forme ordinarie del ricorso ex art. 618bis c.p.c., qualora deduca fatti estintivi, impeditivi o modificativi della pretesa contributiva, ad esempio pagamenti totali, o parziali, la concessione di regolazione rateale, successivi alla formazione del ruolo (23), nonché le opposizioni agli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617 c.p.c.,

(19) v. Cass. S.L. ord. 7.4.2005 n. 8171, Imap. C. INPS, *Lavoro nella Giur.*, 2006, 3, 289; Id. 28.4.2003 n. 6619, Soc. Cosentino e Figlio c. INPS, *ibid.*, 2003, 971 e in *Mass. Giur. It.*, 2003, che afferma "*la competenza per materia funzionale ed inderogabile*" dei Giudici delle varie Sedi che hanno emesso il ruolo; Trib. Verona 19.10.2001, Bonura c. INPS e altri, *Informaz. Prev.*, 2002, 250, con applicazione di tale competenza anche per contributi richiesti a mezzo ruolo a lavoratori autonomi.

(20) In precedenza si riteneva sussistere il litisconsorzio necessario passivo tra l'Istituto e la Società cessionaria dei contributi nelle opposizioni al ruolo ex art. 2, commi IV e VI del D.L. n. 338/1989, ai sensi dell'art. 13, VIII co. della L. 23.12.1998 n. 448; in tal senso v. Cass. S.L. 4.7.2007 n. 15041 Fima S.r.l. c. INPS, *Mass. Giur. It.*, 2007

(21) Non è quindi ammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. in alternativa alla richiesta cautelare di sospensione al Giudice della opposizione ex art. 24. Co. VI del D. Lgs. n. 46/1999: v. Trib. Catanzaro 9.7.2001, INPS c. Soc. E.T.R., *Informaz. Prev.*, 2002, 697.

(22) V., per l'ammissibilità della opposizione per vizi formali del procedimento di iscrizione a ruolo, Trib. Ascoli Piceno, Radio Ascoli S.r.l. c. INPS, *Dir. Lav. Marche*, 2004, 4,101; v. anche *supra*, nota 7.

(23) V. art. 29, II co. del D. Lgs. N. 46/1999; in giurispr. Trib. Perugia 1.9.2005, P. c. INPS, *Lavoro nella Giur.* 2005, 1, 84; Trib. Cassino 31.1.2008, Ma.Di.Li. c. Ca. Na. Forense ed altri.

in ordine alla regolarità formale del titolo esecutivo, che è nozione diversa dalla formale inesistenza del titolo esecutivo amministrativo, cui si è fatto prima cenno, oppure alla validità della sua notificazione (24).

La opposizione alla cartella potrebbe essere cumulata anche con la opposizione alla esecuzione e con quella agli atti esecutivi, rispettati i diversi termini di decadenza e la diversa composizione del contraddittorio per i diversi tipi di opposizione.

La sentenza che decide la opposizione alla cartella per motivi di merito è impugnabile con l'appello e non con il ricorso per cassazione, non essendo assimilabile ad una opposizione alla esecuzione, oppure agli atti esecutivi, ai sensi dell'art. 616, ultima parte c.p.c.

Da ultimo accenniamo alla ripartizione tra le Parti dell'onere della prova nella opposizione sul merito del titolo contributivo.

Già la Corte Costituzionale nella ord. n. 111/2007 aveva sottolineato che nella opposizione alla cartella il Contribuente era tutelato dalla *“ripartizione dell'onere della prova in base alla posizione sostanziale (e non già formale) assunta dalle parti nel giudizio di opposizione”*, secondo la quale spetta all'Ente impositore provare il fondamento del credito azionato (25).

In tale prospettiva si deve ricordare che il verbale ispettivo fa *“piena prova dei fatti che i funzionari stessi attestino avvenuti in loro presenza, mentre, per le altre circostanze di fatto che i verbalizzanti segnalino di aver accertato, il materiale probatorio è liberamente valutabile e apprezzabile dal Giudice, il quale può anche considerarlo prova sufficiente, qualora il loro specifico contenuto probatorio o il concorso d'altri elementi renda superfluo l'espletamento di ulteriori mezzi istruttori”* (26).

Riccardo Mandelli
Avvocato in Como

(24) V. Trib Bergamo 3.8.2005 n. 466, T. c. INPS, *Informaz. Prev.*, 2006, 418 e segg.; per qualche cenno v., in motivazione, anche Cass. n. 16203/2008, cit.: il termine per la opposizione agli atti esecutivi decorre dalla notifica della cartella.

(25) V. Trib. Bari 7.11.2006, S.a.s. Simone di Simone Vito & C. c. INPS, *Lavoro nella Giur.*, 2008, 1, 76.

(26) Da Cass. S.L. 6.6.2008 n. 15073.

Denunce contributive - Riconoscimento del debito - Prescrizione - Interruzione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 26.5.2008, n.13531 - Pres. Mattone - Rel. Cuoco - P.M. Salvi - M.M. (Avv.to Del Villano) - INPS (Avv.ti Maritato, Coretti, Correrà, Sgroi) - B.E. spa.

La presentazione del modello 01/M, pur essendo adempimento d'un obbligo di legge e pur non determinata da libera individuale iniziativa (e quindi non spontanea), è atto che presuppone (come normativi requisiti di validità) consapevolezza del relativo contenuto e volontà di manifestarlo. E questo contenuto ha per oggetto un fatto integralmente trascorso (periodo di occupazione e retribuzioni versate nell'anno precedente), e pertanto la corrispondente obbligazione contributiva, nella sua integrale attualità. In tal modo, in relazione a questa obbligazione, la dichiarazione recata nel Mod. 01/M è atto idoneo ad interrompere il corso della prescrizione.

FATTO — Con ricorso del 18 luglio 2003 al Tribunale di Bergamo, M. M. propose opposizione alla cartella esattoriale avente per oggetto il pagamento di contributi sanzioni e somme aggiuntive relative ad un rapporto di lavoro subordinato intercorso nel periodo luglio - novembre 1994.

Il Tribunale respinse l'opposizione. Con sentenza del 22 ottobre 2005 la Corte d'Appello di Brescia respinse l'impugnazione.

Osserva il giudicante che il riconoscimento del debito esige la conoscenza del debito stesso e la spontaneità della dichiarazione.

Nella dichiarazione annuale redatta sui modelli 01/M (con le quali sono comunicati l'ammontare del pagamento effettuato - od il relativo obbligo - nell'anno precedente, in riferimento al singolo lavoratore), questi elementi sussistono.

E nel caso in esame l'atto, effettuato il 20 giugno 1995, è antecedente all'ingresso della Legge 8 agosto 1995 n. 335 (che con l'art. 3 commi 9 e 10 disponeva, fino all'ingresso di tale Legge, la permanenza del termine decennale di prescrizione per gli atti di interruzione eseguiti).

Per la cassazione di questa sentenza M. M. propone ricorso, articolato in un unico motivo; l'INPS resiste con controricorso; la B. E. S.p.a. non si è costituita in giudizio.

DIRITTO — 1. Denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della Legge 8 agosto 1995 n. 335 nonché vizio di motivazione, il ricorrente sostiene che:

-1.a. anche per le contribuzioni relative ai periodi precedenti alla Legge 8 agosto 1995 n. 335, il termine di prescrizione è divenuto quinquennale (con eccezione degli atti interruttivi già compiuti);

-1.b. atto interruttivo non è il preteso riconoscimento di debito contenuto nel Mod. 01/M: questa dichiarazione non ha la natura di denuncia contributiva, bensì solo "natura riepilogativa di quanto già denunciato per ogni singolo lavoratore".

2. Il ricorso è infondato. L'atto di riconoscimento del debito non ha natura nego-

ziale: non esige una specifica intenzione riconoscitiva. È necessario che esso rechi, anche implicitamente, la manifestazione della consapevolezza dell'esistenza del debito, e riveli i caratteri della volontarietà (Cass. 12 maggio 2004 n. 9054).

3. Come lo stesso ricorrente dichiara, il Mod. 01/M contiene la denuncia nominativa dei lavoratori occupati nell'anno precedente, redatta su apposito modulo, e le retribuzioni individuali corrisposte in tale periodo (la determinazione dei contributi dovuti costituisce un'operazione successiva).

4. È pertanto da affermare quanto segue.

"La presentazione del Mod. 01/M, pur essendo adempimento d'un obbligo di legge e pur non determinata da libera individuale iniziativa (e quindi non spontanea), è atto che presuppone (come normativi requisiti di validità) consapevolezza del relativo contenuto e volontà di manifestarlo.

E questo contenuto ha per oggetto un fatto integralmente trascorso (periodo di occupazione e retribuzioni versate nell'anno precedente), e pertanto la corrispondente obbligazione contributiva, nella sua integrale attualità.

In tal modo, in relazione a questa obbligazione, la dichiarazione recata nel Mod. 01/M è atto idoneo ad interrompere il corso della prescrizione".

5. Nel caso in esame, come affermato dal giudicante (e non censurato dal ricorrente), l'atto è stato effettuato il 20 giugno 1995, prima dell'ingresso della Legge 8 agosto 1995 n. 335: e pertanto nella permanenza del termine decennale (di prescrizione) da tale Legge disposta.

6. Il ricorso deve essere respinto. Ed il ricorrente deve essere condannato al pagamento, in favore dell'INPS, delle spese del giudizio di legittimità. In assenza d'ogni resistente attività processuale, nei confronti della B. E. S.p.a., nulla è da disporre in ordine a tali spese.

(Omissis)

DICHIARAZIONI CONTRIBUTIVE OBBLIGATORIE E RICONOSCIMENTO DEL DEBITO

Sommario: 1. - *I fatti della causa.* 2. - *I precedenti: difformità fra le dichiarazioni contenute nei modelli DM/10 e 01/M.* 3. - *Le problematiche poste dal modello DM/10.* 4. - *Altri atti interruttivi: domanda di sgravio, pagamento parziale, richiesta di condono, richiesta di chiarimenti.* 5. - *Obbligatorietà della dichiarazione e volontà dell'atto.*

1. La pronuncia in commento offre un ulteriore tassello all'interprete impegnato ad individuare quali siano gli atti idonei ad interrompere la prescrizione dei debiti contributivi. La questione è di particolare importanza per la soluzione del ricco contenzioso che ha interessato l'Istituto Nazionale di Previdenza, stretto nelle maglie del nuovo termine

prescrizionale introdotto dalla legge 8 agosto 1995 n.335. Com'è noto, l'art. 3 comma 9 della predetta legge, ha ridotto, con decorrenza dal 1 gennaio 1996, da dieci a cinque anni, il termine di prescrizione relativo alle contribuzioni inerenti al Fondo pensioni lavoratori dipendenti e alle altre gestioni pensionistiche obbligatorie "salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti". Il successivo comma 10 ha stabilito che "i termini di prescrizione di cui al comma 9 si applicano anche alle contribuzioni relative a periodi precedenti la data di entrata in vigore della presente legge, fatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure già iniziate nel rispetto della normativa preesistente". L'interpretazione di quest'ultimo inciso assume - e ha assunto - un'importanza particolare, dal momento che esso segna lo spartiacque fra i differenti regimi prescrizionali applicabili al credito contributivo (1). E naturalmente ha generato un cospicuo contenzioso fra datori di lavoro intenti ad opporre alle richieste di pagamento l'eccezione di prescrizione e l'Inps attenta a individuare, nel complesso procedimento che caratterizza l'obbligazione contributiva, quali siano gli atti interruttivi, sia compiuti dal debitore, sia dall'ente creditore, idonei ad assicurare il regime prescrizionale più favorevole.

La pronuncia si inserisce in questo contesto. In particolare i giudici della Suprema Corte sono stati chiamati a valutare se le dichiarazioni contenute nel c.d. modello 01/M che annualmente il datore di lavoro era tenuto a presentare all'Inps (2), possano essere considerate "riconoscimento dell'altrui diritto", idoneo, ai sensi dell'art. 2944 c.c., ad interrompere la prescrizione.

Nella specie, la Cassazione giunge ad una soluzione positiva, per il tramite della ritenuta non negozialità del "riconoscimento del diritto" (3). La premessa del percorso argomentativo è, infatti, l'adesione all'indirizzo che nega la natura negoziale del riconoscimento del debito. Ne consegue la non necessità della verifica della specifica "intenzione ricognitiva" del denunciante. Non è richiesto, cioè, che la dichiarazione si risolva in una sorta di "confessione" del proprio debito (4), ben potendo riguardare le

(1) Sul punto si veda la recente Cass. civ. 07 marzo 2008, n. 6173, in *Guida al diritto*, 2008, fasc. 19, p.56 che ha sopito il contrasto giurisprudenziale sorto intorno all'interpretazione dei commi 9 e 10 dell'art. 3 della legge 335/1995, chiarendo che il nuovo termine di prescrizione più breve opera anche in relazione ai contributi relativi a periodi precedenti l'entrata in vigore della legge, tranne nei casi di conservazione del termine decennale. Il termine prescrizionale più breve decorre, in ogni caso, dall'entrata in vigore della legge, ossia dal 1 gennaio 1996.

(2) L'obbligo di presentazione del modello 01/M è stato sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. b) del d. l.vo 2 settembre 1997, n.314 in tema di certificazioni del sostituto d'imposta. Al suo posto è stato introdotta la c.d. certificazione unica (CUD) che il datore di lavoro deve consegnare al lavoratore nei termini stabiliti dalla legge.

(3) È noto come la dottrina prevalente propenda, invece, per la tesi della negozialità dell'atto di riconoscimento del debito. Sul punto si rimanda a BRANCA, *Le promesse unilaterali*, in Commentario Scialoja-Branca, sub. Art. 1960-1991, Bologna-Roma, 1966; DI MAJO, *Promessa unilaterale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948. Fra i fautori della tesi dichiarativa si ricordano, fra gli altri, FERRI, *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1960, pp. 480 ss; SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1978.

(4) Proprio i fautori della tesi della non negozialità dell'atto di riconoscimento ne evidenziano gli aspetti comuni alla confessione, ossia la refluenza sul piano della prova. Si veda, in questo senso, GRAZIANI, *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1991, p. 7.

circostanze che ne presuppongono la sua sussistenza. In definitiva il debitore può essere del tutto ignaro delle conseguenze legali della sua dichiarazione e potrebbe anche non volerle. Ciò che è necessario, secondo la Suprema Corte, è che il dichiarante sia consapevole delle circostanze oggetto della sua comunicazione. Il riconoscimento, quindi, può essere “esplicito”, ossia derivare dalla dichiarazione che l’obligato fa in ordine alla sussistenza del vincolo cui è tenuto o, più specificatamente, del suo debito; o anche “implicito”, ossia consistere nella attestazione relativa a determinate circostanze che costituiscono il presupposto del rapporto obbligatorio e che, quindi, in quanto dichiarate, implicano, quale conseguenza logica, il riconoscimento della sussistenza del relativo vincolo (5).

La denuncia contributiva integrerebbe, appunto, un “riconoscimento implicito”, poiché l’elencazione nominativa dei lavoratori occupati l’anno precedente e l’indicazione delle retribuzioni individuali corrisposte nello stesso periodo rappresentano dei fatti dai quali si deduce la sussistenza dell’obbligo contributivo (6). E ciò, indipendentemente dalla quantificazione del debito (7), sia in caso di riconoscimento diretto, sia implicito. L’esatta determinazione del “quantum” dovuto può risolversi, infatti, in un’operazione successiva. Il creditore sarà in ogni caso esonerato dalla prova del rapporto sostanziale. A nulla rileva, dunque, che il modello 01/M non contenga l’ammontare dei contributi pagati e che la loro determinazione sia un’operazione rimessa esclusivamente al datore di lavoro, ma del tutto sganciata dall’obbligo di denuncia, poiché “il riconoscimento costituisce un atto giuridico in senso stretto, la cui identificazione non implica l’applicazione di specifiche norme di diritto, ma più semplicemente la ricostruzione di un accadimento, di un fatto umano, la quale deve essere solamente motivata in modo congruo e corretto” (8).

2. La questione della qualificazione delle denunce contributive in termini di riconoscimento del debito era già stata affrontata dalla Suprema Corte in diverse occasioni, anche se la pronuncia in commento si caratterizza per la linearità della fattispecie in

(5) La giurisprudenza è costante nell’ammettere che il riconoscimento possa derivare da qualsiasi fatto che implichi l’ammissione dell’esistenza del diritto. Cfr. ad esempio, Cass. Civ. 19.11.1999, n.12833 in *Giust. Civ., Mass.*, 2000, I, p.1039 ss; Cass. Civ. 01.07.2003, n.10342, in *Giust. Civ., Mass.*, 2003, pp. 7-8. Secondo questa impostazione l’atto di riconoscimento può avere natura negoziale, ogni qual volta il dichiarante miri all’intento pratico previsto dalla legge; ma può anche consistere in una mera dichiarazione ove l’ammissione derivi da un atto compiuto dal dichiarante per una finalità diversa. In quest’ultimo caso la dichiarazione integra un semplice fatto probatorio. Così AZZARITI-SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in Commentario a cura di Scialoja e Branca, 1972, pp. 266.

(6) Un’altra ipotesi di atto ricognitivo implicito si ha, ad esempio, in caso di riconoscimento, da parte del venditore, di vizi della cosa alienata, che comporta il riconoscimento del suo obbligo di garanzia. Per alcuni rilievi critici su questo tema si rinvia a CAMILLERI, *Garanzia per vizi ed impegno del debitore alla riparazione del bene: note critiche a margine di Cass. Sez. Un. n.13294/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 469 ss..

(7) *Contra*, Circolare Inps 1 marzo 2000, n.55, secondo la quale gli atti interruttivi devono contenere la quantificazione del credito o l’indicazione di tutti gli elementi che consentono al debitore di pervenire alla sua quantificazione.

(8) Così si legge in Cass. civ. 12 maggio 2004, n.9054, in *Giust. civ., Mass.* 2004, p.3.

esame che ha consentito l'affermazione chiara di un principio di diritto già implicito in numerose statuizioni precedenti.

Con specifico riferimento al modello 01/M, la Suprema Corte, aveva negato valore di riconoscimento di debito contributivo in relazione alle retribuzioni in esso indicate ma risultanti superiori rispetto a quelle mensilmente documentate dai modelli DM/10, quest'ultime regolarmente pagate. In sostanza, stante la divergenza fra i dati risultanti dalle due dichiarazioni, la Cassazione non aveva riconosciuto il valore ricognitivo alla comunicazione relativa alla parte di contributo risultante eccedente (9). In quell'occasione si era osservato che "il riconoscimento deve scaturire in maniera chiara ed univoca da fatti che siano incompatibili con la volontà di non riconoscere il diritto stesso". Anche se solo incidentalmente, quindi, la Suprema Corte, nel ribadire l'orientamento giurisprudenziale dominante, secondo cui l'atto di riconoscimento non ha natura negoziale, né carattere recettizio e non deve essere necessariamente compiuto con una specifica intenzione riconoscitiva, aveva ammesso la riconducibilità alla categoria delle denunce contributive ogni qual volta da esse emergesse "la consapevolezza", da parte del dichiarante, della sussistenza del debito e la "volontarietà" dell'atto. Tali conclusioni erano state poi confermate da una pronuncia coeva (10). Era riproposto, in sostanza, l'orientamento ormai risalente, secondo cui l'atto di riconoscimento può essere contenuto in una dichiarazione diretta consapevolmente all'intento pratico di confermare l'esistenza di un diritto, "ma può essere altrettanto produttivo dell'effetto interruttivo, se l'ammissione dell'esistenza dell'altrui diritto risulta implicitamente da un atto compiuto dal debitore per una finalità diversa e senza la consapevolezza dell'effetto ricognitivo" (11). Si era inoltre evidenziato che "l'indagine volta a stabilire se una determinata dichiarazione costituisca riconoscimento del diritto fatto valere in giudizio rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito, con l'ulteriore conseguenza che il relativo accertamento, se immune da vizi logici e da errori di diritto, non è sindacabile in Cassazione".

La ricostruzione così operata sollecita, però, alcune osservazioni. In quella pronuncia, infatti, i giudici sembrano sovrapporre due differenti profili della fattispecie. Invero, l'art 3 della legge 8 agosto 1995 n.335, prende in considerazione "l'atto interruttivo della prescrizione" esclusivamente al fine di stabilire il regime prescrizionale applicabile volta per volta. L'atto di riconoscimento, cioè, non è considerato, dalla legge, in quanto idoneo a produrre le conseguenze di cui all'art. 1988 c.c., ossia ai fini della c.d. "astrazione processuale". È, piuttosto, valutato quale presupposto normativo idoneo a "conservare" il previgente regime prescrizionale decennale. In questa prospettiva, dunque, a nulla rileva l'eventuale errore della dichiarazione. Se, cioè, il denunciante afferma di aver pagato contributi in misura superiore rispetto a quelli effettivamente versati, non sarà tenuto a corrispondere l'importo erroneamente dichiarato proprio perché la denuncia, di per sé, non è fonte di obbligazione (12). L'obbligazione contributiva nasce,

(9) Si tratta di Cass. civ. 6 marzo 2004 n.4632, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, pp. 233 ss., con nota di Bellumat.

(10) Cfr. Cass. civ. 12 maggio 2004 n. 9054, cit..

(11) Così Cass. Civ. 27 giugno 1996, n.5939 in *Giust. civ.*, Mass. 1996, p. 926.

(12) Sull'atto unilaterale quale fonte di obbligazioni si rinvia a CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004.

infatti, con il sorgere del rapporto di lavoro (13). Ciò non toglie, però, che a prescindere dalla verità e correttezza delle comunicazioni contenute nei modelli, il dichiarante riferisce circostanze di fatto dalle quali l'obbligo contributivo si presume. Se, quindi, a fronte dell'eventuale pretesa dell'Inps di ottenere l'importo eccedente erroneamente dichiarato, il datore di lavoro può opporre l'eventuale vizio, ossia l'errore, che inficia la comunicazione (14), in ogni caso tale dichiarazione è assolutamente idonea a produrre i suoi effetti tipici. A prescindere, infatti, dall'entità del contributo dovuto, attraverso essa il denunciante "riconosce" la vitalità del rapporto contributivo in essere.

3. La Cassazione si è pronunciata diverse volte anche sulla natura delle dichiarazioni mensili contenute nel modello DM/10. Il problema che al riguardo si è posto non riguarda tanto la natura ricognitiva o meno della dichiarazione, quanto, il fatto che dovendo questa essere presentata in un momento antecedente al termine previsto per il pagamento mensile dei contributi (15), non avrebbe potuto esplicare effetto interruttivo rispetto ad un termine prescrizionale la cui decorrenza non era ancora iniziata. In sostanza, essendo i datori di lavoro tenuti a presentare le relative denunce contributive per ciascun periodo di paga scaduto entro il termine fissato per il versamento dei contributi, il corrispondente debito contributivo, "già sorto contestualmente alla nascita dell'obbligazione retributiva, vale a dire nel momento in cui, instauratosi il rapporto di lavoro subordinato, al lavoratore deve essere elargita la retribuzione" (16), era ritenuto "esigibile solamente alla scadenza del ventesimo giorno del mese successivo". Con la conseguenza che "quando dal datore di lavoro viene presentato il modello DM/10, la relativa denuncia fa riferimento ad un debito già sorto ma non ancora scaduto" e che, quindi, a prescindere dalla natura ricognitiva o meno delle dichiarazioni ivi contenute, lo stesso non potrebbe rivestire alcun effetto interruttivo (17).

Proprio per questa ragione la stessa giurisprudenza non mostra alcuna difficoltà nell'ammettere l'efficacia interruttiva della prescrizione alla denuncia mensile presentata in ritardo (18), stante il suo contenuto costituito dalla implicita ma "volontaria" e consapevole attestazione dell'esistenza di un rapporto obbligatorio fra datore e istituto previdenziale.

(13) La costituzione del rapporto di lavoro subordinato o l'inizio dell'attività lavorativa autonoma rappresentano situazioni considerate dalla legge presupposti fattuali necessari e sufficienti per l'istituzione del "rapporto previdenziale" quale situazione complessa. Cfr. CINELLI, *Il rapporto previdenziale*, Torino, 2005.

(14) Giova rilevare che ai sensi dell'art. 1324 c.c. agli atti unilaterali aventi contenuto patrimoniale si applicano, in quanto compatibili, le norme sui contratti e quindi anche quelle relative ai vizi del consenso. Sul punto si veda SANTORO-PASSERELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. IV, p. 211.

(15) Ai sensi dell'art. 30 della legge 21 dicembre 1978 n. 843, i datori di lavoro hanno l'obbligo di presentare all'Inps "entro i termini fissati per il versamento dei contributi", le denunce contributive relative ai "periodi di paga scaduti", redatte sugli appositi moduli predisposti dall'ente previdenziale. L'art. 1 del decreto ministeriale del 24 febbraio 1984, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14 luglio 1984 n.193, prevedeva, poi, che il versamento delle somme dovute alle gestioni previdenziali ed assistenziali dovesse essere effettuato entro il 20 di ogni mese. Il predetto termine è stato anticipato al giorno 16 di ogni mese di riferimento dal d. l.vo 9 luglio 1997.

(16) Così Cass. Civ. sez. lav. 18 ottobre 2002, n. 14826 in *Giust. civ., Mass.*, 2002, p. 1823 e Cass. Civ. 12 maggio 2004, n.9054, cit.

(17) In questo senso si veda Cass. 16 maggio 2007 n.11273 in *Giust. civ., Mass.*, 2007, p-5 e Tribunale Palermo, Sez. Lav., 12 dicembre 2003, in questa Rivista, fasc. 6, 2006, p.681. Per alcune osservazioni in proposito sia consentito rinviare a MORMILE, *Termine per l'adempimento e prescrizione nelle obbligazioni contributive*, *Id.*, 2006, pp. 683 ss.

(18) Cfr. Cass. 16 maggio 2007 n.11273, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, 5.

4. In forza dei medesimi principi è stata riconosciuta natura ricognitiva alla dichiarazione con cui il datore fa valere un proprio credito per ottenere sgravi contributivi. Anche in questo caso, non v'è dubbio che la dichiarazione dell'obligato comporti, come suo necessario presupposto, l'affermazione dell'esistenza del debito contributivo (19), così come in caso di richiesta di dilazione del pagamento senza contestazione del relativo importo (20), o di domanda di rateizzazione. Alle stesse conclusioni non può giungersi, invece, con riguardo al pagamento parziale, che non necessariamente implica riconoscimento dell'intero debito (21) e alla domanda di condono (22).

5. La ricostruzione offerta nella pronuncia in esame sollecita alcune osservazioni relativamente al profilo dei "presupposti normativi di validità delle denunce", individuati dai giudici nella "consapevolezza" del contenuto della dichiarazione e nella "volontà" di manifestarlo.

La Corte sembra, cioè, operare una distinzione fra la denuncia come atto - *rectius* attività materiale - e il profilo del contenuto dello stesso, ricollegando i presupposti della "volontarietà" e della "consapevolezza" a questo secondo aspetto piuttosto che all'atto in quanto tale. A ben vedere, invece, consapevolezza e volontarietà, intese come concreta rappresentazione della portata dell'atto nella sua materialità, costituiscono proprio i presupposti dell'atto giuridico in senso stretto (23).

La precisazione in ordine ai requisiti normativi ha senso solo se si considera la presentazione della denuncia quale attività materiale. Dal momento, cioè, che il riconoscimento è un atto giuridico in senso stretto, è sufficiente che la presentazione della dichiarazione consista in un'attività materiale volontaria e consapevole (24).

Il riferimento al suo contenuto, invece, comporterebbe, la verifica della corrispondenza fra il dichiarato e ciò che "effettivamente" si voleva dichiarare, indagine del tutto assente nelle fattispecie esaminate, oltre che del tutto superflua.

È certo, infatti, che il datore di lavoro che compila i moduli sui quali presentare le denunce contributive è consapevole della sussistenza del relativo obbligo (25). Ma la ricostruzione del riconoscimento in termini di atto non negoziale rende superflua la

(19) Così Cass. civ. 12 maggio 2004, n. 9054, *cit.*

(20) Cfr. Cass. civ. 18 febbraio 1985, n. 1405 in *Giust. civ., Mass.*, 1985, fasc. 2.

(21) Si veda, in questo senso, Cass. Civ. 16 novembre 2007, n. 23746, in *Giust. civ., Mass.* 2007, p. 11.

(22) Cfr. Cass. civ. 18 giugno 2007, n. 14069, in *Giust. civ., Mass.* 2007, p. 6.

(23) Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto Giuridico*; in *Enc. dir.*, vol. IV, Varese, 1959, pp. 210.

(24) Ciò sollecita una riflessione riguardo all'eventuale sequestro di denunce non volontariamente presentate. Proprio nell'ottica della necessaria volontarietà che deve sorreggere l'atto giuridico in senso stretto, si dovrebbe concludere che l'eventuale sequestro, ad esempio nel corso di verifiche ispettive, di denunce compilate ma non consegnate, non possa valere quale riconoscimento del debito. Questo aspetto è stato incidentalmente affrontato da Cass. civ. 16 maggio 2007, n. 11273, *cit.* Nella specie, infatti, il datore di lavoro sosteneva che i modelli non erano state volontariamente presentati ma sequestrati nel corso di un'ispezione. I giudici di merito, però, consideravano non fondata tale ricostruzione dei fatti, che avrebbe consentito la negazione del valore ricognitivo della presentazione, ritenendo che fosse stato accertato che le denunce erano state volontariamente consegnate agli ispettori.

(25) Ritenendo assente il requisito della "consapevolezza" dell'esistenza dell'obbligo, si è, ad esempio, escluso che costituissero riconoscimento del debito la dichiarazione di un lavoratore, contenuta in una quietanza rilasciata al momento della cessazione del rapporto, recante la presa d'atto della riserva espressa dalla società di voler ripetere somme dalla stessa pretese. In questo senso Cass. Civ. 21 maggio 2008, n. 12967, in *Giust. civ., Mass.* 2008, p. 5.

valutazione della consapevolezza in ordine al contenuto, a differenza di ciò che avverrebbe qualora all'atto ricognitivo fosse attribuita valenza negoziale. In questo caso, infatti, avrebbe senso valutare se gli effetti del riconoscimento possano derivare indirettamente da un comportamento che, ancorché privo di diretta finalità ricognitiva, esprima la consapevolezza del contenuto della dichiarazione e la volontà di comunicare le circostanze attestate.

In questa cornice di riferimento si inserisce un'ulteriore riflessione sulla compatibilità del requisito della "volontarietà" in un contesto dominato dall'obbligatorietà (26).

La presentazione dei modelli rappresenta, infatti, un obbligo accessorio del rapporto contributivo e sostanzialmente assolve ad una funzione strumentale all'eventuale controllo che successivamente può essere esercitato dagli organi competenti. L'omessa o l'irregolare presentazione di tali dichiarazioni integra evasione contributiva, punita con una sanzione amministrativa (27). Si tratta, dunque, di dichiarazioni imposte dalla legge quali obblighi accessori del rapporto contributivo, aventi ad oggetto alcuni "fatti" concernenti il rapporto di lavoro, ritenuti rilevanti ai fini del successivo controllo da parte degli enti di vigilanza. Ma stante la natura non negoziale riconosciuta alla denuncia contributiva, la "volontarietà" non può che riguardare la dichiarazione in quanto atto. Un atto che, ancorché dovuto, viene in considerazione nella sua materialità poiché l'atto della presentazione è frutto del processo volitivo del denunciante. In sostanza, l'esplicazione dell'attività nella direzione dovuta deve essere un fatto volontario (28). Anche sotto questo profilo, dunque, la distinzione operata dalla Cassazione fra l'atto della presentazione e il contenuto della dichiarazione è forzata. Una volta negata la natura negoziale al riconoscimento del diritto, sfumano, infatti, le eventuali ragioni della distinzione.

Lalage Mormile

*Ricercatrice presso il Dipartimento
di diritto privato dell'Università di Palermo*

(26) Giova ricordare che la presentazione del modello DM/10 è imposta dall'art. 30 della legge 843/1978. Con tale dichiarazione il soggetto obbligato comunica all'ente previdenziale alcuni dati strumentali all'esercizio del potere di controllo, ossia circostanze di fatto riguardanti il rapporto di lavoro, il tipo di attività espletata, la contribuzione dovuta ed anche i parametri attraverso cui la contribuzione si determina, ossia il numero dei dipendenti occupati nel corso del periodo di paga e l'ammontare della retribuzione imponibile. L'art. 4 della legge 467/1978 prevede, inoltre, la presentazione del c.d. modello 01/M, ossia la denuncia annuale dei nominativi dei lavoratori occupati nell'anno precedente e delle retribuzioni corrisposte.

(27) Sulla differenza fra omissione ed evasione contributiva sono recentemente intervenute le Sezioni unite della Corte di Cassazione che con sentenza 07 marzo 2005, n.4808 hanno chiarito che si ha omissione allorché, in presenza dell'adempimento di tutte le denunce e registrazioni obbligatorie difetti il solo versamento delle contribuzioni, mentre è configurabile l'evasione contributiva quando venga omesso anche uno solo degli adempimenti prescritti. Per un commento della sentenza si rinvia a MARIMPIETRI, *La Cassazione a sezioni Unite si pronuncia su omissione ed evasione contributiva*, in *Dir. rel. ind.* 2005, pp. 469 ss. Sullo stesso argomento cfr. PALONE, *Omessa compilazione del modello DM/10: le sezioni Unite ampliano le ipotesi di evasione contributiva*, in *Riv. inf.*, 2005, pp. 61 ss.

(28) Sull'atto dovuto si rinvia a Nicolò, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, vol. I, Varese 1958, p. 556.

Persona fisica e diritti della personalità - Riservatezza (*privacy*) in genere - Videosorveglianza - Luogo diverso dal domicilio - Violazione - Insussistenza - Condizioni.

Tribunale di Catania - 18.06.2008 (Ord.) - Pres. Majorana - Rel. Bernabò Distefano - C.S.F. - A.C. ed altri.

Non viola la normativa in tema di privacy l'utilizzo di sistemi di videosorveglianza in luogo privato che non costituisca domicilio in senso tecnico quando persegua uno scopo lecito e sia necessario, pertinente e proporzionato e che i dati raccolti non siano destinati a comunicazione sistematica o alla diffusione.

FATTO e DIRITTO — Il Tribunale di Catania osserva quanto segue.

Con il presente reclamo, C. S. F. lamenta che non sono state prese in considerazione dal giudice di prime cure le ragioni che hanno spinto esso reclamante a far installare l'impianto di videosorveglianza e dei susseguenti tentativi di manomettere la telecamera medesima, e cioè ragioni di protezione per sé e la propria famiglia. Lamenta, inoltre, che vi è stata una erronea valutazione della consulenza tecnica di ufficio del geom. G., il mancato riferimento alla consulenza tecnica di parte, una ingiusta condanna alle spese per il resistente.

I reclamati, costituendosi nella presente sede, hanno contestato tutte le deduzioni avversarie e ribadito che la ripresa visiva, anche notturna di immagini, la loro archiviazione in un disco di memoria, relativamente ad una parte dell'ingresso condominiale, ed a settori della scala condominiale, provoca uno "stato di disagio dei condomini" e comunque va posto "a tutela del diritto alla privacy (legge 29/4/2004)".

Il reclamo è fondato.

Il D.lgs. 30/6/2003, n. 196, che ha sostituito la precedente normativa di cui alla legge n. 675/06 e successive integrazioni e modificazioni, ha disciplinato in maniera organica, a far tempo dal 1° gennaio 2004, l'intera materia relativa alla tutela dei dati personali, raccogliendo in forma di testo unico tutte le disposizioni al riguardo. Il testo rappresenta il primo modello di codificazione organica della privacy in Europa e tiene conto sia del quadro normativo comunitario (direttive n. 95/46/CE e n. 2002/58/CE.) che di quello internazionale. L'innovazione di maggior portata del suddetto decreto - che ha dettagliatamente regolamentato la materia con riferimento a nuovi settori precedentemente non contemplati, o contemplati solo in parte (ambito giudiziario, sanitario, scolastico, forze di polizia, difesa e sicurezza dello Stato, controllo a distanza e telelavoro, videosorveglianza e localizzatori di persone, comunicazione elettronica) - consiste nell'aver disposto all'art. 1: "Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano". Tale diritto, quale prerogativa fondamentale della persona, è stato introdotto nell'ordinamento in attuazione dell'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 e deve considerarsi autonomo e distinto rispetto al diritto alla riservatezza, consentendo al suo titolare di conoscere e controllare la circolazione delle informazioni che lo riguardano.

Altro elemento innovativo di carattere generale, che, posto a fondamento del sistema di garanzie approntato dal Codice, deve orientare l'azione amministrativa, è costituito dal principio di "necessità del trattamento dei dati personali", che va ad integrare quelli di "pertinenza e di non eccedenza" dei dati trattati (già individuati dalla legge n. 675 del 1996) con particolare riferimento alla configurazione dei sistemi informativi e programmi informatici. In base a tale principio i sistemi informativi e i programmi informatici vanno predisposti così da ridurre al minimo l'utilizzo di dati personali ed identificativi, escludendone il trattamento ogni qual volta le finalità perseguite possono essere raggiunte mediante l'uso di dati anonimi, o di modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità (art. 3). Con l'introduzione del diritto alla protezione dei dati personali sono state previste garanzie ancor più ampie rispetto a quelle già contemplate dalla legge n. 675/1996, abrogata dal Codice.

La disciplina della tutela dei dati personali, riferendosi all'intera serie dei fenomeni sociali nei quali questi possono venire in rilievo, si caratterizza essenzialmente per il riconoscimento di una serie di diritti alle persone fisiche e giuridiche relativamente ai propri dati, diritti di cui sono regolate analiticamente caratteristiche, limiti, modalità di esercizio, garanzie, forme di tutela in sede amministrativa e giurisdizionale; essa rientra quindi nella competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile, di cui all'art. 117 comma 2 lett. I) Cost. (Corte Cost. 7 luglio 2005, n. 271).

La protezione del dato personale riceve particolare tutela quando si tratta di dati sensibili, intendendosi per tali, ex art. 4 D.lgs. n. 196/2003, i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni ad organizzazioni a carattere religioso, filosofico), politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

La particolare natura di tali dati, e segnatamente di quelli - riguardanti la salute e il sesso delle persone - appartenenti alla species dei cd. dati supersensibili, che investe la parte più intima della persona nella sua corporeità e nelle sue convinzioni psicologiche più riservate, è oggetto, in ragione dei valori costituzionali (art. 2 e 3 cost.) posti a loro presidio, di una protezione rafforzata, esplicitantesi nelle garanzie poste anche riguardo al trattamento operato dai "soggetti pubblici", garanzie che esigono il rispetto del modulo procedimentale stabilito dalla legge del 1996, così come integrato nel 1999. (Cass. civ., sez. L., 8 luglio 2005, n. 14390).

Nel caso di specie, l'odierno reclamante ha installato una telecamera al fine di riprendere l'ingresso esterno della propria abitazione e l'area antistante.

Prima di procedere a tale installazione, ha inviato una raccomandata all'amministratore del Condominio ed ha avvisato i Carabinieri della locale Stazione dell'installazione medesima. Tale circostanza non è contestata dai reclamati (Cass. 17/6/2004, n. 11353; Cass. 15/11/2007, n. 23368), i quali si dolgono della mancata autorizzazione da parte del Condominio della installazione medesima.

Il reclamante ha ripetutamente evidenziato di avere collocato la telecamera a seguito di minacce, insulti ed atti vandalici di ogni genere ed ancora che, in data 3/11/2007, si era tentato di manomettere la telecamera medesima.

In tale contesto, si deve individuare quale sia il dato personale che viene in rilievo nella presente fattispecie.

Non si tratta di un dato c.d. sensibile ex art. 4 lett. D) D.lgs. n. 196/2003, atteso che la ripresa audiovisiva non serve a rivelare convinzioni politiche, religiose, filosofiche o di altro genere, oppure riguarda dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale dell'interessato: nel caso in esame, il reclamante ha montato la telecamera per tutelare se stesso e la propria famiglia dalle dedotte illecite condotte di altri soggetti.

Si tratta dell'esercizio di un diritto anche civilisticamente tutelato, purché condotto entro i limiti del principio di liceità ("Il trattamento dei dati attraverso sistemi di videosorveglianza è possibile solo se è fondato su uno dei presupposti di liceità che il codice prevede espressamente per gli organi pubblici"), del principio di necessità ("Poiché l'installazione di un sistema di videosorveglianza comporta in sostanza l'introduzione di un vincolo per il cittadino, ovvero di una limitazione ovvero di un condizionamento, va applicato il principio di necessità e, quindi, va escluso ogni uso superfluo ed evitati eccessi e ridondanze"), del principio di proporzionalità ("Nel commisurare la necessità di un sistema al grado di rischio presente in concreto, va evitata la rilevazione di dati in aree o attività che non sono soggette a concreti pericoli, o per le quali non ricorre un'effettiva esigenza di deterrenza, come quando, per esempio, le telecamere vengono installate solo per meri fini di apparenza o di prestigio... Il principio di proporzionalità consente, ovviamente, margini di libertà nella valutazione da parte del titolare del trattamento, ma non comporta scelte del tutto discrezionali e insindacabili...la proporzionalità va valutata in ogni fase e modalità del trattamento, per esempio quando si deve stabilire...la dislocazione, l'angolo visuale, l'uso di zoom automatici"), del principio di finalità ("Gli scopi perseguiti devono essere determinati, espliciti e legittimi. Ciò comporta che il titolare possa perseguire solo finalità di sua pertinenza").

Tali principi sono stati espressi dal Garante per la protezione dei dati personali, con provvedimento a carattere generale del 29/4/2004. In precedenza, la materia era stata disciplinata dalle regole individuate dal garante con il provvedimento generale datato 29/11/2000 (Videosorveglianza. Il decalogo per non violare la privacy).

Orbene, il reclamante ha, in ogni caso, operato, installando la detta telecamera, nel pieno rispetto dei principi enunciati dal Garante, atteso che: 1) ha portato a conoscenza dell'amministratore di condominio il proposito di installare la telecamera e nessun rilievo è stato mosso da questi il quale non ha ritenuto di portare l'argomento all'attenzione del condominio; 2) ha esercitato un diritto che gli compete in quanto proprietario esclusivo dell'immobile cui accede la porta a cui presidio è stata posta la telecamera, ed altresì in quanto proprietario delle aree comuni dell'intera palazzina (Cass. 24/8/1991, n. 9084) il cui diritto trova un limite solo nel consentire un pari esercizio dell'altrui diritto; 3) le deduzioni di parte reclamante appaiono idonee a ritenere la necessità dell'installazione per consentire al soggetto di tutelarsi da ripetuti atti vandalici ed altresì la proporzionalità del mezzo al fine, attesa appunto la dedotta sussistenza di concreti pericoli a cose e persone.

Inoltre, sempre con riferimento al principio di proporzionalità, rileva il Collegio che proprio la collocazione della telecamera nella sua attuale installazione consente una proporzionale tutela del diritto del C. atteso che un cono d'ombra, limitato alla sola porta (e collocato più in basso rispetto alla attuale sistemazione) nei termini evidenziati dal consulente tecnico di ufficio, offrirebbe una tutela troppo limitata al diritto del soggetto e, di conseguenza, potrebbe essere inopportuna alle esigenze di tutela così come

prospettate dal reclamante. In altri termini, un cono di rilevamento delle immagini unicamente limitato alla porta d'ingresso del C., potrebbe non esser tale da consentire proprio quella tutela che il reclamante ha apprestato sistemando la telecamera in oggetto. Si pensi al lancio di oggetti atti a sporcare o danneggiare la porta effettuato da soggetti che si trovano proprio nei pressi della porta de qua e che, secondo le indicazioni del consulente tecnico di ufficio, non costituirebbero oggetto della ripresa televisiva.

Il rispetto dei principi espressi dal Garante nel 2004, consente, pertanto, di inferire il pieno esercizio di un diritto da parte del reclamante.

La condotta del reclamante non integra, inoltre, gli estremi penali di cui all'art. 167 D.lgs n. 196/2003, che prevede il dolo specifico del fine di trarre profitto o di recare ad altri un danno, per configurare la fattispecie penale.

L'art. 167 cit. recita: "1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'articolo 129, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi. 2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 17, 20, 21, 22, commi 8 e 11, 15, 26, 27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni".

Come più volte detto, il C. ha agito per la difesa di propri diritti, né parte reclamata ha fornito prova del contrario o deducendo una diffusione dei dati raccolti e registrati.

A tal proposito, si evidenzia che l'art. 5 co. III, del D.lgs n. 196/2003 prevede espressamente: "Il trattamento dei dati personali effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali è soggetto all'applicazione del presente codice solo se i dati sono destinati ad una comunicazione sistematica od alla diffusione".

Ciò significa che il fine personale esclude l'applicazione del c.d. codice della privacy alla fattispecie in esame.

Deve, invero, rilevarsi che l'art. 134 D.lgs n. 196/2003 prevede l'adozione di un codice di deontologia e di buona condotta da parte del garante, ai sensi dell'art. 12 cit.. Con deliberazione 29/12/2005, n. 26, il Garante ha emanato il Regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari presso il garante per la protezione dei dati personali.

Nel caso di impianti di videosorveglianza finalizzati alla sicurezza personale, quali quelli installati per il controllo dell'accesso alle abitazioni, pur non essendo soggetti all'applicazione della normativa in tema di privacy, devono essere osservate le regole sopra indicate e di cui ai comunicati stampa del 2/12/2000 e del 20/5/2004, che limitano la ripresa allo spazio antistante gli accessi e la mancanza di diffusione o comunicazione ad altri.

Le parti hanno, in ordine al provvedimento cautelare, dibattuto circa il cono di proiezione del raggio della telecamera, atteso che, così come attualmente fissata, la telecamera riprende non solo la porta del reclamante ma anche alcuni gradini della scala condominiale, mentre i reclamati mirano al limitare il cono visivo dell'obiettivo alla sola porta del reclamante.

Per quanto sopra detto, il problema impostato in questi termini non appare corret-

to nel senso che, essendo consentito l'esercizio del diritto da parte del reclamante nei termini sopra delineati, non ricorrendo la fattispecie penalmente sanzionata dal legislatore, non può limitarsi l'esercizio del diritto del C. secondo quanto indicato dal consulente tecnico di ufficio.

Invero, già sotto il vigore della precedente disciplina legislativa (Legge n. 675/1996), il Garante aveva precisato che, con riferimento agli impianti installati presso le banche, "... non esiste alcuna norma della legge sulla privacy che vieti di installare telecamere che non siano in grado di individuare il volto di una persona presente nella filiale di una banca... Al contrario... la legge non ostacola affatto l'installazione di telecamere a fini di sicurezza... Il Garante ha indicato, infatti, fin dal dicembre 2000, le garanzie con le quali le installazioni di impianti di videosorveglianza sono non solo possibili, ma consentite a fini di tutela della sicurezza dei cittadini... Non avrebbe alcun senso, anche logico,... installare un sistema di videosorveglianza per la sicurezza dei clienti che riprenda solo il tronco e la parte inferiore delle persone e non anche il volto" (Comunicato stampa del Garante del 27/ 12/2002).

Ciò significa che la lecita interferenza nell'altrui vita privata, con il rispetto dei principi sopra indicati, è consentita.

Resta da specificare che la liceità del comportamento del reclamante si estende sia in ordine al predetto concetto di "spazio antistante gli accessi" sia in ordine alla mancata diffusione del dato dal parte del reclamante.

Sotto il primo profilo, che attiene alla illiceità dell'interferenza nella vita privata, con sentenza 10/11/2006, n. 5591, la Corte di Cassazione ha escluso la configurabilità del reato di cui all'art. 615 bis c.p. - interferenze illecite nella vita privata - nel caso di condotta costituita dall'installazione di telecamere atte ad inquadrare le aree condominiali antistanti l'ingresso dei suddetti locali, onde accertare l'identità degli autori di ripetuti episodi di danneggiamento ed imbrattamento verificatisi in danno del condomino, essendo le aree anzidetto destinate all'utilizzo, senza carattere di stabilità, da parte di un numero indifferenziato di persone. La Corte ha, sul punto specificato che "... il limite della tutela della libertà domiciliare di cui all'art. 14 Cost. non sembra essere stato superato posto che la telecamera è stata... montata in modo da riprendere l'area antistante, ricadente nell'utilizzabilità di un numero indifferenziato di persone e non certo nella sfera di privata dimora di un singolo soggetto... Le videoregistrazioni eseguite sull'area antistante l'abitazione della parte lesa, finalizzata esclusivamente ad accertare l'autore di gravi e reiterati episodi delittuosi commessi ai suoi danni, ben possono costituire legittima fonte di prova... In altri termini non si è in presenza di una illegittima intromissione da parte di terzi che tende a prendere conoscenza di quanto accade all'interno di altro immobile, o, comunque, all'interno di un bene nella disponibilità esclusiva di un terzo, bensì della "documentazione" di una attività posta in essere da chi, vittima di un reato in itinere, si rende parte diligente per individuare l'autore delle illecite condotte denunciare".

È significativo considerare come la sentenza in esame, pronunciando in ordine alla legittimità del mezzo di prova apprestato dal soggetto privato, si limiti alla analitica considerazione del solo art. 14 Cost., articolo che enuncia la inviolabilità del domicilio, nulla indicando in ordine alla legge sulla privacy, seppur la decisione che si analizza sia stata scritta nel 2006 e cioè ben tre anni dopo l'entrata in vigore della legge

che si commenta.

Parimenti del solo aspetto penalistico di domicilio, si occupa la recente sentenza della Cassazione 29/4/2008, n. 17408, che ha ravvisato la violazione del domicilio, con la susseguente configurazione del reato di interferenze illecite nella vita privata, nel caso di immagini riprese all'interno del giardino di villa Certosa in Sardegna di proprietà del Presidente Berlusconi, atteso che le fotografie "... non solo rappresentano aspetti di vita all'interno di appartenenze di dimora privata, ma sono anche il risultato di intrusione nel domicilio altrui, in modo da costituire l'ipotizzato reato di cui all'art. 615-bis c.p. e in modo da violare anche il codice deontologico nell'attività giornalistica, che prescrive l'uso corretto di tecniche invasive".

Alla luce della sentenza n. 5591/2006 e considerato che la fattispecie in esame concerne una porzione di una rampa della scala condominiale collegata alla porta di abitazione del C., area che ricade nella utilizzabilità di un numero indifferenziato di persone, compreso lo stesso reclamante, e da considerare lecito il sistema di videosorveglianza utilizzato dal reclamante (si confronti, sul punto, Aut. protez. dati person., 4 ottobre 2007 che delimita l'angolo visuale delle telecamere utilizzate dal Comune in modo da escludere ogni forma di ripresa di spazi interni ad abitazioni).

In sostanza, il caso in esame rappresenta il riflesso civilistico dell'inesistenza del concetto di domicilio preso in esame dalla citata sentenza della Corte di Cassazione n. 5591/2006, atteso che, dovendosi operare un bilanciamento di interessi tra i beni della vita dedotti dalle parti, il diritto alla tutela dei beni della persona del reclamante, della propria famiglia e dei propri beni, prevale sul diritto alla protezione dei dati personali espresso dai reclamati. Invece, non potendosi l'area in esame considerare quale domicilio, non scatta il diritto alla riservatezza che, avendo esercitato il C. il proprio diritto nel rispetto dei principi sopra enunciati, non gode della tutela propria del domicilio, potendo essere utilizzata da un numero indifferenziato di persone.

Infine, la Corte di Cassazione ha ribadito che non scatta il reato di interferenze illecite nella vita privata quando manca la diffusione del dato raccolto, diffusione che, alla luce dei moderni sistemi telematici ed elettronici, costituisce il pregnante oggetto della tutela operato dal codice della privacy (Cass. Pen. 28/11/2007, n. 1766 in tema di videoregistrazione di rapporti sessuali con il partner; tribunale Milano 8/11/2005 con riferimento alla esclusione del consenso, ai sensi dell'art. 24 Iett. F) D.lgs. n. 196/2003; Cass. 15/7/2005, n. 15076) e che non sussiste nel caso in esame, non avendo il C. diffuso i dati raccolti.

In conclusione, per le superiori considerazioni, la condotta del reclamante non rientra nella disciplina del c.d. codice della privacy, ex art. 5 co. III, perché i dati raccolti non sono comunicati sistematicamente o diffusi e non ha violato la norma penale perché il reclamante ha adottato le cautele a tutela dei terzi, ha agito in relazione all'esigenza di preservare la sicurezza di persone e di tutelare beni e, pertanto, nei limiti e con le precise finalità indicate dalla citata sentenza della Corte di Cassazione n. 5591/2006.

Sussistono giusti motivi, anche in considerazione dell'esito della controversia e della particolarità della questione trattata, per compensare interamente tra le parti le spese di giudizio, anche quelle relative al provvedimento oggi reclamato.

(Omissis)

NOTA

L'ordinanza che si esamina affronta il problema dell'utilizzo da parte di soggetto non pubblico di impianti di videosorveglianza in luoghi privati.

L'estrema attualità del problema emerge dalla indagine disposta dal Garante della privacy e resa pubblica con comunicato stampa del 25.9.2008.

Il Garante ha rilevato l'enorme diffusione di sistemi di videosorveglianza e, in assenza di una adeguata normativa in ordine ai possibili utilizzi delle immagini raccolte, ha ritenuto di disporre controlli per "acquisire elementi che consentano di verificare, in particolare, l'informazione data al pubblico, il rispetto delle norme di sicurezza, i tempi di conservazione delle immagini, della loro incidenza in aree aperte al pubblico con una elevata presenza di persone e di minori, dell'utilizzo di tecnologie particolarmente sofisticate o di telecamere non facilmente rilevabili".

L'ordinanza in esame si segnala per aver affrontato il caso concreto con un approccio sistematico che traccia un metodo generale di lavoro corretto ed esaustivo.

Il caso

Il profilo lamentato riguarda la violazione della normativa in tema di privacy.

La disciplina vigente è dettata dal D.Igs. 30.6.2003, n. 196, che ha sostituito, abrogandola, la L. n. 675/96.

L'innovazione principale della nuova disciplina consiste nell'aver sancito uno specifico diritto alla protezione dei dati personali - distinto dal diritto alla riservatezza (art. 2) - alla cui applicazione devono essere preposti il principio di necessità del trattamento dei dati personali (art. 3), il principio di pertinenza e il principio di non eccedenza (o di proporzionalità) (art. 11, lett. d) dell'utilizzo dei dati.

Viene sancito quindi un generale diritto di tutela dei dati personali, diritto che assume particolare rilevanza allorché si tratti di dati personali sensibili (art. 4, lett. d).

La fattispecie che ci occupa riguarda il sempre più diffuso utilizzo di mezzi di videosorveglianza da parte di privati per la tutela di propri diritti.

La necessità nasce dal bisogno di sicurezza in luoghi privati (negozi, garages condominiali, supermercati, banche ecc.), bisogno che sembra ricevere adeguata tutela dalla collocazione di telecamere.

Il sistema, peraltro, sembra agire sotto un duplice profilo.

Da un lato infatti scoraggia la commissione di violazioni, dall'altro facilita l'individuazione dei responsabili.

Il Collegio ha affrontato in primo luogo l'applicabilità della normativa dettata dal D.Igs. 196/2003, escludendola, ai sensi dell'art. 5, n. 3, se e in quanto trattasi di trattamento effettuato da privato "senza destinazione ad una comunicazione sistematica o alla diffusione".

Ha quindi individuato il Collegio l'esercizio di un diritto, legittimo se esercitato nei limiti di legge.

La verifica va quindi effettuata alla luce dei già menzionati principi di liceità,

necessità e proporzionalità in relazione alla finalità da perseguire (artt. 2.2, 2.2, 2.3, 2.4 Provvedimento generale del Garante n. 1003482 del 29.4.2004).

Accertata quindi la tutelabilità dell'interesse perseguito, se posto in essere entro i limiti dettati dai principi enunciati, il posizionamento di telecamere in luogo privato è lecito.

Ovviamente è evidente la illiceità quando vengono violate norme penali.

In particolare l'ipotesi più ricorrente riguarda la presunta violazione della normativa prevista dagli artt. 614 (violazione di domicilio) e 615 bis (Interferenze illecite nella vita privata) del codice penale. La giurisprudenza, dopo un primo approccio restrittivo (Cass Penale, sez. I, 4.4.2003, n. 25666 ha ritenuto sussistente il reato di cui all'art. 615 bis nel caso di installazione di videocamera collocata in modo da riprendere la soglia di casa e l'ingresso della autorimessa della parte offesa), ha ritenuto lecito sul piano probatorio l'utilizzo di immagini registrate da una telecamera antivandali a condizione che le riprese non interferiscano con la sfera di privata dimora di un singolo soggetto (Cass. Penale, sez. V, 14.5.2008, n. 22602).

In conformità era stato escluso il reato di cui all'art. 615 bis c.p. nell'ipotesi di installazione all'interno di locali di proprietà esclusiva di un condomino di telecamere atte ad inquadrare le aree antistanti l'ingresso ai suddetti locali, onde accertare l'identità degli autori di ripetuti episodi di danneggiamento (Cass. Penale, sez. II, 10.11.2006, n. 5591).

Viceversa è stato ritenuta illegittima ai sensi dell'art. 615 bis c.p. la ripresa di immagini all'interno di una villa privata e per di più con l'utilizzo di tecniche invasive (Cass. Penale, sez. V, 22.2.2008, n. 17408).

Dalle sentenze citate sembra potersi ricavare la liceità dell'installazione di telecamere quando l'oggetto di ripresa non sia l'interno del domicilio della eventuale parte offesa e quindi abbia ad oggetto parti condominiali aperte ad un numero indeterminato di persone ovvero la porta di abitazione dell'autore delle riprese.

Ovviamente, determinata in astratto la liceità della condotta, la verifica concreta andrà effettuata alla luce dei principi dettati dal D.Igs. 30.6.2003, n. 196 sopra evidenziati.

Dovrà quindi il giudicante ricavare, dall'esame del bilanciamento degli interessi e dalle condizioni specifiche di intervento, valutare in concreto la necessità, la proporzionalità e la pertinenza dei mezzi adottati.

Completa infine l'iter logico il collegio evidenziando la necessità della verifica della non diffusione dei dati raccolti applicando l'orientamento giurisprudenziale (Cass. Pen., sez. V, 28.11.2007, n. 1766, Trib. Milano 8.11.2005, Cass. Civ., sez. I, 15.7.2005, n. 15076) in ordine alla possibilità di raccogliere dati non destinati alla diffusione, ma la cui violazione da sola sancirebbe l'illiceità dell'intera operazione.

Sembra evidente infine che la prova dell'utilizzo debba essere fornita da chi invoca l'illiceità del comportamento.

Guglielmo Tita
Avvocato

CORTE COSTITUZIONALE

Sentenze

Pensioni - Benefici combattentistici - Maggiorazione pensionistica - Perequazione - Decorrenza

Corte Costituzionale - Sentenza 5.12.2008 n. 401 - Pres. Flick - Rel. Amirante.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 505, L. 24 dicembre 2007 n. 244 che, nell'interpretare autenticamente l'art. 6 della legge n. 140 del 1985, ha previsto che la maggiorazione reversibile pari a £ 30.000 prevista dal comma 1 del medesimo articolo si perequa a partire dal momento della concessione della maggiorazione stessa agli aventi diritto.

FATTO — 1.1. — La Corte di appello di Trieste - adita dall'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) per la riforma della sentenza di primo grado che aveva riconosciuto ad alcuni ex combattenti il diritto a vedersi calcolata sulla maggiorazione pensionistica prevista dall'art. 6 della legge 15 aprile 1985, n. 140 (Miglioramento e perequazione di trattamenti pensionistici e aumento della pensione sociale), la perequazione automatica sin dall'anno 1985 e non solo dalle date di costituzione del beneficio - ha sollevato, con ordinanza del 7 febbraio 2008, in riferimento agli artt. 3, primo e secondo comma, 24 primo e secondo comma, e 38, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 505, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008).

Il giudice *a quo* specifica che la norma impugnata è sopravvenuta in corso di causa e ricostruisce la *ratio* del beneficio osservando che il legislatore, facendosi carico delle conseguenze del secondo conflitto mondiale, ha previsto - con il citato art. 6 della legge n. 140 del 1985 - in favore degli *ex* combattenti che non avessero goduto di altri benefici, una maggiorazione reversibile della pensione nella misura di lire 30.000 mensili (attuali 15,49 euro). A norma del comma 3 della disposizione citata, la maggiorazione "è soggetta alla disciplina della perequazione automatica".

Tuttavia l'interpretazione dell'art. 6, secondo cui il beneficio va perequato sin dalla sua istituzione, suffragata dalla sentenza della Corte di cassazione n. 14285 del 2005, è stata contraddetta dalla norma impugnata, la quale, a ben ventidue anni di distanza dall'emanazione della citata legge n. 140 del 1985, ha stabilito che, viceversa., la suddetta perequazione debba decorrere "dal momento della concessione della maggiorazione agli aventi diritto".

Si sarebbe così determinata un'irragionevole disparità di trattamento, in violazio-

ne dell'art. 3, primo e secondo comma, Cost., fra coloro che ottennero la prestazione nel 1985 (e negli anni seguenti) ed i nuovi e successivi aventi diritto: per i primi vi è stata una perequazione immediata, mentre per gli altri la maggiorazione è stata perequata solo dopo la concessione, pur trattandosi di soggetti parimenti meritevoli e nelle stesse condizioni.

Infatti, l'unico requisito per ottenere detta maggiorazione è l'appartenenza alle categorie previste dalla legge 24 maggio 1970, n. 336 (Norme a favore dei dipendenti civili dello Stato ed Enti pubblici ex combattenti ed assimilati), cioè il possesso di una condizione già in essere da anni.

Risulterebbe vulnerato anche l'art. 38, secondo comma, Cost., in quanto il trattamento pensionistico, del quale la maggiorazione in parola è parte integrante a tutti gli effetti, mira a conferire mezzi adeguati, mentre la concessione di un trattamento differenziato contrasta con la circostanza che la pensione dovrebbe essere eguale *in parte qua*.

Sarebbe infine violato anche l'art. 24, primo e secondo comma, Cost., in quanto la norma impugnata avrebbe compresso il diritto degli interessati ad ottenere la perequazione anche per il passato: infatti la maggiorazione verrà pagata dalla data della domanda, ma con un importo inferiore a quello del lontano 1985, così che il ricorso a norma interpretativa per sacrificare detto diritto concreta un intervento in una materia già oggetto del giudizio.

1.2. — È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per la declaratoria di manifesta infondatezza, osservando come la norma denunciata non faccia venir meno alcuna prerogativa giudiziale, limitandosi a disciplinare la decorrenza della misura perequativa.

In una memoria depositata successivamente, l'Avvocatura ha altresì sottolineato la discrezionalità del legislatore in materia di perequazione del trattamento pensionistico, nonché le esigenze di bilancio sottese alla norma stessa.

1.3. — Nel giudizio dinanzi a questa Corte si sono costituiti l'INPS ed uno degli appellati nel giudizio *a quo*.

1.3.1. — L'Istituto ricorda di aver sostenuto, fin dalla circolare n. 117 del 25 maggio 1985, la tesi secondo cui si ha perequazione solo a partire dal momento della concessione della maggiorazione, nel senso che la maggiorazione è suscettibile di essere aumentata, in virtù della perequazione automatica, solo dopo che sia stata acquisita al trattamento pensionistico. Ma la Corte di cassazione (peraltro, con la sola sentenza n. 14285 del 2005) - diversamente interpretando il citato terzo comma dell'art. 6 della legge n. 140 del 1985 - ha ricavato la regola per cui la perequazione automatica opera, per tutti i beneficiari della maggiorazione, fin dal 1985, anno dell'istituzione del beneficio.

In questa situazione di incertezza tra una costante prassi amministrativa ed un sopravvenuto orientamento giurisprudenziale, il legislatore è intervenuto con la norma impugnata, interpretando l'art. 6, comma 3, della legge n. 140 del 1985 nel senso che l'importo della maggiorazione deve essere attribuito, alla decorrenza della medesima, nella misura originaria e non in quella comprensiva delle perequazioni intervenute dalla sua istituzione. Nell'argomentare la non fondatezza della questione, l'Istituto

ricorda la giurisprudenza di questa Corte in materia di norme di interpretazione autentica, rilevando, inoltre, che la differenza quantitativa trova giustificazione nel diverso momento di accesso alla maggiorazione, sì che il solo trascorrere del tempo ben può essere già di per sé elemento idoneo a giustificare un differenziato trattamento.

Sarebbero altresì infondate le censure relative agli artt. 24 e 38 Cost.: sotto il primo profilo, infatti, la norma impugnata non determinerebbe alcuna riduzione *ex post* del trattamento previdenziale spettante agli assicurati, né cagionerebbe un trattamento pensionistico insufficiente al soddisfacimento delle esigenze di vita del lavoratore, limitandosi ad imporre (quanto al secondo parametro evocato) un'interpretazione già desumibile dalle disposizioni interpretate.

1.3.2. — La parte privata, nel ribadire le argomentazioni di cui all'ordinanza di rimessione, specifica in via esemplificativa come coloro che hanno beneficiato della maggiorazione in parola sin dall'entrata in vigore della legge n. 140 del 1985 - in quanto da quell'epoca pensionati - si siano visti rivalutare l'importo di lire 30.000 (euro 15,49) e, quindi, attualmente ricevano un importo mensile pari a circa euro 36,00, mentre chi andando in pensione si vede costituire la prestazione oggi, percepisca l'importo di euro 15,49, soggetto a perequazione solo per il futuro.

2.1. — Nel corso di tre giudizi in cui l'INPS aveva chiesto la riforma della sentenza di primo grado che aveva riconosciuto ai ricorrenti - appartenenti alle categorie degli *ex* combattenti ed assimilati - il diritto a che la maggiorazione pensionistica di cui all'art. 6 della legge n. 140 del 1985 fosse assoggettata a perequazione automatica sin dall'anno 1985 e non solo dalle date di costituzione della prestazione, la Corte di appello di Torino ha sollevato, con tre identiche ordinanze in data 29 gennaio 2008, questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., del medesimo art. 2, comma 505, della legge n. 244 del 2007.

Il remittente riporta alcuni stralci della motivazione della già citata sentenza n. 14285 del 2005 della Corte di cassazione, affermativa del diritto di cui sopra, ed aggiunge che le argomentazioni addotte da quella decisione a favore della tesi dei pensionati - nel senso, cioè, della decorrenza della perequazione automatica della maggiorazione di cui all'art. 6, legge n. 140 del 1985 a partire dalla data di entrata in vigore della norma, e non da quella eventualmente successiva della liquidazione del trattamento pensionistico - "paiono ora decisive ai fini del giudizio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale".

2.2. — In tutti e tre i giudizi è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per la declaratoria di manifesta infondatezza ovvero di inammissibilità della questione, osservando come la maggiorazione in argomento sia stata riconosciuta a quanti potevano vantare requisiti combattentistici, ponendo questa categoria in una posizione differenziata rispetto alla generalità dei pensionati, con la conseguenza che essa rappresenta un'eccezione *in melius* al principio della necessaria corrispondenza tra i contributi versati e le prestazioni erogate, in quanto posta a carico del bilancio dello Stato, al di fuori del sistema contributivo obbligatorio.

2.3. — In tutti e tre i giudizi si sono costituiti l'INPS (che ha formulato conclusioni identiche a quelle sopra riportate, con i medesimi argomenti) nonché le parti private, tutte rappresentate dagli stessi difensori. Queste ultime, anche in una memo-

ria depositata nell'imminenza dell'udienza, affermano che il più volte citato art. 6 della legge n. 140 del 1985, nel prevedere, al terzo comma, che la maggiorazione è soggetta a perequazione automatica, avrebbe inteso conservare l'originario potere di acquisto della prestazione indipendentemente dalla data di maturazione della pensione. Le parti sostengono il carattere innovativo della disposizione censurata, che priverebbe di ogni autonoma valenza la perequazione stabilita dall'anzidetto comma 3 dell'art. 6.

La norma, che si autoqualifica di interpretazione autentica, in realtà verrebbe a stravolgere completamente la disciplina di adeguamento concepita dal legislatore per assicurare la dinamica nel tempo del valore della maggiorazione: essa sarebbe diretta a modificare radicalmente il contenuto originario della disposizione e, come tale, non dovrebbe ritenersi applicabile ai trattamenti già maturati. Anche in tale caso (applicabilità ai soli pensionamenti decorrenti dal 1° gennaio 2008), essa sarebbe comunque illegittima, in quanto genera disparità di trattamento tra situazioni oggettivamente eguali, che si differenziano tra di loro solo per la diversa data di maturazione del diritto.

DIRITTO — 1. — Questa Corte viene chiamata a risolvere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 505, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008), sollevata dalla Corte d'appello di Trieste in riferimento agli artt. 3, primo e secondo comma, 24, primo e secondo comma, e 38, secondo comma, della Costituzione, e dalla Corte d'appello di Torino, con tre ordinanze di identico contenuto, in riferimento al solo art. 3 della Costituzione.

Va premesso che l'art. 6, della legge 15 aprile 1985, n. 140 (Miglioramento e perequazione di trattamenti pensionistici e aumento della pensione sociale) ha istituito, con decorrenza dal 1° gennaio 1985, a favore di *ex* combattenti e di appartenenti ad alcune categorie a questi assimilati, una maggiorazione reversibile di lire trentamila mensili del rispettivo trattamento di pensione determinato secondo le norme ordinarie, posta a totale carico dello Stato, soggetta a perequazione automatica e indifferente ad eventuali integrazioni al minimo.

La disposizione impugnata ha stabilito che "l'articolo 6, comma 3, della legge 15 aprile 1985, n. 140, si interpreta nel senso che la maggiorazione prevista dal comma 1 del medesimo articolo si perequa a partire dal momento della concessione della maggiorazione medesima agli aventi diritto".

Secondo i remittenti, poiché la qualità di appartenenti alle categorie degli aventi diritto al beneficio è stata acquisita ben prima dell'entrata in vigore della legge e la maggiorazione è a totale carico dello Stato e non correlata alla posizione previdenziale dei beneficiari, la norma di interpretazione autentica, introdotta dalla suddetta disposizione, determina un'irragionevole disparità di trattamento riguardo all'entità della maggiorazione stessa, dipendente dalle diversità di date di maturazione della pensione.

Secondo la sola Corte d'appello di Trieste, inoltre, la disposizione in scrutinio violerebbe anche l'art. 38, secondo comma, Cost. e, non consentendo agli aventi diritto di agire in giudizio per ottenere la perequazione della maggiorazione calcolata con

decorrenza dalla sua istituzione, contrasterebbe anche con l'art. 24, primo e secondo comma, Cost., che garantisce a tutti il diritto di difesa.

2. — In via preliminare deve essere disposta la riunione dei giudizi aventi ad oggetto una questione per tutti identica e questioni alla prima connesse, sollevate soltanto in uno di essi.

3. 1. — Le questioni non sono fondate con riguardo a tutti i parametri evocati.

La tesi dei remittenti, per quanto concerne la denuncia di violazione dell'art. 3 Cost., si fonda sul presupposto che la fattispecie costitutiva del diritto al beneficio combattentistico sia indipendente dalla maturazione del diritto alla prestazione previdenziale, sicché essa costituirebbe un diritto autonomo rispetto a questa. La disposizione censurata avrebbe quindi determinato disparità di trattamento sulla base di circostanze irrilevanti riguardo a tale diritto.

Il presupposto su cui si fonda la tesi non trova giustificazione nelle norme che disciplinano la maggiorazione di cui si tratta. Infatti, fino al momento della maturazione della pensione nessun diritto nasce in capo al soggetto, anche se egli appartiene a una delle categorie che il legislatore, in considerazione di pregresse vicende, ha voluto beneficiare.

Se il legislatore avesse voluto riconoscere un autonomo diritto, avrebbe disposto l'immediata attribuzione periodica delle relative somme a tutti coloro che rientravano nelle categorie previste, in aggiunta alla retribuzione, indipendentemente dalla posizione previdenziale; né avrebbe stabilito la "perequazione" di detto beneficio, espressione che normalmente si riferisce ai trattamenti di quiescenza.

La subordinazione dell'acquisizione del diritto di cui si tratta alla maturazione del diritto a pensione e la sua inclusione in quest'ultima a tutti gli effetti fa sì che non sia irragionevole la disposizione censurata là dove stabilisce la decorrenza della perequazione dalla data della effettiva e concreta attribuzione del beneficio. A tal proposito, occorre ribadire i principi secondo i quali lo scorrere del tempo e la collocazione in esso dei fatti giuridici possono legittimare una diversa modulazione dei rapporti che ne scaturiscono.

3.2. — Parimenti, non fondata è la questione in riferimento all'art. 38, secondo comma, della Costituzione.

Il beneficio oggetto della normativa in scrutinio non è, infatti, predisposto al fine di rendere congrua la prestazione previdenziale in relazione alle necessità degli aventi diritto alla medesima - finalità cui sopperiscono istituti diversi, quali la rivalutazione e la integrazione al minimo - bensì a fornire agli appartenenti a determinate categorie, ritenuti meritevoli di una gratificazione, una elargizione dimostrativa della gratitudine della Nazione.

3.3. — Non fondata, infine, è anche la questione sollevata in riferimento all'asserita violazione del diritto di difesa.

La disposizione dell'art. 24 della Costituzione, evocata dalla remittente Corte triestina, attribuisce diritti processuali che presuppongono la posizione sostanziale alla cui soddisfazione essi sono finalizzati, con la conseguenza che la disciplina sostanziale non attiene alla garanzia del suddetto parametro costituzionale.

(Omissis)

Pensioni - Rivalutazione contributiva per esposizione all'amianto - Coefficiente pari ad 1,5 utile ai fini del diritto e della misura della pensione - Applicabilità a coloro i quali non hanno presentato domanda amministrativa di prestazione al 2 ottobre 2003 - Esclusione - Illegittimità costituzionale - Inammissibilità della questione

Corte Costituzionale - Sentenza 20.11.2008 n. 376 - Pres. Flick - Rel. Amirante.

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 3, comma 132, L. 24 dicembre 2003 n. 350 e dell'art. 47 del D.L. 30 settembre 2003 n. 269, convertito dalla legge 24 novembre 2003 n. 326, nella parte in cui escludono dall'applicazione della disciplina previgente a quella introdotta dall'art. 47, comma 1, del richiamato D.L. n. 269 del 2003 coloro che non abbiano presentato, entro il 2 ottobre 2003, la domanda amministrativa per il riconoscimento dei benefici previsti dall'art. 13, comma 8, L. n. 257 del 1992.

FATTO — 1. — Nel corso di un giudizio instaurato da una pensionata, nei confronti dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, allo scopo di ottenere la rivalutazione, con il coefficiente di 1,5, del periodo di lavoro nel quale ella era stata esposta all'amianto e la conseguente ricostituzione della pensione, il Tribunale di Genova, con ordinanza del 18 dicembre 2007, ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 132, della legge 27 dicembre 2003, n. 299 (*recte*: della legge 24 dicembre 2003, n. 350, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2004"), e dell'art. 47 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

Premette, in fatto, il remittente che deve ritenersi pacifico, in base agli atti di causa, che la ricorrente, nel corso dell'attività lavorativa protrattasi dal 22 gennaio 1962 fino 13 gennaio 1992, è stata esposta all'amianto per più di dieci anni in attività assoggettate all'assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL e che la medesima è titolare di pensione di vecchiaia dal giugno 2005, a seguito del compimento del sessantesimo anno di età. L'ordinanza di rimessione, inoltre, dà per pacifica la legittimazione passiva dell'INPS e l'interesse ad agire della ricorrente, trattandosi di lavoratrice esposta all'amianto per il periodo "qualificato" di almeno un decennio, così come fissato dall'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257 (Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto).

Ciò posto, il Tribunale di Genova osserva che il suddetto art. 47 del D.L. n. 269 del 2003, nel modificare - con decorrenza 2 ottobre 2003 - il testo dell'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992, ha reso meno favorevole la disciplina dei benefici previdenziali previsti da tale norma; ed infatti, oltre a ridurre il coefficiente di rivalutazione da 1,5 a 1,25, ne ha anche attribuito rilevanza ai soli fini dell'importo della pensione e

non anche della maturazione del diritto alla medesima (peraltro, facendo salva l'applicabilità del precedente regime in favore di alcune categorie di lavoratori). E poiché, nella specie, occorre stabilire se alla ricorrente debba applicarsi la precedente (e più favorevole) disciplina, ovvero quella vigente, ciò da conto - ad avviso del giudice *a quo* - della rilevanza dell'odierna questione di legittimità costituzionale.

Nell'esporre il contenuto di tale questione, il Tribunale pone a confronto il testo delle due disposizioni censurate, rilevando che l'art. 3, comma 132, della legge n. 350 del 2003, pur presupponendo la norma dell'art. 47, ha ampliato la platea dei soggetti esclusi dall'applicazione della normativa nuova e meno favorevole, in particolare disponendo l'ultrattività del sistema previgente nei confronti di altre tre categorie di destinatari: 1) coloro i quali, alla data del 2 ottobre 2003 (data di entrata in vigore del D.L. n. 269 del 2003), avevano già maturato il diritto alla pensione; 2) coloro che, alla stessa data, avevano presentato domanda di riconoscimento del beneficio derivante dall'esposizione all'amianto all'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro ovvero all'INPS; 3) coloro che, a tale data, avevano comunque introdotto una controversia giudiziale poi conclusasi con esito favorevole per il lavoratore. Tale lettura della citata norma è - ad avviso del Tribunale di Genova - l'unica consentita, non potendosi ritenere, in assenza di apposita previsione, che il legislatore abbia "realmente inteso mantenere ferma la disciplina previgente per tutti coloro che erano stati esposti ad amianto prima del 2 ottobre 2003"; e simile interpretazione è anche quella fatta propria dalla Corte di cassazione in numerose pronunce.

È successivamente intervenuto il D.M. 27 ottobre 2004 il quale, nel regolare la posizione dei lavoratori che alla data del 2 ottobre 2003 avevano già maturato il diritto ai benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992, ha previsto, all'art. 1, comma 2, per tutti costoro, la possibilità di avvalersi del precedente regime presentando apposita domanda nel termine di centottanta giorni dalla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del decreto medesimo (15 giugno 2005). Siffatta previsione - che, ad avviso del Tribunale di Genova, è illegittima, sicché se ne rende necessaria la disapplicazione - ha peraltro tentato di porre rimedio a quella che "pare essere un'irragionevole disparità di trattamento". Nella specie, infatti, la perdurante applicazione del precedente e più favorevole regime previdenziale è stata collegata, come si è detto, alla sussistenza di almeno una delle condizioni indicate dal censurato art. 3, comma 132; ad avviso del giudice *a quo*, mentre sembra "del tutto ragionevole" collegare la diversità di trattamento alla già avvenuta maturazione del diritto a pensione, non altrettanto può dirsi per la presentazione, entro la data del 2 ottobre 2003, di una qualsiasi domanda amministrativa per il riconoscimento del beneficio in questione. Secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione in precedenza richiamata, infatti, nel regime antecedente l'entrata in vigore delle disposizioni censurate non era prevista la necessità di alcuna domanda amministrativa per fare accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali per effetto dell'esposizione all'amianto. Ne consegue che al remittente pare si possa fondatamente dubitare della ragionevolezza "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". Introdurre la necessità di una domanda che prima non era prevista e ricollegare alla

mancata precedente presentazione di tale domanda l'applicazione della nuova e meno favorevole disciplina "significa di fatto introdurre un termine di decadenza con effetto retroattivo".

Nel caso specifico, la lavoratrice alla data del 2 ottobre 2003 non possedeva i requisiti per il pensionamento ed ha presentato per la prima volta la domanda all'INAIL per il riconoscimento dei benefici in data 15 giugno 2005; alla medesima, pertanto, dovrebbe applicarsi la nuova disciplina di cui all'impugnato art. 47 del D.L. n. 269 del 2003. Tale situazione appare al remittente tale da creare un'ingiustificata disparità di trattamento tra due lavoratori che abbiano subito la medesima esposizione all'amianto, per il solo fatto che uno di costoro abbia ommesso di presentare una domanda "che non era tenuto a presentare", con violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Il Tribunale di Genova, quindi, solleva questione di legittimità costituzionale delle censurate disposizioni nella parte in cui escludono dall'applicazione della disciplina previgente a quella introdotta dall'art. 47 del D.L. n. 269 del 2003 "coloro che prima del 2 ottobre 2003 non abbiano presentato domanda amministrativa di riconoscimento dei benefici previsti dall'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992", pur avendo poi presentato la domanda nel termine di decadenza di cui al menzionato art. 47.

2. — Nel corso di un'altra controversia, promossa da un lavoratore nei confronti dell'INPS, per ottenere la rivalutazione, con il coefficiente di 1,5, del periodo lavorativo nel quale era stato esposto all'amianto, il Tribunale di Genova ha sollevato, sempre in riferimento all'art. 3 Cost., un'identica questione di legittimità costituzionale.

In questa diversa ordinanza il giudice *a quo* precisa che il ricorrente era stato esposto all'amianto per oltre diciassette anni (dal 14 novembre 1975 al 31 dicembre 1992) e che il suo interesse ad agire è dimostrato dal fatto che egli potrebbe accedere immediatamente alla pensione di anzianità solo ove gli venisse applicata la previgente disciplina dell'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992. Il lavoratore, infatti, alla data del 2 ottobre 2003 aveva maturato poco meno di trentuno anni di contribuzione e non avrebbe potuto raggiungere i quarant'anni neppure col riconoscimento dei benefici in questione. Al momento della proposizione del ricorso, però, il medesimo lavoratore aveva maturato trentatré anni di contribuzione che, rivalutati con il coefficiente di 1,5, gli consentirebbero di accedere alla pensione di anzianità; prestazione che non potrebbe conseguire, invece, ove gli si applicasse "la successiva - e meno favorevole - disciplina" introdotta dall'art. 47 del D.L. n. 269 del 2003.

Nel prosieguo dell'ordinanza, il Tribunale chiarisce che il ricorrente ha presentato domanda all'INAIL per il riconoscimento dei benefici in data 3 dicembre 2004, sicché deve essergli applicata la nuova e meno favorevole disciplina previdenziale, con la conseguenza che egli matura 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"; donde la rilevanza della questione.

Per il resto, l'ordinanza è di contenuto identico alla precedente.

3. — Si è costituito in entrambi i giudizi l'INPS, con atti di contenuto identico, chiedendo che la Corte dichiari la questione inammissibile o comunque infondata.

Rileva l'ente previdenziale che dal confronto tra l'art. 47, comma 6-*bis*, del D.L. n. 269 del 2003, introdotto dalla legge di conversione n. 326 del 2003, e l'art. 3,

comma 132, della legge n. 350 del 2003, emerge - anche alla luce della giurisprudenza della Corte di cassazione - che il perdurare dell'applicazione dell'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992 è collegato alla già avvenuta maturazione, alla data del 2 ottobre 2003, del diritto a pensione ovvero all'avviamento di un procedimento amministrativo o giurisdizionale. Tali condizioni sono fra loro alternative e non cumulative, sicché il possesso anche di una sola di esse è sufficiente ad evitare l'effetto sfavorevole costituito dall'entrata in vigore della nuova disciplina. Nella specie, ove pure fosse accolta la prospettata questione, continuerebbe a doversi applicare la disposizione del censurato art. 47, perché "l'eventuale espunzione della preventiva domanda amministrativa di prestazione dal novero delle condizioni legittimanti l'ultrattività della pregressa normativa non varrebbe comunque ad escludere l'applicazione dello *ius superveniens*" nei confronti dei ricorrenti i quali, per ammissione dello stesso Tribunale di Genova, non avevano maturato il diritto al trattamento di pensione e non avevano avanzato alcuna domanda in sede giurisdizionale.

Nel merito, la questione sarebbe infondata, poiché costruita sul convincimento del giudice *a quo*, reputato "eccessivamente drastico", secondo cui nel vigore del testo originario della legge n. 257 del 1992 non era necessaria alcuna domanda amministrativa per ottenere il riconoscimento del diritto alla rivalutazione dei contributi in conseguenza dell'esposizione all'amianto. Nella prassi, invece, ancorché in difetto di una specifica norma di legge, la domanda di riconoscimento dell'esposizione era stata prevista dall'INPS fin dalla circolare n. 304 del 1995, che specificava la necessità di una domanda da corredare con la certificazione già resa dall'INAIL; sicché collegare la perdurante applicazione della pregressa e più favorevole normativa all'avvenuto inoltro di una domanda di accertamento appare del tutto ragionevole.

La stessa Corte di cassazione, infatti, pur avendo ribadito l'inesistenza di una previsione di legge che imponesse la presentazione di una domanda amministrativa per ottenere i benefici previdenziali in questione, ha affermato che la rivalutazione determina in concreto il contenuto del diritto alla pensione, di modo che la richiesta di accredito dei contributi figurativi per l'esposizione all'amianto si può immedesimare nella stessa domanda di pensione. Il che, del resto, è del tutto logico, essendo l'INPS nella chiara impossibilità di provvedere d'ufficio al computo del beneficio.

4. — È intervenuto in entrambi i giudizi il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che, con due atti di contenuto pressoché identico, ha concluso nel senso dell'inammissibilità o dell'infondatezza della questione.

Osserva l'Avvocatura che l'inammissibilità deriverebbe dal fatto che il remittente non ha esposto le ragioni per le quali dall'accoglimento della questione dovrebbe derivare ai ricorrenti l'applicazione di un trattamento più favorevole; la declaratoria di illegittimità costituzionale, infatti, non potrebbe condurre ad estendere il beneficio ai lavoratori dei giudizi *a quibus*, i quali non rientrano nelle altre categorie indicate dal legislatore, sicché rimarrebbero comunque esclusi. Non sarebbe possibile, d'altra parte, neppure una pronuncia additiva, in mancanza di una soluzione dal contenuto costituzionalmente obbligato.

sostanzialmente eguale quanto alle disposizioni impugnate e alla motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione, ancorché le fattispecie oggetto dei giudizi si diversifichino per alcuni elementi - ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 3, comma 132, della legge 27 dicembre 2003, n. 299 (*recte*: legge 24 dicembre 2003, n. 350, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2004"), e dell'art. 47 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

Le suddette disposizioni vengono censurate nella parte in cui escludono dall'applicazione della disciplina previgente a quella introdotta dall'art. 47, comma 1, del richiamato D.L. n. 269 del 2003 "coloro che prima del 2 ottobre 2003 non abbiano presentato domanda amministrativa di riconoscimento dei benefici previsti dall'art. 13, comma 8, legge n. 257 del 1992, come sostituito dall'articolo 1, comma 1, D.L. n. 169 del 1993, convertito in legge n. 271 del 1993, pur avendo poi presentato domanda nel termine decadenziale previsto dal citato art. 47".

2. — Dalle ordinanze di rimessione risulta, per quanto qui interessa, che la questione viene posta nell'ambito di due giudizi promossi, con ricorsi rispettivamente del 13 ottobre 2006 (r.o. n. 115 del 2008) e 26 settembre 2005 (r.o. n. 116 del 2008), da due ex lavoratori dipendenti addetti ad attività assoggettate all'assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL con esposizione all'amianto in concentrazione oltre i limiti di legge e per periodi ultradecennali (cessati, in entrambi i casi, entro il 31 dicembre 1992) che hanno chiesto di poter usufruire del beneficio previdenziale di cui all'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257 (Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto), nel testo previgente all'art. 47 del D.L. n. 269 del 2003, pur non essendo alla data di entrata in vigore di tale ultimo decreto (2 ottobre 2003) titolari di pensione di vecchiaia o anzianità né avendo presentato, entro la stessa data, la relativa domanda amministrativa o giudiziaria seguita da sentenza di accoglimento.

Il remittente premette che la disciplina originaria dell'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992 attribuiva ai lavoratori addetti a lavorazioni comportanti contatti con l'amianto, per una certa durata e con un rilevante quantitativo di concentrazione potenzialmente morbigeno, il beneficio della moltiplicazione dei periodi di contribuzione in cui dette lavorazioni avevano avuto luogo per il coefficiente 1,50 e che tale beneficio era efficace al fine del conseguimento dell'anzianità contributiva necessaria per ottenere la pensione oltre che sulla misura di questa. Successivamente è stato emanato il D.L. n. 269 del 2003, il cui art. 47, per quanto rileva nel presente giudizio, ha ridotto, con decorrenza dal 2 ottobre 2003, il coefficiente suddetto da 1,50 a 1,25 ed ha stabilito che siffatto beneficio non è utilizzabile per la maturazione del diritto al trattamento pensionistico, ma soltanto ai fini della determinazione dell'importo delle relative prestazioni. Con la legge di conversione n. 326 del 2003 nel citato art. 47 è stato inserito il comma 6-*bis*, il quale ha previsto l'applicabilità delle previgenti disposizioni anche per coloro che avessero, alla data indicata, già maturato il diritto a pensione avvalendosi del beneficio previdenziale in oggetto, nonché per coloro che, alla stessa data, fruissero del trattamento di mobilità o avessero definito la risoluzione del rappor-

to di lavoro in relazione alla domanda di pensionamento.

I precedenti commi 5 e 6 dello stesso articolo hanno, inoltre, prescritto che coloro che intendessero ottenere il riconoscimento del beneficio dovessero presentare domanda all'INAIL entro centottanta giorni dalla data di pubblicazione del decreto interministeriale contenente le modalità di attuazione della nuova disciplina, da emanare entro sessanta giorni dall'entrata in vigore dello stesso D.L. n. 269 del 2003. Tale decreto ministeriale è stato, invece, emanato il 27 ottobre 2004 e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 17 dicembre 2004, sicché il termine per la suindicata domanda è scaduto il 15 giugno 2005.

L'art. 3, comma 132, della legge finanziaria n. 350 del 2003 ha esteso le categorie dei soggetti che possono godere del regime previgente all'emanazione del D.L. n. 269 del 2003, prevedendone l'applicazione anche a coloro che, alla data 2 ottobre 2003, avessero "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", nonché "a coloro che hanno avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data".

Successivamente, il citato decreto interministeriale attuativo ha stabilito 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 [...] entro il termine di 180 giorni a pena di decadenza dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

Premesso l'esposto svolgimento normativo, il remittente riferisce, in fatto, che, per entrambi i ricorrenti, sono state accertate sia l'esposizione all'amianto per il tempo e nelle concentrazioni previsti, sia la mancata maturazione del diritto a pensione alla data del 2 ottobre 2003. Più precisamente, la ricorrente nel giudizio di cui all'ordinanza n. 115 del 2008 gode della pensione di vecchiaia dal giugno 2005 e il ricorrente nell'altro giudizio maturerebbe il diritto alla pensione di anzianità se gli fosse applicato il regime previgente il D.L. n. 269 del 2003. Entrambi i ricorrenti, inoltre, hanno presentato la domanda in sede amministrativa solo in epoca successiva (rispettivamente, il 15 giugno 2005 e il 3 dicembre 2004).

Il giudice *a quo* sostiene che la normativa censurata, nella interpretazione datane dalla Corte di cassazione in alcune pronunce tra loro conformi - costituenti, quindi, "diritto vivente" - non consente l'applicazione ai ricorrenti nei giudizi principali del regime previgente più favorevole per quanto concerne la misura del coefficiente di rivalutazione. La Corte di cassazione, infatti, ha precisato che, nella lettura della suddetta disciplina: a) l'espressione "maturazione del diritto" deve intendersi riferita alla 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".

Conseguentemente, ad avviso del Tribunale di Genova, il decreto ministeriale

attuativo, nella parte in cui attribuisce il diritto al più favorevole coefficiente di rivalutazione anche a coloro che alla data del 2 ottobre 2003 non avevano maturato il diritto a pensione né presentato alcuna domanda, purché provvedessero a farlo entro il 15 giugno 2005, non è conforme alla legge e va disapplicato. Ma la disciplina legale suddetta è irragionevole perché, condizionando il trattamento più favorevole alla presentazione di una domanda amministrativa entro una certa data quando, all'epoca, non era previsto alcun onere di una simile presentazione, fa derivare una diversità di regime da un fatto puramente casuale.

3. — In via preliminare deve essere disposta la riunione dei due giudizi aventi ad oggetto la medesima questione.

Non può essere accolta l'eccezione d'inammissibilità avanzata, sia pure in termini formalmente diversi, dalla difesa dell'INPS e dall'Avvocatura dello Stato, secondo cui la motivazione sulla rilevanza sarebbe insufficiente in quanto le ordinanze non chiarirebbero in che modo l'eventuale accoglimento della questione, così come proposta, influirebbe sui giudizi di provenienza.

Il remittente, infatti, chiede che la dichiarazione di illegittimità colpisca quella parte della normativa che condiziona la fruizione del più favorevole previgente regime del beneficio in oggetto, da parte di coloro che non avessero maturato il diritto a pensione alla data del 2 ottobre 2003, alla presentazione, entro la stessa data, di una apposita domanda amministrativa. Eliminato tale requisito, poiché entrambi i ricorrenti nei giudizi *a quibus* hanno presentato la domanda amministrativa entro il 15 giugno 2005 (termine fissato dalla nuova disciplina), le loro domande, sotto tale profilo, non troverebbero ostacoli all'accoglimento.

4. — La questione è, invece, inammissibile per ragioni diverse.

Senza voler qui ripercorrere tutta la vicenda normativa e giurisprudenziale relativa alle lavorazioni comportanti esposizione all'amianto, è necessario, tuttavia, metterne in evidenza alcuni punti rilevanti per comprendere i termini della questione stessa.

In una prima fase, una volta accertata l'efficacia morbigena delle polveri di amianto, ancorché non ben identificati i modi, i tempi e i livelli di concentrazione della esposizione perché siffatta efficacia potesse spiegarsi, l'esigenza primaria fu quella di favorire la dismissione delle lavorazioni concernenti il suddetto minerale.

Il problema si pose in sede comunitaria nella prima metà degli anni ottanta. L'Italia tardò a dare esecuzione alle misure disposte in quella sede e solo dopo la sentenza di condanna della Corte di giustizia CE 13 settembre 1990, n. 240, seguita ad una procedura d'infrazione, fu emanata la legge n. 257 del 1992, principalmente finalizzata, come si evince anche dal titolo, a favorire la cessazione dell'impiego dell'amianto.

Tra le misure previste per raggiungere tale obiettivo, l'art. 13, comma 8, stabilì che i periodi di lavoro relativi alle attività assoggettate all'assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL che esponevano alle polveri di amianto fossero moltiplicati per il coefficiente 1,50 quando superavano i dieci anni. È opportuno precisare che tale misura non comportava l'introduzione di una nuova prestazione previdenziale, bensì una modalità di calcolo della anzianità contributiva ai fini delle ordinarie prestazioni pensionistiche di vecchiaia e di anzianità o di queste sostitutive in regimi speciali, modalità di calcolo che aveva il fine precipuo di favorire l'esodo dal mondo del lavo-

ro del maggior numero di lavoratori che subivano, sul piano occupazionale, le conseguenze della voluta dismissione. In correlazione a tale finalità, il beneficio non era attribuito a coloro che fossero già titolari dei suddetti trattamenti pensionistici (sentenza n. 434 del 2002).

Dopo oltre un decennio, durante il quale sono anche intervenute modifiche normative che qui non rilevano, con il D.L. n. 269 del 2003 la misura suindicata ha subito una radicale trasformazione dovuta ad un duplice ordine di ragioni. Da un lato, infatti, è stato logico presumere che, a distanza di tanti anni dall'entrata in vigore della legge n. 257 del 1992, il risultato della dismissione delle lavorazioni dell'amianto, comportanti esposizione dei lavoratori alle sue polveri, fosse stato ormai conseguito; dall'altro, è venuto emergendo, dalle indagini epidemiologiche e dai progressi della scienza medica, che gli effetti dannosi della suddetta esposizione possono prodursi anche a lunga distanza di tempo e che non era, quindi, irragionevole attribuire un beneficio previdenziale a coloro che a siffatto rischio erano stati esposti, anche se le relative attività non erano obbligatoriamente assoggettate all'assicurazione INAIL. La nuova normativa ha, pertanto, previsto che il beneficio non valga al fine del raggiungimento della anzianità contributiva, ma sia attribuito, in presenza delle altre condizioni di legge, a coloro che abbiano maturato il diritto al trattamento di quiescenza secondo gli ordinari criteri di calcolo, al solo fine della misura della pensione.

La riduzione del coefficiente di rivalutazione da 1,50 a 1,25 è dovuta alla non irragionevole previsione che vi sarebbe stato un allargamento della platea degli aventi diritto e, quindi, a una nuova valutazione delle esigenze di bilancio.

Le disposizioni dell'art. 47, commi 5 e 6, del D.L. n. 269 del 2003 sono predisposte alla definizione delle modalità di attuazione della nuova disciplina, con riguardo alla quale stabiliscono a carico degli aventi diritto l'onere della domanda amministrativa entro il termine di decadenza collegato alla pubblicazione del suddetto decreto interministeriale.

Il comma 6-*bis* dello stesso art. 47, introdotto dalla legge di conversione, e l'art. 3, comma 132, della legge finanziaria n. 350 del 2003, disciplinano il regime transitorio in considerazione del mutamento delle finalità e dei presupposti della misura previdenziale in oggetto. Il primo, come si è detto, consente l'attribuzione del beneficio previdenziale secondo il più favorevole previgente regime in favore di coloro che alla data di entrata in vigore del D.L. n. 269 del 2003 (2 ottobre 2003) abbiano maturato il diritto al trattamento pensionistico anche in base ai benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992, e ad altre categorie che qui non rilevano. Il citato art. 3, comma 132, a sua volta stabilisce che il regime previgente si applica ai lavoratori che alla data del 2 ottobre 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", nonché "a coloro che hanno presentato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data".

Il remittente ritiene, anche in conformità ad un orientamento della Corte di cassazione, che l'espressione "abbiano maturato il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali" debba essere interpretata come riferentesi al diritto alla pensione, implicitamente con l'attribuzione dei benefici di cui si tratta, nonché che il regime

previgente si applichi anche a coloro che abbiano fatto domanda amministrativa entro il 2 ottobre 2003.

Ai fini del giudizio di costituzionalità è sufficiente rilevare che siffatta interpretazione non è implausibile, qualora si consideri che la disposizione di cui all'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992, come già osservato, non ha istituito una nuova prestazione previdenziale, ma soltanto un sistema più favorevole di calcolo della contribuzione per la determinazione della pensione. Non si può, pertanto, configurare "la maturazione del diritto ai benefici" indipendentemente dal conseguimento del diritto a pensione.

Ciò che non può essere condiviso nel ragionamento del remittente è l'affermazione che il fatto di aver subordinato l'attribuzione del più favorevole originario regime alla presentazione di una domanda amministrativa, effettuata entro una data ricadente in un periodo in cui essa non era obbligatoriamente prevista, costituisca la retroattiva - e quindi irragionevole - imposizione di un onere. A tal proposito, si rileva che il legislatore ha dettato la disciplina transitoria inerente al passaggio da un regime ad un altro in correlazione con il mutamento di funzione e di struttura della misura disciplinata.

Considerando che tale passaggio comportava un trattamento meno favorevole, ha voluto far salve alcune situazioni ritenute meritevoli di tutela, introducendo disposizioni derogatorie rispetto all'immediata applicazione della nuova disciplina. Tra tali ipotesi ha inserito anche quella di coloro che avessero precedentemente presentato domanda amministrativa per ottenere il riconoscimento del beneficio, in ragione della relativa efficacia ai fini del conseguimento della pensione.

La tesi del remittente non si limita all'affermazione della irragionevolezza della suddetta disposizione derogatoria, ma si estende dalla richiesta della relativa dichiarazione di illegittimità a quella della introduzione, come diversa ipotesi derogatoria, della presentazione della domanda entro il termine del 15 giugno 2005, termine, quest'ultimo, che è stato stabilito a fini diversi, come non contesta lo stesso remittente, il quale afferma l'impossibilità di applicarlo in via puramente interpretativa della normativa censurata.

A quanto rilevato consegue l'inammissibilità della questione, dal momento che, per giurisprudenza costante di questa Corte, va riconosciuta al legislatore ampia discrezionalità - salvo il limite della palese irragionevolezza - nella fissazione delle norme di carattere transitorio dettate per agevolare il passaggio da un regime ad un altro, tanto più ove si tratti di disciplina di carattere derogatorio comportante scelte connesse all'individuazione delle categorie dei beneficiari delle prestazioni di carattere previdenziale.

(Omissis)

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Prestazioni - Assicurazione contro la disoccupazione - Involontarietà dello stato di disoccupazione - Sussistenza in caso di dimissioni per giusta causa - Nozione - Dimissioni volontarie per motivi di salute - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 17.12.2008, n. 29481 - Pres. Roselli - Rel. Di Nubila - P.M. Fedeli - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo) - F. L.

Le dimissioni per giusta causa che, in virtù della sentenza della Corte Costituzionale n. 269/2002, danno luogo a disoccupazione involontaria indennizzabile sono quelle rassegnate per il comportamento di un altro soggetto, ossia per il fatto del datore di lavoro o per il fatto del terzo, e non già quelle determinate dalla situazione soggettiva del lavoratore, come nel caso delle dimissioni per motivi di salute comportanti la scelta pur sempre volontaria - e come tale non indennizzabile - dello stato di disoccupazione.

FATTO — 1. — Con ricorso depositato in data 23.3.2001, F. L. conveniva l'INPS dinanzi al Tribunale di Cagliari ed esponeva di avere prestato il proprio lavoro quale guardia notturna fino al 1.3.1999, data sotto la quale aveva rassegnato le dimissioni per motivi di salute. Trattandosi di disoccupazione involontaria, chiedeva il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione, che erroneamente gli era stata negata. Previa costituzione ed opposizione dell'INPS, il Tribunale accoglieva la domanda attrice. Proponeva appello l'INPS e la Corte di Appello di Cagliari confermava la sentenza di primo grado. Questa, in sintesi, la motivazione della sentenza di appello:

- vanno disattese le eccezioni preliminari di decadenza e prescrizione;
- le dimissioni non sono frutto di una libera scelta del lavoratore, ma, come riconosciuto anche da apposita consulenza tecnica di ufficio, sono state necessitate da un grave impedimento personale del lavoratore, ovvero una sorta di “dimissioni forzate”, come da sentenza della Corte Costituzionale 24.6.2002 n. 269;
- non si richiede a tale proposito la sussistenza di un fatto del terzo o del datore di lavoro;
- in definitiva, l'ingravescenza delle malattie delle quali è portatore il F. giustificano le dimissioni, siccome fatto non imputabile e quindi sussiste il diritto all'indennità di disoccupazione.

Ha proposto ricorso per Cassazione l'INPS, deducendo un motivo. L'attore F. è rimasto intimato.

DIRITTO — 2. — Con l'unico motivo del ricorso, il ricorrente deduce violazione

e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360 n. 3 C.P.C. degli artt. 2119 Codice Civile, 34 della Legge n. 448 del 1998, 45 del R.D.L. n. 1827 del 1935 adde, nonché insufficiente e contraddittoria motivazione circa punti decisivi della controversia, ex art. 360 n. 5 Codice di Procedura Civile. La giusta causa di dimissioni va individuata unicamente nel comportamento del datore di lavoro e la sentenza della Corte Costituzionale n. 269 del 2002 non è applicabile nel caso di specie, perché l'interpretazione ivi proposta attiene all'involontarietà delle dimissioni in quanto dovute a comportamenti altrui, tali da non consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro.

3. — Peraltro, il presupposto dell'indennità di disoccupazione è la mancanza di lavoro e pertanto una disoccupazione avvenuta per causa di malattia potrà essere indennizzata mediante altre forme di previdenza.

4. — Il ricorso è fondato e va accolto. Ai sensi dell'art. 34 comma 5 della Legge n. 448 del 1998, la cessazione del rapporto di lavoro per dimissioni avvenuta con decorrenza successiva al 31.12.1998 non dà titolo alla concessione dell'indennità di disoccupazione. Nella specie, risulta che le dimissioni vennero rassegnate il 1.3.1999.

5. — Con sentenza n. 269 del 2002, la Corte Costituzionale, occupandosi della questione di legittimità costituzionale della predetta norma, ha stabilito che la questione stessa non è fondata nei sensi di cui in motivazione. La motivazione afferma che la disoccupazione è involontaria quando è dovuta a dimissioni rassegnate per il comportamento di un altro soggetto, ovvero riconducibili ad una causa insita in un difetto del rapporto di lavoro, così grave da impedirne la provvisoria esecuzione. La Corte Costituzionale fa riferimento, con evidenza, al fatto del datore di lavoro o al fatto del terzo, non già alla situazione soggettiva del lavoratore, la cui scelta, ancorché dettata da motivi di salute, rimane tuttavia volontaria. La Corte di Appello ha esteso la sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale ad un caso diverso e non contemplato dalla medesima, vale a dire alle dimissioni per motivi di salute che non sono coperte dalla sentenza in parola.

6. La sentenza impugnata deve pertanto essere cassata. La causa, non risultando necessari ulteriori accertamenti in fatto, può essere decisa nel merito col rigetto della domanda introduttiva. Stante la natura previdenziale della controversia, le spese del processo non sono ripetibili.

(Omissis)

Previdenza (Assicurazioni Sociali) - Contributi Assicurativi Soggetti Obbligati
- In Genere - Società cooperative - Obbligo contributivo a carico della società -
Soci lavoratori - Equiparazione ai lavoratori subordinati - Sussistenza.

**Corte Cassazione, Sez. Lavoro - 10.12.2008 n. 28997 - Pres. De Renzis -
Rel. La Terza - P. M. Lo Voi - INPS. (Avv. Sgroi, Correrà, Coretti) -
Società Cooperativa a r.l. "S. 85" (Avv. Longo, Caparvi).**

Anche con riferimento al regime anteriore all'entrata in vigore della legge n. 142 del 2001, le società cooperative, in virtù dell'art. 2, comma terzo, r.d. 28 agosto 1924 n. 1422 - il quale dispone che dette società "sono datori di lavoro anche nei riguardi dei loro soci che impiegano in lavori da esse assunti" - sono da considerare ai fini previdenziali come datrici di lavoro rispetto ai soci assegnati a lavori dalle stesse assunti. Ne consegue che sono assoggettati a contribuzione previdenziale i compensi da esse corrisposti ai propri soci che abbiano svolto attività lavorativa, indipendentemente dalla sussistenza degli estremi della subordinazione e dal fatto che la cooperativa svolga attività per conto proprio o per conto terzi, purché, naturalmente, tale lavoro sia prestato in maniera continuativa e non saltuaria e non si atteggi come prestazione di lavoro autonomo.

FATTO — Con la sentenza in epigrafe indicata la Corte d'appello di L'Aquila, all'esito di consulenza contabile, in riforma della statuizione di primo grado, condannava la soc. cooperativa r.l. S. 85 a pagare all'Inps la somma di euro 166.228,88 oltre sanzioni. Il primo Giudice aveva revocato i decreti ingiuntivi emessi a favore dell'Inps n. 501, 502, 503 e 524 del 1995, sulla considerazione che l'obbligo di pagare i contributi previdenziali non sussiste a carico della cooperativa quando l'attività lavorativa svolta dai soci rientri nell'ambito dell'oggetto dello statuto sociale, mentre la Corte territoriale riteneva, di contro, che tale obbligo sussistesse ai sensi dell'art 2 R.D. 1422 del 1924, per cui le cooperative, essendo considerate datori di lavoro nei confronti dei soci che impiegano in lavori da esse assunti, sono soggetti, per essi, ai comuni obblighi contributivi; in altri termini, attraverso la *fictio iuris* propria della legislazione in materia previdenziale, le cooperative sono considerate datori di lavoro, mentre i soci, quando l'attività è conforme alle previsioni del patto sociale ed è svolta in corrispondenza con le finalità istituzionali della società, sono equiparati ai lavoratori subordinati, a prescindere se vengano impegnati per lavori assunti direttamente dalla società ovvero per conto terzi. Nella specie la società non aveva negato che i soci erano impegnati nell'esecuzione dei lavori assunti da essa cooperativa, ma aveva sostenuto che si trattava di lavori eseguiti in virtù di convenzioni stipulate con gli enti locali, il che determinerebbe l'assimilabilità dei soci ai lavoratori socialmente utili, con esonero dall'onere contributivo. La Corte territoriale rigettava detta difesa, sul rilievo che risultava dalla consulenza contabile che la cooperativa aveva eseguito lavori anche per altri soggetti, diversi dagli enti locali. I Giudici d'appello, concordando con le difese della Cooperativa, escludevano invece l'obbligo contributivo per alcuni collaboratori esterni, nonché per i contributi al Servizio Sanitario Nazionale, e riducevano, nelle misure già indicate, le somme di cui ai decreti ingiuntivi, mentre disattendevano la ulteriore pretesa alla restituzione della somma pagata a titolo (parziale) di condono, sul rilievo che la società doveva all'Inps somme ben maggiori.

Avverso detta sentenza la Società Cooperativa a r.l. S. 85 propone ricorso sulla base di due motivi.

L'Inps ha depositato procura.

DIRITTO — Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione

degli artt. 1 e 2 R.D. n. 1422 del 1924 e si invoca l'orientamento giurisprudenziale di cui alla sentenza delle Sezioni unite n. 13967 del 2004, la quale avrebbe fatto ordine in materia alla luce della sopravvenuta legge 142 del 2001, avendo affermato che, anche con riferimento al regime anteriore all'entrata in vigore della legge n. 142 del 2001, le società cooperative devono ritenersi assoggettate all'obbligo contributivo nei confronti dei soci lavoratori, con la contribuzione propria del tipo di lavoro (subordinato o autonomo) effettivamente prestato, senza possibilità di distinguere tra lavori assunti dalla società per conto terzi e lavori rientranti nello scopo mutualistico. Nella specie sarebbe mancato ogni accertamento sulla natura subordinata della attività lavorativa prestata dai soci.

Con il secondo motivo si denuncia difetto di motivazione, perché vi sarebbe contraddittorietà tra due passi della sentenza. Si rileva altresì in ricorso, che la sentenza sarebbe errata per avere accolto i conteggi della consulenza, che aveva effettuato il calcolo per tutto il periodo (1988-1994), senza distinguere tra i periodi in cui la Cooperativa era esentata dal versamento dei contributi ai propri soci, che erano equiparabili ai lavoratori socialmente utili, per avere lavorato attraverso convenzioni stipulate con gli enti locali.

Inoltre la sentenza avrebbe errato nell'escludere il diritto alla restituzione delle somme versate a titolo di condono, senza motivare sulla natura transattiva dell'avvenuto pagamento.

Il ricorso non merita accoglimento.

1. — Quanto al primo motivo, prima dell'intervento delle Sezioni unite con la sentenza 13967/2004 (1) invocata dal ricorrente, la tesi maggioritaria era quella secondo cui l'art 2 R.D. n. 1422 del 1924, regolamento attuativo della legge delegata R.D. 30 dicembre 1923 n. 3184, equipara con una finzione, e per i fini assicurativi, la posizione dei soci lavoratori di società cooperative a quella dei lavoratori subordinati, con conseguente sussistenza dell'obbligazione contributiva a carico di tali società a prescindere dalla sussistenza degli estremi della subordinazione e dal fatto che la cooperativa svolga attività per conto proprio e per conto terzi. Né si riteneva rilevante, in senso contrario, il disposto del D.P.R. n. 602 del 1970, che si limita ad indicare alcune categorie di lavoratori soci di società ed enti cooperativi (specificamente indicati in allegato elenco) assoggettandole, sia pure a determinate condizioni, agli oneri contributivi previdenziali, senza peraltro incidere sulla disciplina dettata in via generale dal citato art. 2 R.D. n. 1422 del 1924. In tal senso si è espressa Cass. 16 luglio 2002 n. 10319 (2), la quale ha aggiunto che il principio della equiparazione ai fini contributivi della posizione del socio lavoratore di società cooperativa al lavoratore subordinato, assume una valenza generale che ne consente l'estensione alle assicurazioni cosiddette minori. Nello stesso senso *ex multis* Cass. 25 maggio 2002 n. 7668, 14 dicembre 2002 n. 17915, 1 agosto 2003 n. 3053, 7 marzo 2003 n. 3491 (3), 28 marzo 2003 n. 4767, quest'ultima riferita soltanto a lavoratori subordinati.

2. — La dottrina, anch'essa maggioritaria, che aderiva a questo indirizzo interpretativo, osservava come l'art. 2 R.D. n. 1422 del 1924 dovesse essere interpretato anche in base alla normativa sopravvenuta, tenendo conto specialmente della necessità di fornire una tutela previdenziale ad una categoria di soggetti più ampia di quelli originariamente ipotizzata, ossia a tutti i lavoratori in diverso modo associati nell'impresa

mutualistica.

3. — Tra le norme sopravvenute di equiparazione tra lavoratori dipendenti e soci di cooperative, si possono annoverare, quelle tributarie, che assimilano i soci lavoratori ai prestatori d'opere subordinati (art. 47, lett. a), D.P.R. n. 597 del 1973, art. 11 D.P.R. n. 601 del 1973, art. 6 ter d.l. 31 ottobre 1980 n. 693, conv. in l. 22 dicembre 1980 n. 891). L'art. 24, comma 2°, l. 24 giugno 1997 n. 196 (norme in materia di promozione della occupazione) estende l'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria ai lavoratori soci di cooperative di lavoro. L'art. 6, comma 7, d.lgs. 2 settembre 1997 n. 314 estende i criteri di determinazione della base imponibile, previsti nello stesso decreto per i lavoratori subordinati, al calcolo delle contribuzioni previdenziali dovute per i soci delle medesime cooperative.

4. — Le Sezioni unite hanno affermato che, considerata la varietà degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, il significato dell'art. 2, terzo comma, R. D. n. 1422 del 1924, non possa essere definito senza tener conto della successiva evoluzione legislativa, a partire dall'art. 45 Cost. e fino alle leggi successive ai fatti di causa e cioè alla legge 142/2001, così praticamente estendendo quest'ultima anche ai periodi anteriori alla sua entrata in vigore.

5. — La tesi non può essere condivisa, come hanno affermato molteplici sentenze successive, per la considerazione che la nuova legge ha un impianto del tutto diverso rispetto alla previgente regolamentazione. (Cass. n. 14073/2007, n. 222/2008, n. 10543/2008, n. 11371/2008).

Ed infatti cardine della nuova disciplina, sconosciuta nell'assetto precedente, è che il socio, all'atto dell'adesione alla cooperativa, o successivamente, instauri un ulteriore e distinto rapporto di lavoro, finalizzato al raggiungimento degli scopi sociali, in forma subordinata o autonoma, di talché è applicabile la tutela previdenziale prevista per l'una o per l'altra forma, ossia, si deve fare riferimento alle normative vigenti per le diverse tipologie di rapporto di lavoro (art. 4 comma 1). Nella nuova legge è quindi tutto chiaro: la tutela previdenziale non viene ancorata al rapporto associativo, ma al rapporto di lavoro, autonomo o subordinato, che si affianca a quello associativo.

6. — Ma così non era nell'assetto precedente, in cui l'unico rapporto del socio con la cooperativa era quello associativo, di talché se non si interpreta l'art. 2 del R.D. 1422 del 1924, nel senso peraltro fatto palese dalle parole, per cui il rapporto di associazione in cooperativa, è regolato, dal punto di vista previdenziale, come lavoro subordinato, ossia interpretando la norma citata del 1924 alla luce della normativa successiva del 2001, nella sostanza rimarrebbero privi di ogni tutela previdenziale i rapporti associativi in cooperativa a cui non si accompagnasse un rapporto di lavoro subordinato. Dispone infatti l'art. 4 della legge 142/2001 che *"Ai fini della contribuzione previdenziale ad assicurativa, si fa riferimento alle normative vigenti previste per le diverse tipologie di rapporto di lavoro adottabili dal regolamento delle società cooperative nei limiti di quanto previsto dall'art. 6"*.

7. — Poiché fino al gennaio 1996 sono rimasti privi di tutela assicurativa di sorta i lavoratori autonomi (non iscritti alle gestioni autonome Inps per artigiani, commercianti e coltivatori diretti), ne conseguirebbe che il lavoro associato in cooperativa, esplicito in forma di collaborazione autonoma, al di fuori della subordinazione, non riceverebbe tutela.

La legge 142/2001 interviene infatti in epoca in cui la generalità dei consociati gode di tutela previdenziale, e per ciascuno vale quella che è prevista per il tipo dell'attività lavorativa espletata, in un quadro di "universalizzazione" delle tutele, che prima non esisteva.

È noto infatti che la tutela previdenziale fu introdotta, in principio, solo per i lavoratori dipendenti, mentre solo con leggi successive questa fu estesa agli artigiani, ai commercianti, ai coltivatori diretti. La tutela del lavoro autonomo inteso come lavoro parasubordinato, di prestazione coordinata e continuativa art. 409 c.p.c. sorse solo con la legge 8 agosto 1995 n. 335.

8. — La disposizione cardine in tal senso si trova all'art. 2 commi 25 e 26.

Con il comma 25 è stato delegato il Governo ad emanare norme volte ad assicurare la tutela previdenziale in favore dei soggetti che svolgono attività autonoma di libera professione, il cui esercizio è subordinato all'iscrizione in appositi albi o elenchi. Si trattava, in questo caso, di regolamentare quei liberi professionisti per i quali esisteva un ente deputato alla tenuta degli albi, ma che non avevano, a differenza di altre categorie, una apposita cassa di previdenza e che erano quindi privi di tutela previdenziale.

Il successivo comma 26 del medesimo art. 2 della legge 335/95, prevede invece la costituzione presso l'Inps di una cd. gestione separata (ovvero quarta gestione) in cui devono essere iscritti quei lavoratori autonomi che svolgono attività professionale per la quale non è prevista l'iscrizione in albi o in elenchi, e che quindi non hanno alcun ente deputato alla relativa tenuta che possa decidere sulla forma di gestione della tutela previdenziale.

Il medesimo comma 26, ai fini della individuazione dei soggetti tenuti all'iscrizione a detta gestione separata, traccia una fondamentale bipartizione: a) i "lavoratori parasubordinati" in senso proprio, e cioè coloro che percepiscono redditi da collaborazione continuativa e coordinata (ultima parte del citato comma 26); b) i "lavoratori autonomi" in senso stretto e cioè coloro che, ai sensi dell'art. 53 dello stesso t.u.i.r., godono di redditi derivanti da attività di lavoro autonomo, svolta come professione abituale, ancorché non esclusiva, si tratta cioè di quelli che la vulgata definisce come il popolo delle partite Iva. I soci di cooperativa lavoratori autonomi potrebbero dunque essere assicurati nelle forme previste dal citato comma 26, ma ciò solo a partire dalla data di entrata in vigore della legge sulla gestione separata.

9. — Conclusivamente, si deve confermare l'indirizzo giurisprudenziale precedente sulla equiparazione tra soci di cooperativa e lavoratori subordinati, ciò al fine di evitare la assenza di tutela previdenziale in capo ai soci di cooperativa che non fossero anche lavoratori dipendenti, giacché per costoro detta tutela è stata prevista, solo dall'entrata in vigore della citata legge 335/95 sulla assicurazione dei lavoratori autonomi.

10. — Anche le altre censure non meritano accoglimento: non la contraddittorietà di motivazione di cui al secondo motivo, giacché, trattandosi di interpretazione di legge, questo vizio è, in ogni caso, irrilevante.

Non si comprende poi la invocata equiparazione dei soci ai lavoratori socialmente utili, per avere lavorato attraverso convenzioni stipulate con gli enti locali; la censura è in primo luogo generica, non precisandosi né i nomi dei soci, né i periodi interessati. In ogni caso non è stata citata, né è ravvisabile nell'ordinamento una disposizione

siffatta ed ovviamente non è vincolante in giudizio la citata direttiva dell'Inps.

Parimenti infondato è l'addebito mosso alla sentenza impugnata per non avere escluso il diritto alla restituzione delle somme versate a titolo di condono. Infatti in sede di condono, ancorché non sia precisato in ricorso di quale legislazione si trattasse, si beneficia della diminuzione delle sanzioni, ma non vi è esonero dal pagamento dei contributi se, all'esito del giudizio di accertamento, questi risultino dovuti, com'è nella specie.

Il. — ricorso va quindi rigettato.

La ricorrente va condannata alla rifusione delle spese della discussione orale dell'Inps, liquidate come da dispositivo.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 637

(2) *Idem*, 2002, p. 893

(3) *Idem*, 2003, p. 542

Pensioni - Dirigenti *ex* INAM - Indennità di funzione - Inserimento nella base di calcolo del trattamento di quiescenza - Conseguimento della qualifica dirigenziale in virtù di benefici combattentistici - Diritto all'inserimento dell'indennità di funzione nella base di calcolo della pensione - Insussistenza.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 7.11.2008 n. 26815 - Pres. Mercurio - Rel. Di Nubila - PM Fedeli - INPS (Avv. Biondi, Riccio, Valente) - M.L.B. (Avv. Salerno, Allocca)

Al dirigente ex INAM che abbia conseguito all'atto del pensionamento, per effetto della legge n. 336 del 1970, il diritto all'adeguamento del proprio trattamento a quello del personale in servizio con la qualifica di dirigente generale nella sua qualità di ex combattente non spetta l'inserimento dell'indennità di posizione nella base di calcolo del trattamento di quiescenza.

FATTO — 1. — B. M. L., vedova di un dirigente generale dell'INAM, conveniva in giudizio l'INPS e chiedeva la riliquidazione della pensione integrativa, mediante l'inclusione dell'indennità di posizione prevista dalla Legge n. 334 del 1997. Il Tribunale di Teramo rigettava la domanda. Proponeva appello l'attrice; si costituiva l'INPS per resistere al gravame; la Corte di Appello dell'Aquila riformava la sentenza

di primo grado ed attribuiva il beneficio richiesto, così motivando:

- il regolamento del disciolto INAM prevede che le variazioni delle retribuzioni pensionabili del personale in servizio comportano la riliquidazione in favore del personale in quiescenza (clausola oro);

- l'art. 1 della Legge n. 334 del 1997 attribuisce al personale in servizio come dirigente generale una indennità di posizione, pensionabile;

- la temporaneità dell'erogazione, quale anticipazione sul futuro trattamento da definirsi in sede di contrattazione collettiva, non è di ostacolo all'accoglimento della domanda.

2. — Ha proposto ricorso per Cassazione l'INPS, deducendo unico, articolato motivo. Resiste con controricorso B. M. L..

DIRITTO — 3. — Con l'unico motivo del ricorso, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360 n. 3 C.P.C., degli artt. 1 della Legge n. 334 del 1997 e 2 della Legge n. 336 del 1970, nonché difetto assoluto di motivazione per gli effetti di cui all'art. 360 n. 5 Codice di Procedura Civile: l'attribuzione è stata richiesta dall'attrice sulla base del possesso della qualifica di dirigente generale da parte del marito all'atto del pensionamento; in precedenza, il “*de cuius*” rivestiva la qualifica di dirigente superiore. La qualifica di dirigente generale venne attribuita al P. soltanto all'atto del pensionamento, senza mai avere esercitato le funzioni di dirigente generale, ai sensi della Legge n. 336 del 1970. La Corte di Appello omette di motivare in ordine a siffatta attribuzione della qualifica ed riconosce l'indennità di posizione come computabile nella pensione soltanto perché la qualifica di dirigente generale venne corrisposta all'atto del pensionamento. Trattasi invece di una attribuzione virtuale, che non può avere effetti sulla pensione.

4. — L'INPS prospetta poi un profilo subordinato: poiché l'indennità di posizione non è cumulabile con l'indennità di funzione quota A della quale il defunto fruiwa, occorrerebbe procedere al ricalcolo assorbendo l'indennità di funzione quota A, operazione questa che dovrebbe concludersi in perdita per l'attrice. Ciò in quanto l'art. 1 della ridetta Legge n. 334 del 1997 prevede la non spettanza dell'indennità di posizione ai dirigenti che fruiscono di compensi o indennità aventi natura analoga, fatto salvo il trattamento economico di miglior favore.

5. — Il ricorso dell'INPS è fondato e merita accoglimento sotto il profilo principale, rimanendo perciò assorbito il profilo subordinato. La Legge n. 334 del 1997 ha attribuito, con l'art. 1, una indennità di posizione correlata “esclusivamente alle funzioni dirigenziali attribuite e pensionabile” ai dirigenti generali e qualifiche equiparate, in via transitoria ed in attesa dell'estensione del regime di diritto privato al rapporto di lavoro dei dirigenti generali dello Stato e degli enti pubblici. Tale indennità è estesa al personale della carriera prefettizia e diplomatica, ai dirigenti generali della Polizia di Stato, ai Generali di Divisione e superiori delle Forze Armate, senza effetti ai fini della determinazione dell'indennità di ausiliaria e dell'attribuzione di qualsiasi altro beneficio economico per promozione e scatti conferibili il giorno antecedente la cessazione dal servizio. Ove il dirigente fruisca di compensi diversamente denominati ed aventi analoga natura, è prevista soltanto l'opzione per il trattamento di miglior favore.

6. — Risulta incontestato nella specie che il dott. P. conseguì la qualifica di dirigente generale contestualmente al pensionamento, per effetto dell'art. 2 della Legge n. 336 del 1970, la quale attribuiva, all'atto della cessazione dal servizio, ai soli fini della liquidazione della pensione e dell'indennità di buonuscita e di previdenza, tre scatti di anzianità o, a richiesta, la qualifica o classe di stipendio immediatamente superiore a quella posseduta.

7. — Il “combinato disposto” delle due norme sopra citate sembrerebbe essere stato interpretato inizialmente da questa Corte di Cassazione nel senso che la “clausola oro” del Fondo di previdenza ex INAM si applica anche ai dipendenti che abbiano assunto la qualifica di dirigente generale all'atto del pensionamento per effetto dell'art. 2 della Legge n. 336 del 1970 sui benefici combattentistici (Cass. 4.10.2006 n. 21358). Peraltro, consultando il testo integrale della sentenza citata, si rileva che il principio è affermato relativamente all'indennità di funzione quota A e all'indennità incentivante. In termini si esprime invece Cass. 1.2.2006 n. 2242, secondo la quale il computo dell'indennità di posizione nella pensione spetta ai dirigenti INAM in quanto abbiano espletato effettivamente le funzioni dirigenziali, e non quando l'attribuzione della qualifica di dirigente generale sia stata attribuita all'atto del pensionamento ai sensi della Legge n. 336 del 1970. La sentenza 23.3.2007 n. 7124, richiamando anche il precedente 5.5.2001 n. 6317, condivide l'orientamento di cui alla citata sentenza n. 2242 del 2006 (1) ed afferma che l'indennità di posizione, con conseguente riliquidazione della pensione, non spetta a coloro ai quali sia stata riconosciuta la qualifica di dirigente generale solo sulla base della Legge n. 336 del 1970. L'indennità in parola presuppone l'effettivo svolgimento delle funzioni dirigenziali, mentre nella specie la qualifica superiore viene conseguita soltanto all'atto del collocamento a riposo.

8. — Pare a questa Corte che l'orientamento sopra richiamato sia condivisibile e non vi siano motivi per discostarsene. Infatti la Legge n. 334 del 1997 riconosce l'indennità di posizione sulla base delle funzioni dirigenziali “attribuite” ed appare quindi presupporre l'effettiva attribuzione delle dette funzioni, non solo una attribuzione “virtuale”. L'indennità di posizione, nei confronti delle qualifiche equiparate, non spiega effetto ai fini dei benefici economici conferibili il “giorno precedente” il pensionamento. Il riconoscimento della qualifica di dirigente generale ad un ex combattente non avviene durante il rapporto di lavoro e non comporta effettiva attribuzione delle funzioni; esso riconoscimento ha come condizione l'accoglimento della domanda di pensionamento e viene conferito all'atto della cessazione del rapporto di lavoro.

9. — La sentenza impugnata deve pertanto essere cassata. La causa, non risultando necessari ulteriori accertamenti in fatto, può essere decisa nel merito mediante il rigetto della domanda introduttiva. Le spese dell'intero processo non sono ripetibili, attesa la natura previdenziale della controversia.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2006, p. 216

Pensioni - Indennità di accompagnamento - Sottoposizione a trattamento chemioterapico - Sufficienza ai fini del conseguimento della prestazione - Esclusione - Accertamento concreto della effettiva insorgenza delle condizioni previste dall'art. 1 della L. n. 18 del 1990 - Necessità.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 22.10.2008 n. 25569 - Pres. Cuoco - Rel. De Matteis - PM Velardi - M.F. (Avv. Baldassarre) - INPS

La sottoposizione a trattamento chemioterapico non comporta di per sé sola, ed in astratto, il diritto alla indennità di accompagnamento dovendosi piuttosto valutare, in concreto, se essa determini, anche per il tempo limitato della terapia, l'effettiva insorgenza delle condizioni previste dall'art. 1 della L. n. 18 del 1990.

FATTO — Il giudice del lavoro di Bari ha respinto la domanda di indennità di accompagnamento proposta dalla signora M. F. nei confronti del Ministero dell'inter-no, per difetto di legittimazione passiva, e nei confronti dell'INPS per infondatezza nel merito. Ha rilevato che il c.t.u. aveva fatto un riferimento generico alle gravi condizioni cliniche della M., ma non aveva accertato alcun elemento idoneo ad evidenziare una totale e continua impossibilità di deambulare o di attendere autonomamente agli atti quotidiani della vita, anche durante il periodo di trattamento chemioterapico.

La M. ha proposto appello sostenendo che la indennità richiesta doveva esserle riconosciuta quanto meno per il periodo marzo-giugno 2000 in cui ella, affetta da carcinoma del rinofaringe con metastasi latero cervicali, è stata sottoposta a trattamento chemioterapico.

La Corte d'Appello di Bari, con sentenza 16/30 dicembre 2004 n. 1693, ha rigettato l'appello, ritenendo corretta la valutazione del primo giudice. Ha rilevato che il c.t.u. ha rilevato un notevole miglioramento dopo il trattamento chemioterapico, sì che residuava uno stato invalidante del 70%, a fronte di un'originaria valutazione in sede amministrativa del 100%; ha ritenuto che la conclusione del c.t.u. (secondo cui nel periodo di trattamento chemioterapico succeduto al primo ricovero ospedaliero poteva essere riconosciuta la indennità di accompagnamento) fosse immotivata.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per Cassazione la M., con due motivi. L'INPS è rimasto intimato.

DIRITTO — La ricorrente deduce, con due motivi, violazione e falsa applicazione dell'articolo 1 legge 21 novembre 1988 n. 508, nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine a punto decisivo della controversia.

In punto di diritto, invoca il precedente di questa Corte 19 novembre 1999 n. 1705 che, nella interpretazione della ricorrente, riconoscerebbe il diritto all'indennità di accompagnamento a coloro che subiscono trattamento di chemioterapia, anche in regime di day-hospital, almeno per tutta la durata della cura.

In punto di fatto contesta le valutazioni della sentenza impugnata. Il primo motivo non è fondato.

La sentenza invocata è così massimata: "L'art. 1 della legge n. 289 del 1990, nel prevedere il diritto all'indennità mensile di frequenza nel caso di frequentazione continuativa o periodica di centri ospedalieri, presuppone l'esistenza di uno stato di malattia di durata circoscritta nel tempo, che non è incompatibile con l'ulteriore requisito, coesistente ma non esclusivo, della "persistenza" delle difficoltà a compiere i compiti e le funzioni proprie dell'età. (Nella specie è stata cassata la sentenza di merito la quale aveva escluso integrare il requisito delle "persistenti" difficoltà previste dalla norma la situazione del minore che aveva seguito terapia chemioterapica con ricovero giornaliero per un periodo di tempo limitato)".

Come si vede, la sentenza, oltre a riguardare una fattispecie diversa dalla indennità di accompagnamento, non contrasta con il consolidato insegnamento di questa Corte, conforme al tenore testuale dell'articolo 1 legge 11 febbraio 1980, n. 18 e legge 21 novembre 1988 n. 508, secondo cui la indennità di accompagnamento spetta ai cittadini nei cui confronti sia stata accertata una inabilità totale e che, in aggiunta, si trovino nella impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore o, non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, bisognano di un'assistenza continua (*ex plurimis* Cass. 20 giugno 2006 n. 14127).

Questa Corte ha ammesso che la indennità di accompagnamento possa spettare anche in caso di ricovero in ospedale pubblico, nonostante la previsione contraria dell'articolo 1, comma 3, legge 11 febbraio 1980, n. 18, ma sempre che la parte interessata dimostri che le prestazioni assicurate dall'ospedale medesimo non esauriscono tutte le forme di assistenza di cui il paziente necessita per la vita quotidiana (Cass. 2 febbraio 2007 n. 2770).

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, il problema del trattamento chemioterapico non può essere risolto in astratto, con l'affermazione che esso comporti sempre e di per sé, oppure non comporti, il diritto alla indennità di accompagnamento, ma costituisce una situazione di fatto, sicché si deve esaminare caso per caso se esso comporti, per gli alti dosaggi e per i loro effetti sul singolo paziente, anche per il tempo limitato della terapia, le condizioni previste dall'articolo 1 legge 11 febbraio 1980, n. 18.

Nel caso di specie, e con ciò si passa al secondo motivo, relativo al vizio di motivazione, il giudice di merito, con accertamento di fatto a lui demandato, ha accertato l'insussistenza di tali requisiti.

Nel far ciò, ha disatteso il giudizio peritale, espresso in termini possibilistici. Aveva pertanto l'obbligo di motivare il proprio dissenso, che ha espresso nei seguenti termini: "il c.t.u. non ha accertato alcun preciso e concreto elemento idoneo ad evidenziare una totale e continua impossibilità di deambulare o di attendere autonomamente agli atti quotidiani della vita anche durante il periodo di trattamento chemioterapico, al di fuori di un sin troppo generico riferimento alle gravi condizioni cliniche della M".

La ricorrente contesta tale valutazione, facendo presente che durante i cicli di terapia (tre cicli di cinque giorni ciascuno in regime di ospedalizzazione, e successivamente quattro cicli di cinque giorni ciascuno di trattamento radioterapico in regime di day-hospital) la M., oltre a necessitare del continuo accompagnamento dei figli, a turno, attesa la difficoltà nella deambulazione, era completamente incapace di attendere ai propri quotidiani bisogni (lavarsi, vestirsi, mangiare, curare la propria persona) né

era in grado di camminare se non sorretta da altri, e ciò proprio a causa dell'aggressività della terapia che causava alla stessa forti dolori ed un'assoluta e perdurante debolezza. Inoltre, per tutta la durata della terapia, la signora M., che pure era sempre assistita dal marito e dai figli, fu costretta a trasferirsi a casa della figlia maggiore, L. A., la quale provvedeva completamente alla madre, prestandole assistenza e soccorso in tutte le attività quotidiane.

Tali circostanze erano state già dedotte nell'atto di appello.

La consulenza tecnica, che può essere esaminata direttamente da questa Corte perché ad essa rinvia la sentenza impugnata e ne integra la motivazione, dopo aver descritto la anamnesi della M., ha elencato diffusamente i presupposti in generale della indennità di accompagnamento ed ha elencato analiticamente i comportamenti che integrano gli atti quotidiani della vita e l'assistenza continua. Ha quindi aggiunto che la chemioterapia ad alte dosi cui è stata sottoposta la M. è pesantemente invalidante e che pertanto le può essere attribuita la indennità di accompagnamento dal marzo al giugno 2000, e cioè fino a 40 giorni dopo la fine del trattamento chemioterapico.

Come si vede, il c.t.u. ha affermato un effetto pesantemente invalidante, ma non nei termini dell'articolo 1 legge 11 febbraio 1980, n. 18, e la sua valutazione circa il diritto all'indennità di accompagnamento è espressa in termini meramente possibilistici.

La diversa valutazione della sentenza impugnata non è pertanto illogica.

Il ricorso va pertanto respinto.

(Omissis)

Processo civile - Rito del lavoro - Ammissione di mezzi di prova - Potere d'ufficio del giudice - Sussistenza - Motivazione - Necessità - Presupposti.

Processo civile - Richiesta di esibizione di documenti ai sensi dell'art. 210 c.p.c. - Condizioni.

Corte di Cassazione - Sez. Lav. - 14.08.2008, n. 21671 - Pres. Senese - Rel. Curcuruto - P.M. Abbritti - F. R. (Avv. Cannicchio) - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo).

Nel rito del lavoro, ai sensi di quanto disposto dagli artt. 421 e 437 c.p.c., l'esercizio del potere d'ufficio del Giudice, pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni ed in mancanza di richiesta delle parti, non è meramente discrezionale, ma si presenta come un potere - dovere, sicché il giudice del lavoro non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova, avendo l'obbligo - in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c., ed al disposto di cui all'art.

III Cost., comma 1, sul "giusto processo regolato dalla legge" - di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso. Rimane, tuttavia, fermo che l'esercizio di tali poteri presuppona che le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, e che il giudice reputi insufficienti le prove già acquisite.

L'esibizione di documenti non può essere chiesta, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., a fini meramente esplorativi, allorquando neppure la parte istante deduca elementi sulla effettiva esistenza del documento e sul suo contenuto per verificarne la rilevanza in giudizio.

FATTO — 1. — R. F. con ricorso al giudice del lavoro ha chiesto che l'INPS fosse condannato a corrisponderle l'indennità di maternità, quale lavoratrice agricola, in relazione ai periodi di astensione obbligatoria e facoltativa per il parto del 12 luglio 1990.

2. — Nella resistenza dell'Istituto la domanda è stata rigettata per intervenuta prescrizione.

3. — La F. ha proposto appello producendo documenti, al fine di dimostrare che la prescrizione era stata interrotta. L'INPS si è opposto alla produzione ed ha chiesto il rigetto del gravame.

4. — La Corte d'Appello di Reggio Calabria ha rigettato l'appello così motivando, in sintesi.

4.1.— L'interruzione della prescrizione configura una contro eccezione che non può esser sollevata per la prima volta in appello.

4.2. — In ogni caso, in fase di gravame non è consentita la produzione di documenti non prodotti nel grado precedente, a meno che essa non sia giustificata dall'evolvere della vicenda processuale successivamente al ricorso e alla memoria di costituzione. Ma una tale condizione limitativa non ricorre perché la tempestiva proposizione da parte dell'INPS dell'eccezione di prescrizione avrebbe consentito alla parte appellante di produrre in primo grado l'atto interruttivo.

5. — R. F. ha chiesto la cassazione di questa sentenza sulla base di un unico motivo.

6. — L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — 7. — Con l'unico motivo di ricorso è denunciata violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 420, 421 e 437 c.p.c. - art. 210 c.p.c. - artt. 88 e 89 c.p.c.) nonché omessa, contraddittoria/insufficiente motivazione.

7.1. — Si addebita anzitutto alla sentenza impugnata di aver omesso di considerare il carattere generico delle difese dell'INPS, nelle quali l'eccezione di prescrizione era stata dedotta senza una compiuta specificazione.

La doglianza è inammissibile perché tale specifica questione non risulta affrontata nella sentenza impugnata, sicché, in difetto di denuncia di omessa pronunzia (vizio diverso da quello di omessa motivazione), è da considerarsi nuova. Va aggiunto che, a

fronte dell'accertamento del giudice di merito circa l'intervenuta proposizione dell'eccezione di prescrizione da parte dell'INPS, sarebbe stato necessario, con puntuale riproduzione delle parti rilevanti dell'atto difensivo dell'Istituto, dare fondamento alla censura di genericità, afflitta dal medesimo vizio che essa addebita alla difesa della controparte.

7.2. — Si addebita poi alla sentenza impugnata di non aver considerato che la controeccezione di prescrizione non poteva esser ritenuta tardiva perché proposta implicitamente con l'istanza di esibizione della pratica afferente la prestazione richiesta.

La doglianza è inammissibile.

La sentenza impugnata ha ritenuto che la controeccezione di prescrizione soggiacesse al regime delle eccezioni in senso stretto.

Tale affermazione è inesatta - e la sentenza merita quindi, sul punto, correzione ai sensi dell'art. 384, comma secondo (nel testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 12 del D.Lgs n. 40 del 2006) - dal momento che le Sezioni unite di questa Corte, risolvendo un contrasto sull'argomento, hanno affermato che l'eccezione di interruzione della prescrizione integra un'eccezione in senso lato e non in senso stretto e, pertanto, può essere rilevata d'ufficio dal giudice sulla base di elementi probatori ritualmente acquisiti agli atti (sentenza 2005/15661) (1).

Ma la sentenza impugnata ha anche accertato che la produzione documentale concernente gli ipotetici atti interruttivi era inammissibile perché tardiva. Quindi il principio affermato da questa Corte non può giovare alla ricorrente, poiché - come del resto sottolineato da questa Corte nella stessa sentenza in questione - il rilievo d'ufficio della controeccezione presuppone comunque che la documentazione pertinente sia entrata nel processo a tempo debito.

7.3. — Si addebita poi alla sentenza impugnata di non aver considerato che il giudice di primo grado, anche al di là della richiesta istruttoria della parte, avrebbe dovuto attivarsi al fine di cercare la verità materiale, ordinando all'INPS l'esibizione della documentazione amministrativa in suo possesso.

La doglianza è infondata.

La giurisprudenza di questa Corte è ormai costante nel ritenere che nel rito del lavoro, in base al combinato disposto degli artt. 416, terzo comma, cod. proc. civ., che stabilisce che il convenuto deve indicare a pena di decadenza i mezzi di prova dei quali intende avvalersi, ed in particolar modo i documenti, che deve contestualmente depositare - onere probatorio gravante anche sull'attore per il principio di reciprocità fissato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13 del 1977 - e 437, secondo comma, cod. proc. civ., che, a sua volta, pone il divieto di ammissione in grado di appello di nuovi mezzi di prova - fra i quali devono annoverarsi anche i documenti -, l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti, e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo); e la irreversibilità della estinzione del diritto di produrre i documenti, dovuta al mancato rispetto di termini perentori e deca-

denziali, rende il diritto stesso insuscettibile di reviviscenza in grado di appello. Tale rigoroso sistema di preclusioni trova un contemperamento - ispirato alla esigenza della ricerca della "verità materiale", cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento - nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi del citato art. 437, secondo comma, cod. proc. civ., ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri, peraltro, da esercitare pur sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse. (Cass. Sez. un. 2005/8202, seguita da molte conformi, fra le quali, v., per tutte, 2006/11922; 2007/14696; 2007/21967).

La giurisprudenza di questa Corte è anche orientata nel senso che nel rito del lavoro, ai sensi di quanto disposto dagli artt. 421 e 437 cod. proc. civ., l'esercizio del potere d'ufficio del giudice, pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa, non è meramente discrezionale, ma si presenta come un potere - dovere, sicché il giudice del lavoro non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova, avendo l'obbligo - in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 cod. proc. civ., ed al disposto di cui all'art. 111, primo comma, Cost. sul "giusto processo regolato dalla legge" - di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso (Cass. Sez.un. 2004/11353; conf. 2006/7543).

Rimane, tuttavia, fermo che l'esercizio di tali poteri presuppone che le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, ed il giudice reputi insufficienti le prove già acquisite (v. in motivazione Cass. 2004/11353).

L'esibizione di documenti d'altra parte non può essere chiesta, ai sensi dell'art. 210 cod. proc. civ., a fini meramente esplorativi, allorquando neppure la parte istante deduca elementi sulla effettiva esistenza del documento e sul suo contenuto per verificare la rilevanza in giudizio (Cass. 2007/26943, con riferimento alle dichiarazioni dei redditi del lavoratore successive alla data del licenziamento).

Nel caso di specie, la Corte territoriale ha rilevato che a fronte della eccezione di prescrizione, ritualmente sollevata dall'INPS in primo grado, sarebbe stato onere della lavoratrice esibire tempestivamente, nello stesso grado, la documentazione concernente l'interruzione. In tal modo il giudice di merito ha implicitamente valutato che di tale documentazione non vi era in sostanza alcuna traccia, e che pertanto la richiesta di ordinare all'INPS l'esibizione di "tutti gli atti relativi all'indennità rivendicata," finiva con il rivestire quel carattere in presenza del quale la giurisprudenza di questa Corte giudica la richiesta di esibizione come inammissibile.

D'altro lato, il diniego di ammettere in appello la nuova produzione documentale era pienamente conforme ai risultati cui, come s'è detto, è pervenuta questa Corte in tema di documenti prodotti per la prima volta in sede di gravame.

7.4. — Si addebita, infine, alla sentenza impugnata di non aver considerato il dovere di cooperazione gravante sull'INPS in quanto ente pubblico, né l'affidamento che l'assicurata aveva diritto di riporre sulla mancata contestazione da parte dell'INPS, della avvenuta interruzione, con i conseguenti riflessi sulla ammissibilità della produ-

zione documentale in appello, resa necessaria da una contestazione non prevedibile.

Le doglianze non trovano alcun riscontro nella sentenza impugnata, né la ricorrente lamenta ora vizio di omessa pronunzia (diverso - come già sottolineato - dal vizio di omessa motivazione).

Quindi esse sono inammissibili perché nuove.

8. — In conclusione, il ricorso deve essere rigettato senza pronunzie sulle spese data la natura della controversia.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2006, p. 51

Previdenza (Assicurazioni sociali) - Contributi assicurativi - Categorie - Attività di investigatore privato - Individuazione - Inquadramento - Settore commercio - Configurabilità.

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro - 05.08.2008 n. 21137 - Pres. Sciarelli G. - Rel. Vidiri G. - P.M. Apice U. - INPS (Avv. Coretti, Correra, Maritato) - B. R. (Avv. Valentini).

L'attività di investigatore privato, volta alla produzione di un servizio di acquisizione di dati e di elaborazione degli stessi, va inquadrata ai fini previdenziali ed assistenziali nel settore del commercio, con la conseguenza che chi esercita tale attività deve iscriversi non alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335 del 1995 - non essendo le professioni intellettuali oggetto di detta normativa assimilabili all'attività professionale svolta dall'investigatore privato - ma nella gestione assicurativa degli esercenti le attività commerciali, in applicazione del disposto della lettera d) dell'art. 49 della legge n. 88 del 1989, che nel classificare ai fini previdenziali ed assistenziali (in forza di una norma generale ed esaustiva della materia, come tale modificabile solo attraverso successive norme speciali) le diverse attività lavorative e nell'includere nel settore terziario quelle commerciali, comprende in esse anche le attività che si concretizzano in una prestazione di servizi.

FATTO — R. B., maresciallo dei carabinieri in pensione, esponeva al giudice del lavoro di svolgere attività di investigazione dal 1 luglio 1995 e che, con verbale n. 88 del 19 gennaio 1998, l'INPS gli aveva contestato la sua mancata iscrizione, a far data dal 1 luglio 1995, nella gestione degli esercenti le attività commerciali, con addebito

dei contributi evasi sino al 31 dicembre 1997. Asseriva che la qualificazione della propria attività, operata dall'Istituto come attività ausiliaria del commercio, era errata perché in contrasto con l'art. 1 della legge n. 662 del 1996, che, individuando i soggetti tenuti all'iscrizione nella gestione previdenziale degli esercenti attività commerciali, escludeva chi esercitava attività professionali ed artistiche. Chiedeva, quindi, che venisse dichiarata la insussistenza del suo obbligo di iscriversi nella gestione assicurativa degli esercenti le attività commerciali ed instava perché, invece, fosse accertato il suo obbligo alla iscrizione separata per coloro che esercitano attività di lavoro autonomo, di cui all'art. 49, comma 1, del d.p.r. n. 917 del 1986, a decorrere dal 1 luglio 1996, in forza del d.l. n. 499 del 1996, essendo egli titolare di pensione; e concludeva, conseguentemente, per la condanna dell'Istituto alla variazione della sua iscrizione, al rimborso dei contributi cautelativamente versati in attuazione delle contestate determinazioni dell'Istituto, dalla data del 1 luglio 1995 a quella del 1 luglio 1996, e poi delle maggiori somme a titolo di contributi versate, con riserva da tale data in poi.

Dopo la costituzione del contraddittorio e dopo l'espletamento dell'istruttoria e l'acquisizione agli atti di numerosi documenti, il Tribunale adito accoglieva la domanda ed, a seguito di gravame dell'INPS, la Corte d'appello di Genova rigettava l'impugnazione dell'Istituto. Nel pervenire a tale conclusione la Corte territoriale vagliava in primo luogo, attraverso la copiosa documentazione in atti, l'attività lavorativa in concreto svolta dal B., e rilevava che i compiti dallo stesso spiegati nell'interesse di una società assicuratrice trascendevano di gran lunga l'attività di mero informatore commerciale, per assumere quelli tipici di una attività professionale caratterizzata dalla natura intellettuale e tecnica delle prestazioni spiegate, per cui doveva reputarsi corretto l'inquadramento del B., titolare di un trattamento pensionistico, tra gli esercenti attività artistiche e professionali, disciplinate dall'art. 49 del d.p.r. n. 917 del 1986 e dall'art. 1, comma 212, della legge n. 662 del 1996.

Avverso tale sentenza l'INPS propone ricorso per cassazione, affidato ad un unico articolato motivo. Resiste con controricorso R. B.

DIRITTO — Con il ricorso l'INPS deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995 n. 335, dell'art. 49, lettera d), della legge n. 88 del 1989, nonché dell'art. 1, comma 202, della legge n. 662 del 1996.

Sostiene al riguardo l'Istituto che nel caso di specie l'attività svolta dal B. non è inquadrabile in quella di un libero professionista *stricto sensu*, bensì molto più correttamente in una prestazione di servizi, atteso che, l'intellettualità che tipizza le professioni intellettuali in senso stretto, di cui al primo comma dell'art. 2229 c.c., deve distinguersi da quella intellettualità "diffusa" rinvenibile in altre attività lavorative che, svolte a livello professionale, si distinguono però dalle professioni intellettuali vere e proprie, che hanno un peculiare e qualificante oggetto, che li caratterizza nell'ambito delle prestazioni, che pur richiedono doti di intelligenza e preparazione tecnica. Nel caso dell'investigatore privato emerge con chiarezza come l'attività relativa vada inquadrata in quella propria di un lavoratore autonomo e come il momento intellettuale della raccolta dei dati relativi al fatto investigativo sia meramente strumentale ed antecedente al servizio prestato al cliente, che consiste nel fornire a quest'ultimo le informazioni acquisite. In altri termini l'attività dell'investigatore privato si qualifica come una atti-

vità di prestazione di servizi piuttosto che attività di un professionista in senso stretto. Considerazioni queste che finiscono per assumere importanti risvolti in ordine all'inquadramento previdenziale della investigazione, al fine di richiedere l'iscrizione di chi esercita la relativa attività alla gestione assicurativa degli esercenti delle attività commerciali in luogo di quella alla gestione separata ex art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995 n. 335.

In conclusione sostiene l'Istituto ricorrente che gli investigatori privati dal momento che devono configurarsi come lavoratori autonomi che realizzano (raccolgendo ed elaborando strumentalmente dati conoscitivi) un servizio (consistente nel fornire al cliente i dati acquisiti) non possono ritenersi professionisti nel senso vero e tradizionalmente inteso, e devono, pertanto, essere (comunque) inquadrati nel settore del commercio.

Il ricorso è fondato e, pertanto va accolto.

Ai fini di seguire un ordinato percorso argomentativo va premesso che la ricordata legge 9 marzo 1989 n. 88 ("Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro") ha avuto tra l'altro come scopo quello di attribuire all'Istituto nazionale della Previdenza sociale un ampio potere classificatorio delle imprese e dei datori di lavoro - da valere "a tutti i fini previdenziali ed assistenziali" - sulla base di criteri ben individuati" (cfr. l'incipit del comma 1 dell'art. 49 legge n. 88 del 1989), e ciò al fine da introdurre un nuovo e più moderno sistema classificatorio delle attività datoriali capace, da un lato, di sostituire il precedente art. 2135 c.c. reputato non più idoneo ad inquadrare realtà imprenditoriali nuove e maggiormente articolate, e dall'altro di assumere una valenza generale per fornire una collocazione delle diverse imprese valida per tutti i fini previdenziali, con l'abbandono di un assetto ordinamentale che presentava l'inconveniente di apprestare criteri di inquadramento delle imprese tra loro divergenti, a seconda della natura dei singoli contributi da versare ai diversi enti assicurativi. Il che era attestato dalla giurisprudenza di legittimità che, sul presupposto che mancasse un criterio generale di classificazione, ha ritenuto valido l'inquadramento nei diversi settori produttivi (industria, commercio, artigianato), effettuato dall'INPS alla stregua dell'art 33 del T.U. 30 maggio 1955 n. 797 sugli assegni familiari (modificato poi dall'art. 56 della legge 17 ottobre 1961 n. 1038) per i soli fini per il quale era stato elaborato, ed ha evidenziato anche, come la suddetta norma non fosse suscettibile di interpretazione analogica, per non riscontrarsi negli altri e diversi istituti giuridici di natura previdenziale un carattere omogeneo tale da formare un complesso unitario tale da giustificare l'estensione di qualificazioni proprie di un istituto ad un altro senza un espresso rinvio (cfr. in tali termini tra le tante: Cass. 29 gennaio 1977 n. 453 nonché Cass. 17 febbraio 1987 n.1712; Cass. 15 ottobre 1986 n. 6282; Cass. 14 gennaio 1980 n. 303).

E sempre risulta opportuno in funzione della decisione sottolineare come con l'emancipazione del già ricordato art. 49 siano stati fissati come criteri classificatori validi, come si è detto, a tutti i fini previdenziali ed assistenziali - cinque distinti e ben specificati comparti (industria, artigianato, agricoltura, terziario, credito; assicurazione e tributi), e per di più si sia proceduto rispetto al passato ad una riduzione dell'area delle attività industriali perché le attività di produzioni di servizi, con la normativa scrutinata, concorrono ora a formare il settore del "terziario", che con il passare del tempo è

venuto ad acquisire nell'economia del paese spazi sempre più crescenti e rilevanti anche in termini occupazionali.

Allo stato, dunque, giusta la lettera d) dell'art. 49 della legge n. 88 del 1989, sono classificabili nel settore terziario le attività commerciali, ivi comprese quelle turistiche, le attività di produzione, intermediazione e prestazione di servizi anche finanziari, e le attività professionali ed artistiche nonché le relative attività ausiliarie. Come è stato da più parti osservato la disposizione ora in esame si caratterizza per la sua portata onnicomprensiva perché nel comma secondo introduce un settore aggiuntivo, quale quello delle "attività varie", nel quale è stato ritenuto che vadano incluse, ad iniziativa dell'INPS, gli organismi esponenziali di interessi categoriali, collettivi o diffusi, e gli enti che perseguono scopi non riconducibili a quelli economico-produttivi o che, per qualsiasi altra ragione, mal si adeguano ad essere inquadrati nei precedenti settori.

L'indicata onnicomprensività della disciplina prescritta, che ha ad oggetto più che le "imprese" i "datori di lavoro" - perché si prescinde dall'esercizio in forma imprenditoriale delle diverse attività prese in considerazione - ha portato ad includere nel terziario pure "le attività professionali" anche se le stesse vengano svolte in forma di impresa.

Corollario di quanto sinora detto e, più specificamente, del più volte rimarcato carattere generale della disciplina in esame, è che nella individuazione di criteri determinativi e regolatori degli obblighi contributivi non può che farsi riferimento - in assenza di norme successive dotate di una peculiare specificità - ai comparti indicati nell'art. 49 con la conseguenza che correttamente l'INPS ha contestato al B. - che forniva un servizio investigativo a persone o enti a ciò interessati - la mancata iscrizione nella gestione dei commercianti, sostenendo, diversamente da come ritenuto dalla impugnata sentenza, che il B. stesso non poteva considerarsi, quale investigatore privato, un libero professionista, come tale iscrivibile nella gestione separata per i lavoratori autonomi di cui all'art. 49 del d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917 ed alle successive modifiche.

Ed invero l'inquadramento di cui si discute avente ad oggetto l'esercizio delle attività lavorative nei diversi settori ai fini previdenziali ed assistenziali va operato - per quanto sinora detto - sulla sola base dell'art. 49 della legge n. 88 del 1989 e non alla stregua né di altre diverse disposizioni normative, quale l'art. 49 dell'invocato testo unico delle imposte sui redditi, né tanto meno delle numerose circolari ministeriali o da altre certificazioni cui ha fatto nel controricorso riferimento il B., a fondamento della domanda azionata.

Né sotto altro verso appare condivisibile l'assunto del B. volto ad equiparare ai fini previdenziali l'attività da esso svolta di investigatore privato a quella caratterizzante le (libere) professioni intellettuali ex art. 2229 c.c. per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi ed elenchi. Ed invero, non può trascurarsi la preliminare considerazione che nel nostro ordinamento è con frequenza riscontrabile una classificazione di una stessa attività lavorativa in forme divergenti a seconda delle differenziate finalità cui è funzionalizzata la classificazione stessa, come è dimostrato tra l'altro dall'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la classificazione di una impresa ai fini del beneficio della cassa integrazione guadagni si pone in termini distinti rispetto all'inquadramento della stessa impresa ai fini, invece, previdenziali (cfr. al riguardo: Cass. 5 marzo 2004 n. 4335 ed in epoca più recente Cass. 25 gennaio 2007 n. 1675). Ma quel che più conta

ai fini decisori è che non può negarsi una netta distinzione - sul piano qualificatorio e delle prestazioni oggetto del contratto - tra le professioni intellettuali che richiedono ex art. 2229 c.c. l'iscrizione in appositi albi ed elenchi, e quella di investigatore privato che presta i suoi servizi a favore di quanti (imprese o soggetti privati) hanno necessità di acquisire notizie o conoscenze, e che per il disposto dell'art. 134 del R.D. 18 giugno 1931 n. 773 richiede invece apposita licenza e l'iscrizione nel registro delle imprese.

Le argomentazioni sinora svolte portano a concludere che, come è stato sostenuto in dottrina, nel "settore terziario" confluiscono, oltre alle tradizionali attività del commercio, del turismo, dei pubblici esercizi, dei professionisti e degli artisti, tutte le attività di produzione e prestazione dei servizi alle imprese e di intermediazione nella produzione e prestazione dei servizi stessi, sicché per effetto di tale definizione di settore confluiscono ora - sempre a giudizio di qualificata dottrina - nel terziario le attività che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 49 della legge n. 88 del 1989, venivano normalmente attribuite alla industria, quali quelle di *leasing*, di *factoring*, di *marketing*, di organizzazione e consulenza aziendale, di servizi di pulizia di uffici e stabilimenti, di servizi di nettezza urbana e similari, di stabilimenti idropinici e idrotermali, nonché delle case di cura e degli istituti di vigilanza.

Le esposte ragioni, che portano ad affermare l'inquadramento previdenziale delle attività degli investigatori privati nella gestione assicurativa degli esercenti delle attività commerciali - e non invece in quella separata ex art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995 n. 335 - trovano ulteriore conforto nel fatto che dalla già ricordata lettera d) dell'art. 49 legge n. 88 del 1989 emerge la volontà del legislatore di equiparare ed assimilare le attività commerciali, comprese quelle di prestazione di servizi, alle "attività professionali ed artistiche" al fine di assicurare anche a queste ultime attività una analoga tutela previdenziale, ma nello stesso tempo emerge l'intento di differenziare la posizione di coloro che prestano un servizio sia pure di natura professionale - da inserire, alla luce di quanto sinora detto, nel terziario - dai professionisti in senso stretto (quali, ad esempio, gli avvocati), non bisognosi di alcuna tutela perché già scritti ad un albo ed ad una cassa previdenziale.

In una siffatta ottica ricostruttiva deve, infine, individuarsi la *ratio* del disposto dell'art. 2, comma 26 della legge n. 335 del 1995, non certo nella volontà di abrogare (in via espressa o implicita) la generale ed esaustiva normativa dettata dall'art. 49 della legge n. 88 del 1989 nella parte in cui assegna al commercio ogni attività di produzione di servizi (quale quella dell'investigatore privato), ma nella diversa volontà di riconoscere un trattamento pensionistico in favore di quei liberi professionisti che, seppure iscritti in appositi albi professionali, risultavano all'epoca sprovvisti di una cassa previdenziale (quali ad esempio gli psicologi) e che, quindi, non avevano a livello previdenziale ed assistenziale una tutela efficace come quei professionisti già iscritti, invece, ad una propria cassa.

E sempre in questa ottica ermeneutica, ricostruttiva delle finalità sottese ai numerosi, ed in verità non sempre del tutto chiari interventi legislativi, deve essere letto anche il disposto del comma 202 dell'art. 1 della legge 23 dicembre 1996 n. 662 ("A decorrere dal 1 gennaio 1997 l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti di cui alla legge 22 luglio 1966, n. 613, e successive modificazioni ed integrazioni, è estesa ai soggetti che esercitano in qualità di lavoratori autonomi le attività di cui all'articolo 49, comma 1, lettera d), della legge 9 marzo 1989, n. 88, con

esclusione dei professionisti ed artisti"); disposto questo che, per quanto sopra spiegato, non può essere considerato come modificativo, ai fini previdenziali ed assistenziali, della classificazione delle attività operato dalla legge n. 88 del 1989 - il cui carattere generale ed esaustivo ai fini classificatori va ancora una volta ribadito - ma anzi va configurato come norma di chiusura dell'intero sistema, volta così ad attestare, in via definitiva, come riscrizione nel settore commercio debba contemplarsi anche per quei lavoratori autonomi che spiegano una attività di cui all'art. 49, comma 1, lettera d) della legge n. 88 del 1989, e che quindi svolgano una attività professionale che, seppure qualificata per l'apporto intellettuale che richiede, non è però inquadrabile in quella propria dei "professionisti".

Consegue da quanto sinora detto che il ricorso dell'INPS va accolto e la sentenza impugnata va cassata. Alla stregua dell'art. 384 c.p.c. la causa può essere decisa nel merito con il rigetto della domanda proposta dal B., non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, ma dovendosi, appunto, la presente controversia decidere alla stregua del seguente principio di diritto: "L'attività di investigatore privato, volta alla produzione di un servizio di acquisizione di dati e di elaborazione degli stessi, va inquadrata ai fini previdenziali ed assistenziali nel settore commercio con la conseguenza che chi esercita tale attività deve iscriversi non alla gestione separata ex art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995 n. 335 - non essendo le professioni intellettuali oggetto di detta normativa assimilabile all'attività professionale svolta dall'investigatore privato - ma nella gestione assicurativa degli esercenti le attività commerciali, in applicazione del disposto della lettera d) dell'art. 49 della legge 9 marzo 1989 n. 88, che nel classificare - ai fini previdenziali ed assistenziali attraverso una norma generale ed esaustiva della materia, come tale modificabile solo attraverso norme speciali successive alla sua entrata in vigore - le diverse attività lavorative e nell'includere nel settore terziario quelle commerciali, comprende in esse anche le attività che si concretizzano in una prestazione di servizi".

(Omissis)

Processo civile - Ultrapetizione - Domanda volta all'accertamento del diritto all'assegno ordinario di invalidità - Riconoscimento giudiziale della pensione di inabilità - Sussistenza.

Pensioni - Pensione di inabilità - Diritto - Soggetto già titolare di pensione di vecchiaia - Insussistenza - Fondamento

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 23 luglio 2008 n. 20322 - Pres. De Luca - Rel. Celentano - PM Apice - F.M. e B.G. (Avv. Intiliano) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Biondi).

È affetta da ultrapetizione la sentenza che, a fronte di domanda giudiziale volta ad ottenere l'accertamento del diritto all'assegno ordinario di invalidità, riconosca al ricorrente la pensione di inabilità.

In virtù del principio della alternatività delle prestazioni previdenziali, la titolarità della pensione di vecchiaia preclude il conseguimento della pensione di inabilità.

FATTO — Con sentenza del 6 luglio 2001 il Tribunale di Messina, decidendo sul ricorso proposto da V. B. in data 7 marzo 1996, riconosceva il diritto dello stesso ad ottenere la pensione di inabilità dal 1° maggio 1995; dato atto che il signor B. era titolare di pensione di vecchiaia a decorrere dal febbraio 1991, condannava l'INPS a pagare agli aventi causa dello stesso, nel frattempo deceduto, la differenza fra quanto dovuto a titolo di pensione di inabilità e quanto percepito a titolo di pensione di vecchiaia.

L'appello dell'INPS, che rilevava che V. B. aveva presentato domanda di assegno di invalidità e non di pensione di inabilità, e che comunque l'avvenuta concessione della pensione di vecchiaia precludeva il riconoscimento di qualsiasi assegno, veniva accolto dalla Corte di Appello di Messina con sentenza del 9 dicembre 2003/19 gennaio 2004.

I giudici di secondo grado ravvisavano sia la denunciata ultrapetizione, dando atto che la prestazione richiesta in primo grado era l'assegno di invalidità, di cui alla domanda amministrativa del 4 aprile 1995, sia la incompatibilità fra la pensione di vecchiaia, liquidata in data 11.4.1996 con decorrenza 1.2.1991, e l'assegno di invalidità.

Rigettavano pertanto la domanda di cui al ricorso depositato il 7 marzo 1996.

Per la cassazione di tale decisione ricorrono, formulando un unico motivo di censura, M. F. e G. B., nella rispettiva qualità di moglie e figlio di V. B., nato il 4 gennaio 1931 e deceduto il 6 maggio 1998.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — 1. La difesa dei ricorrenti denuncia violazione degli artt. 416 e 420, primo comma, c.p.c., dell'art. 2 della legge n. 222 del 1984 ed omessa o insufficiente motivazione anche con riferimento alle deduzioni prospettate.

Trascrive la memoria di costituzione in appello e lamenta che la Corte territoriale non ha tenuto conto del fatto che era stato chiesto "l'assegno pensionistico per invalidità"; che le parti, in presenza di gravi motivi, possono modificare le domande già formulate, previa autorizzazione del giudice; che l'INPS ha prospettato solo in appello la cessazione della materia del contendere, mentre in primo grado aveva accettato il contraddittorio, contestando solo l'entità dello stato invalidante; che erano state richiamate le norme anteriori alla legge 222/84; che non è stato considerato che V. B. non poteva chiedere l'assegno per invalidità perché aveva l'età di 65 anni ed aveva una posizione assicurativa che gli dava diritto alla pensione di vecchiaia.

2. Il ricorso è infondato.

I giudici di appello hanno rilevato che la domanda amministrativa presentata da

V. B. il 4.4.1995 era diretta ad ottenere l'assegno di invalidità; e che tale era l'oggetto del giudizio di primo grado, che a tale domanda amministrativa si riferiva.

Hanno quindi ravvisato il vizio di ultrapetizione nella sentenza del Tribunale, ricordando inoltre il principio della alternatività delle prestazioni previdenziali; per cui il riconoscimento della pensione di vecchiaia, liquidata in data 11 aprile 1996 con decorrenza dal 1° febbraio 1991, impediva la concessione dell'assegno di invalidità.

Il vizio di ultrapetizione è evidente, mentre appaiono inconferenti le considerazioni sulla possibilità di essere autorizzati dal giudice, nella ricorrenza di gravi motivi, a modificare la domanda.

A ciò si può aggiungere che, se è vero 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 al mutamento del suddetto titolo, atteso che il carattere frammentario del sistema normativo impone soluzioni diverse in relazione alla disciplina dei singoli istituti" (Cass., S.U., 19 maggio 2004 n. 9492), è anche vero che la pensione di vecchiaia è destinata a porre rimedio a quella situazione astrattamente generatrice di bisogno che è costituita, appunto, dalla vecchiaia, con una presunzione di diminuzione, più o meno grave, della capacità lavorativa; sicché, una volta ottenuta la pensione di vecchiaia, una eventuale invalidità lavorativa sopravvenuta nel corso degli anni (statisticamente elevata, essendo prevedibile un fisiologico decadimento della capacità lavorativa con il passare del tempo) diviene irrilevante ai fini previdenziali, potendo al più comportare, nella concorrenza dei requisiti della impossibilità di deambulare autonomamente o di compiere gli atti quotidiani della vita, il diritto alla indennità di accompagnamento di cui alla legge n. 118 del 1980.

La sentenza qui impugnata ha correttamente rilevato che, una volta chiesto, in sede amministrativa e poi giudiziaria, l'assegno di invalidità, non può essere concessa la pensione di inabilità, per il divieto posto dall'art. 112 c.p.c.; ed ha poi altrettanto correttamente rilevato la alternatività preclusiva fra le due prestazioni.

Per tutto quanto esposto il ricorso va rigettato.

I ricorrenti non sono tenuti al rimborso delle spese nei confronti del resistente Istituto (art. 152 disp. att. c.p.c., nel testo vigente all'epoca di instaurazione del giudizio).

(Omissis)

Prestazioni - Assicurazione contro la disoccupazione - Trattamento speciale di disoccupazione - Ritardo nel pagamento - Conseguenze.

Corte di Cassazione - Sezione Lavoro - 6 giugno 2008, n. 15066 - Pres. De Luca - Rel. Monaci - P.M. Apice - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Di Meglio) - R. A. ed altri (Avv. Marra).

In tema di trattamento speciale di disoccupazione, il ritardo nel pagamento non dà luogo, in ogni caso, alla maturazione di rivalutazione ed interessi, per la semplice decorrenza del tempo, in quanto, essendo il pagamento della prestazione principale subordinato alla presentazione della dichiarazione del lavoratore di conferma della continuità della disoccupazione nei quindici giorni precedenti il periodo di riferimento della indennità, il diritto agli accessori matura solo ove il disoccupato abbia posto in essere tutti gli oneri a suo carico per ottenere l'erogazione dell'indennità.

FATTO — I signori A. R., G. S. e C. U. hanno convenuto in giudizio l'INPS per ottenere il riconoscimento, e la condanna dell'Istituto assicuratore al pagamento degli interessi legali e della rivalutazione monetaria sulle prestazioni di disoccupazione speciale corrisposte in ritardo.

Il Giudice di primo grado respingeva le domande dei signori S. ed U. per intervenuta prescrizione quinquennale, accogliendo, invece, quella del signor R.

Con sentenza n.4274, in data 9 luglio/8 novembre 2004, il Tribunale di Napoli applicava, invece, la prescrizione ordinaria decennale, rigettava l'appello principale dell'Istituto assicuratore accogliendo, invece, l'appello incidentale degli assicurati, e condannava l'Istituto assicuratore al pagamento in loro favore delle somme che risultavano dai loro conteggi.

Avverso la sentenza di appello notificata l'otto febbraio 2005 ad istanza del procuratore di U. C., l'INPS, ha proposto ricorso per cassazione, con un motivo, notificato allo stesso legale quale procuratore dei tre assicurati R., S. ed U., il 15 aprile 2005.

Gli intimati resistono con controricorso notificato, in termine, il 13 maggio 2005.

DIRITTO — Con l'unico motivo di impugnazione l'Istituto assicuratore deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 51 e 75 del R.D. 7 dicembre 1924, n. 2270, dell'art. 34 del D.P.R. 26 aprile 1957, n. 818, dell'art. 8 della legge 5 novembre 1968, n.1115 nonché dell'art.115 c.p.c. e dell'art. 2697 c.c.

Ricorda che, ai sensi dell'art. 51 del RD n. 2270/1970, i sussidi di disoccupazione sarebbero stati pagati a quindicine posticipate.

Successivamente l'art. 32 del D.P.R. n. 818/1957 aveva stabilito che ai fini della percezione del trattamento l'assicurato doveva comprovare la sua regolare iscrizione all'Ufficio di collocamento e confermare con dichiarazione scritta la continuità della disoccupazione, oppure indicare i giorni in cui aveva prestato lavoro occasionale.

L'Istituto assicuratore subordinava il pagamento della prestazione al rilascio, da parte dell'assicurato, di una dichiarazione scritta, in cui confermava la continuità della disoccupazione nella quindicina precedente.

Dato che l'assicurato doveva provvedere a questi adempimenti non poteva valere il principio della messa in mora dell'Istituto debitore per la semplice decorrenza del tempo.

Il Tribunale di Napoli, invece, aveva ritenuto di poter ricavare il ritardo dall'esame delle annotazioni dei pagamenti sull'apposito tesserino.

Mancava, inoltre, la prova della data di emanazione del decreto di concessione della proroga del trattamento oltre i primi 180 giorni.

2. — Il ricorso è fondato.

È vero che nei crediti previdenziali la rivalutazione e gli interessi costituiscono componenti essenziali del credito, ma è anche vero che le prestazioni assistenziali di disoccupazione speciale, che sono alla base delle richieste, costituiscono - come sottolineato dalla giurisprudenza di questa Corte (tra le altre, Cass.civ., 2 maggio 2007, n. 10115) obbligazioni *quérables* che richiedono per il loro adempimento la collaborazione fattiva del creditore.

Infatti, prima che venisse abrogato dall'art.16 della legge 23 luglio 1991, n. 223, il trattamento di disoccupazione speciale era previsto dagli artt. 8 e 9 della legge 5 novembre 1968, n.1115.

Il quarto comma dell'art. 8 rimandava per le modalità di corresponsione alle norme vigenti per il trattamento ordinario di disoccupazione, in quanto compatibili.

Queste ultime, per quanto interessa, disponevano che i sussidi di disoccupazione venissero pagati a quindicine posticipate (art. 51 del R.D. 7 dicembre 1925, n. 2270), e, soprattutto, che *"ai fini della percezione della indennità di disoccupazione o del sussidio straordinario il disoccupato, all'atto del pagamento della prestazione ed ogni volta che ne venga richiesto, deve comprovare all'Organo erogatore la sua regolare iscrizione all'Ufficio di collocamento e deve confermare con dichiarazione scritta la continuità della sua disoccupazione o indicare i giorni in cui ha prestato lavoro occasionale o la data di rioccupazione; esso deve inoltre indicare gli eventuali periodi di malattia indennizzabili"* (art. 34 del D.P.R. 26 aprile 1957, n. 818).

Dato appunto che erano necessari questi adempimenti da parte dell'assicurato, poteva sussistere ritardo nell'adempimento, tale da generare il diritto a prestazioni accessorie, soltanto quando risultasse che gli interessati avevano posto in essere tutti gli oneri a loro carico per ottenere l'erogazione dell'indennità senza che l'Istituto abbia provveduto entro i termini a suo carico.

3. — Il ricorso perciò deve essere accolto, e la sentenza di appello del Tribunale di Napoli cassata.

La causa deve essere rimessa in sede di rinvio, per un nuovo esame, ed in particolare per accertare se nei casi concreti si sia verificato, alla luce dei principi sopra indicati, ritardo nell'adempimento, alla Corte d'Appello di Napoli, cui è opportuno demandare altresì il regolamento delle spese di questo giudizio.

(Omissis)

Previdenza (Assicurazioni Sociali) - Contributi Assicurativi - Soggetti Obbligati - In genere - Società cooperative artigiane - Obbligo Contributivo per i soci lavoratori presso l'AGO - Sussistenza.

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro - 27.05.2008, n.13818 - Pres. Sciarelli - Rel. La Terza - P.M. Fuzio - Cooperativa T. Soc. Coop. a r.l. (Avv. Spinoso, Grattarola) - INPS (Avv. Maritato, Coretti, Correrà, Sgroi).

I compensi erogati ai soci delle cooperative di lavoro devono essere assoggettati, in forza dell'art. 2 del r.d.l. n. 1422 del 1924, alla contribuzione dell'assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti, anche se detti soci sono iscritti all'albo delle imprese artigiane, fermo restando che se costoro svolgano in proprio, anche ed in aggiunta, prestazioni di lavoro autonomo come imprenditori artigiani, ricavando un reddito di impresa, tale reddito deve essere assoggettato a contribuzione presso la relativa gestione dei lavoratori autonomi, ai sensi della legge n. 233 del 1990.

FATTO — Con la sentenza in epigrafe indicata, la Corte d'appello di Torino confermava la statuizione resa dal locale Tribunale, con la quale era stata rigettata l'opposizione proposta dalla Cooperativa T. a r.l. avverso la cartella esattoriale emessa dall'INPS per il pagamento della somma di euro 162.675,50 a titolo di contributi per l'assicurazione generale obbligatoria e somme aggiuntive per il periodo 1998/2001, riferiti ai soci artigiani; la Cooperativa aveva contestato l'esistenza del debito, sostenendo che i contributi erano stati pagati dai singoli soci artigiani alla gestione separata INPS per gli artigiani.

La Corte territoriale - premesso essere pacifica la natura artigiana della Cooperativa e che i soci erano iscritti all'albo delle imprese artigiane, nonché alla gestione speciale artigiani presso l'INPS, cui avevano versato i contributi - affermava che la questione da decidere era se i contributi sugli emolumenti percepiti dalla Cooperativa dovessero essere versati dai singoli soci nella gestione artigiani nella misura da questa prevista, oppure dovessero essere versati dalla Cooperativa nella gestione dell'assicurazione generale obbligatoria e nella misura prevista per i lavoratori dipendenti da imprese artigiane. Affermavano i Giudici di merito che il rapporto tra soci e cooperativa era, in relazione ai compensi percepiti, del tutto analogo a quello esistente in qualsiasi cooperativa di produzione e lavoro, dovendosi applicare il principio desunto dall'art. 2 terzo comma R.D. 1422/1924 per cui, ai fini assicurativi, le società cooperative sono datori di lavoro nei riguardi dei soci impiegati in lavori da esse assunti, era quindi irrilevante il fatto che i soci fossero iscritti all'albo delle imprese artigiane; iscrizione che sarebbe stata peraltro illegittima se effettuata esclusivamente in funzione dell'attività esercitata presso la Cooperativa. Ed infatti, associandosi nella cooperativa, il socio non esercita personalmente l'impresa e non si assume gli oneri e i rischi derivanti dalla sua gestione, mentre l'attività di impresa è svolta dalla cooperativa, la quale ha personalità giuridica distinta da quella dei soci.

Esclusa quindi la possibilità di considerare i soci lavoratori come artigiani, in tema di regime contributivo previdenziale, non poteva che essere applicato, alla stregua della giurisprudenza di legittimità, l'art. 2 comma terzo R.D. 1422 del 1924, e quindi la normativa sui lavoratori dipendenti, sulla cui portata e vigenza non avevano influito le disposizioni che avevano costituito la gestione pensionistica autonoma per gli artigiani, di cui alla legge n. 463 del 1969. Né detta disciplina era sospettabile di incostituzionalità, dal momento che, nel corso del tempo, i soci delle cooperative avevano fruito di un regime previdenziale particolarmente vantaggioso, mediante la estensione di quello previsto per i lavoratori dipendenti, regime che verrebbe messo in

discussione con l'accoglimento della tesi della Cooperativa.

Avverso detta sentenza la Cooperativa propone ricorso affidato a quattro motivi, illustrati da memoria. Resiste l'INPS con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo si denuncia difetto di motivazione, perché la Corte territoriale avrebbe affermato, contraddittoriamente, prima che la iscrizione all'albo delle imprese artigiane, da parte dei soci della cooperativa, era irrilevante, e successivamente, che i medesimi, in quanto soci, non possono essere imprenditori.

Con il secondo motivo, denunciando la violazione degli artt. 2,3,4, e 6 legge 443/85, dell'art. 1 e 5 della legge 1533 del 1956, dell'art. 3 e 4 legge 463/1959, si sostiene che i soci, che sono già titolari di una loro impresa artigiana, possono sia associarsi mantenendo la loro posizione, attraverso un consorzio di imprese dello stesso tipo, sia conferendo la loro impresa artigiana nella cooperativa artigiana, restando così imprenditori artigiani a tutti gli effetti.

Con il terzo motivo, denunciando violazione dell'art. 2 R.D. 1422/1924, degli artt. 2,3,4 e 6 legge 443/85, art. 1 legge 1533/1956 e 4 legge 463/59 nonché difetto di motivazione, la Cooperativa ricorrente si richiama all'orientamento di legittimità, secondo cui le disposizioni della legge 1533 del 1956 sulla tutela previdenziale dei lavoratori autonomi artigiani avrebbe derogato, in quanto legge speciale posteriore, alla legge n. 1422 del 1924, nel senso che, ferma la responsabilità della cooperativa artigiana nei confronti dell'INPS per il pagamento dei contributi previdenziali, questi andrebbero commisurati a quelli previsti per gli artigiani, la cui attività materiale costituisce nello stesso tempo la ragione della tutela previdenziale e della attribuzione della qualifica artigiana alla cooperativa.

Con il quarto ed ultimo motivo denunciandosi violazione e falsa applicazione dell'art. 1 comma III - 5 - 7 della legge n. 443 del 1985 e dell'art. 5 della legge 2248 del 20 marzo 1865 all. E, si lamenta che, avendo la iscrizione all'albo valore costitutivo della natura artigiana dell'impresa, l'INPS non poteva, senza impugnare la medesima iscrizione, assoggettare essa Cooperativa ad un trattamento contributivo diverso da quello derivante dall'iscrizione al medesimo albo.

Il ricorso non merita accoglimento.

In primo luogo, trattandosi di questioni che attengono all'interpretazione della normativa, le censure concernenti il difetto o la contraddittorietà della motivazione, non sono rilevanti, occorrendo solo verificare che la sentenza impugnata abbia correttamente applicato le norme di legge.

1. — La questione posta nella presente controversia consiste nel decidere (alla luce della normativa anteriore all'entrata in vigore della legge 3 aprile 2001 n. 142, non applicabile *ratione temporis*) quale sia il regime dei contributi che debbono essere pagati (quelli di pertinenza della gestione INPS degli artigiani, oppure quelli AGO), e da parte di chi (dalla cooperativa o dai singoli soci), sulle somme erogate dalla cooperativa artigiana e percepite, a titolo di compenso per il lavoro svolto a favore della cooperativa medesima, dai soci che siano a loro volta iscritti nell'albo delle imprese artigiane.

In giurisprudenza si sono espressi due diversi orientamenti: secondo il primo, la misura ed il regime giuridico di detti contributi si devono conformare a quelli previsti

dalla normativa sulla gestione INPS per i lavoratori autonomi artigiani (Cass. n. 7380 del 30 maggio 2001, n. 9600 del 14 luglio 2001); secondo l'altro orientamento (Cass. n. 238 del 10 gennaio 2003 (1), n. 66 dell'8 gennaio 2007) valgono, invece, anche per i soci di cooperativa, in quanto assimilati ai lavoratori dipendenti, le regole che presiedono all'AGO (assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti). L'uno e l'altro orientamento sono però concordi nell'affermare che l'obbligo contributivo, sia pure diversamente modulato (gestione artigiani ovvero gestione lavoratori dipendenti), faccia capo alla cooperativa e non già ai singoli soci, di talché la posizione della Cooperativa, attuale ricorrente, che sostiene l'insussistenza di ogni obbligo a suo carico, per avere i singoli soci già pagato la contribuzione alla gestione lavoratori autonomi artigiani sulle somme percepite dalla Cooperativa, non trova in realtà sostegno in nessuna delle due ricostruzioni indicate.

2. — Per risolvere la questione, appare imprescindibile chiarire quale sia il tipo di cooperativa e quale sia la natura delle somme su cui vengono chiesti i contributi.

Va infatti sottolineato che gli artigiani possono riunirsi in cooperativa sia mantenendo la propria individualità imprenditoriale, sia perdendola (cfr. al riguardo Cass. n. 13269 del 07/06/2006). Nella prima ipotesi, si avranno cooperative di servizio che, analogamente a quanto avviene nei consorzi di imprese, si uniscono per procurarsi commesse di lavoro e per distribuirne l'esecuzione tra gli associati, che conservano, ognuno, la gestione del proprio laboratorio e l'uso delle proprie attrezzature, ritraendo il reddito dalla attività imprenditoriale così svolta ed accettandone i rischi. Nel secondo caso si avranno invece le cooperative di lavoro, in cui i singoli artigiani non fanno confluire nella cooperativa le loro imprese, le quali restano pertanto estranee al rapporto con la cooperativa, ma apportano a quest'ultima il proprio lavoro, usando non già i mezzi e gli strumenti di loro proprietà, ma quelli messi a disposizione dalla cooperativa.

3. — Nel primo caso, ossia quando gli artigiani, che pur essendo soci di cooperativa, svolgono in proprio, ossia nella propria azienda e con le proprie attrezzature, nonché a proprio rischio, le lavorazioni di pertinenza, i ricavi percepiti dai committenti vanno sottoposti a contribuzione nella gestione autonoma degli artigiani, che è a carico esclusivo dei singoli titolari di impresa.

Invero l'assicurazione IVS artigiani introdotta per la prima volta dalla legge 4 luglio 1959 n. 463, prevedeva, a titolo di contributo previdenziale, il pagamento di una somma in cifra fissa, ma la disciplina fu innovata dalla legge 2 agosto 1990 n. 233 (Riforma dei trattamenti pensionistici dei lavoratori autonomi) vigente nel periodo che interessa (1998/2001) ed anche attualmente, la quale determina il contributo a carico dell'artigiano (art. 1) nella misura *"del 12% del reddito annuo derivante dall'attività di impresa che da titolo all'iscrizione alla gestione, dichiarato ai fini Irpef, relativo all'anno precedente"*. L'assicurazione IVS artigiani modula quindi la misura del contributo sulla base del reddito di impresa, e cioè della impresa artigiana individuale, e di converso determina su questo medesimo elemento la misura della pensione, che spetta, ai sensi dell'art. 5 della medesima legge 233/90, in misura pari, per ogni anno di iscrizione, *"al 2% del reddito di impresa determinato quale risulta dalla media dei redditi relativi agli ultimi dieci anni coperti da contribuzione"*. Si tratta chiaramente di una disposizione antielusione, perché l'artigiano che ha dichiarato, ai fini contributivi, un

reddito inferiore a quello effettivamente ricavato, si vedrà poi liquidare una pensione inferiore a quella che sarebbe stata denunciando i maggiori redditi effettivi.

I contributi alla gestione INPS per gli artigiani si versano dunque sul reddito di impresa, ossia della impresa individuale che l'artigiano dirige e nella quale lavora personalmente, ricavandone un reddito. L'esistenza di un reddito dell'impresa individuale è quindi il presupposto imprescindibile affinché sorga l'obbligo contributivo da parte del singolo artigiano alla gestione dei lavoratori autonomi (di talché colui che nessun reddito ricavi dalla sua impresa, non sarà soggetto a contributi di sorta). Inoltre, l'obbligo di pagamento dei contributi non può che gravare esclusivamente sul titolare dell'impresa artigiana, per sé e per i coadiuvanti.

La misura e le modalità di pagamento dei contributi hanno proprie regole che sono diverse da quelle AGO: non vige il principio dell'automatismo dei contributi, in base al quale (nell'ambito dei termini prescrizionali) le prestazioni previdenziali spettano anche ove i contributi non siano stati versati, purché fossero dovuti, essendo evidente che ogni omissione sarebbe direttamente riconducibile alla scelta dell'artigiano medesimo, essendo lo stesso soggetto onerato dei contributi e beneficiario delle prestazioni. Inoltre, la gestione dei lavoratori autonomi artigiani eroga solo le prestazioni per invalidità, vecchiaia e superstiti, non già tutte le altre che vigono e fungono da garanzia per i lavoratori dipendenti, come ad esempio la assicurazione per la disoccupazione, o per i casi di insolvenza, giacché anche l'artigiano è un imprenditore su cui grava il rischio di impresa. Ne consegue altresì che, ove l'artigiano sia percettore anche di redditi diversi da quelli ricavati dall'impresa individuale, questi non possono essere certo sottoposti a contribuzione presso la gestione INPS per gli artigiani, ma dovranno essere soggetti al regime contributivo di pertinenza: ad es. se accanto, ed oltre all'attività di impresa, l'artigiano svolge anche attività di lavoro dipendente, le relative retribuzioni non possono essere "convogliate" nei redditi di impresa ma saranno sottoposte alla contribuzione AGO.

4. — Nel secondo caso, cooperativa di lavoro, si tratta di stabilire il regime contributivo di un reddito che non è stato ricavato dalle imprese individuali, ma che appartiene alla cooperativa. I soci hanno lavorato usando mezzi e strumenti della cooperativa, sono stati soggetti alla gestione dell'attività, sia sotto l'aspetto produttivo sia sotto quello amministrativo, da parte degli organi sociali, il reddito prodotto fa capo alla cooperativa, che provvede poi a distribuirlo secondo le norme interne. Ai compensi percepiti dai soci delle cooperative di lavoro non è certamente applicabile la normativa di cui alla citata legge 233/90 che, vale come già detto, nei casi in cui i singoli soci della cooperativa lavorano quali titolari della propria impresa artigiana: solo in questo caso il singolo socio conseguirà "il reddito di impresa", ossia il reddito della "sua" impresa, che è sottoposto a contribuzione secondo la regola dettata dall'art. 1 della legge citata. Il singolo socio artigiano della cooperativa di lavoro non ritrae invece alcun reddito dalla propria impresa individuale, che resta estranea ai suoi rapporti con la cooperativa, perché presso quest'ultima egli presta, non già l'attività imprenditoriale, solo l'attività lavorativa.

5. — Nella specie non si controverte sul regime contributivo dei redditi che i singoli artigiani soci della Cooperativa ricorrente possono avere ricavato dalle rispettive imprese individuali, ma dei redditi ricavati dalla Cooperativa, in forza della propria gestione ed organizzazione, che sono stati poi distribuiti ai soci. In tal caso, contraria-

mente a quanto sostenuto dalla ricorrente, i soci non hanno "conferito" alla cooperativa la propria impresa artigiana, ma hanno "lavorato" a vantaggio della cooperativa. Ed infatti la Cooperativa ricorrente non ha censurato la parte della sentenza impugnata che ne ha affermato l'inquadramento come cooperativa di lavoro, né ha mai sostenuto che i singoli soci avessero lavorato nelle proprie aziende, conferendo alla cooperativa il risultato del proprio lavoro individuale, e quindi usando mezzi e strutture delle rispettive imprese artigiane singole. La ricorrente, per sottrarsi all'obbligo di pagamento dei contributi pretesi dall'INPS, ha invece sempre allegato, solamente ed esclusivamente, che i suoi soci sono a loro volta artigiani, in quanto iscritti al relativo albo. Ma la mera iscrizione dei soci all'albo, non vale ad attrarre tutti i redditi percepiti dall'artigiano nel "reddito di impresa" di cui al citato art. 1 della legge 233/90, perché ciò che vale, per l'insorgenza e la misura dei contributi, è la natura del reddito percepito e su cui questi vanno commisurati. Nella specie oggetto della pretesa contributiva dell'INPS sono i redditi conseguiti dalla Cooperativa, la quale ha poi provveduto a distribuire ai soci, e che non erano prodotti dalle singole imprese individuali, e quindi per essi non può operare la legge 233/90. Se tale è l'oggetto della causa, si comprende che è estranea al *thema decidendum* la correttezza o meno della iscrizione del singolo socio nell'albo delle imprese artigiane, di cui si tratta con il quarto motivo: il socio artigiano può ben esplicarsi come imprenditore all'interno del suo esercizio, ma ciò non toglie che quando, accanto a questa attività, presta le sue energie lavorative per la cooperativa, altro deve essere il regime previdenziale da applicare sui compensi che da questa riceve.

6. — Se le caratteristiche della gestione previdenziale artigiani sono quelle descritte al precedente punto 3, si dovrebbe concludere che il reddito del socio, che compensa l'attività resa alla cooperativa di lavoro, non dovrebbe essere assoggettato ad alcuna contribuzione: non a quella della gestione artigiani per le ragioni sopra illustrate e neppure a quella dei lavoratori dipendenti, trattandosi appunto di soci non legati dal vincolo di subordinazione. Ne conseguirebbe la mancanza di ogni copertura assicurativa in capo ai soci di cooperativa di lavoro. Ma così non è alla luce del diritto positivo.

In primo luogo con l'art. 2 del R.D.L. 28 agosto 1924 n. 1422 si è stabilito che *"Le società cooperative sono datori di lavoro anche nei riguardi dei loro soci che impiegano in lavori da essa assunti"*.

Questa disposizione (ritenuta dalla sentenza delle sezioni unite di questa Corte n. 13967 del 26 luglio 2004, come fondamento per l'obbligo della cooperativa di versare la contribuzione, senza possibilità di distinguere tra lavori assunti dalla società per conto terzi e lavori rientranti nello scopo mutualistico), sia pure risalente ad epoca remota, risulta tuttora in vigore e non è certo stata abrogata dalla introduzione dell'assicurazione dei lavoratori autonomi artigiani, che si pone sul piano diverso che sopra si è illustrato. La perdurante vigenza è confermata da una pluralità di disposizioni, che hanno progressivamente esteso ai soci delle cooperative di lavoro norme originariamente volte a tutelare esclusivamente i lavoratori subordinati, di talché detta estensione presuppone necessariamente la iscrizione all'assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti (AGO), anche dei soci di cooperative di lavoro.

La tendenziale equiparazione, ai fini di queste garanzie, tra le due figure si giustifica per il fatto di condividere due elementi fondamentali: la "alienità" (nel senso di destinazione ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è

utilizzata (il bene prodotto appartiene alla cooperativa, avente personalità distinta da quella dei soci, ancorché costoro partecipino poi alla divisione degli utili), l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce, giacché i criteri di gestione fanno capo agli organi della cooperativa.

Detta equiparazione risulta confermata dall'art. 6 comma 7 D.lgs n. 314 del 2 settembre 1997, che ridisegnando la struttura della retribuzione imponibile e che, innovando la previgente regolamentazione ad opera dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, prevede che la base imponibile per le contribuzione dei soci di cooperative di lavoro è uguale a quella dei lavoratori dipendenti.

Inoltre (art. 24 legge n. 196 del 24 giugno 1997 commi 1, 2 e 4) sono state estese ai soci delle cooperative di lavoro sia le disposizioni sul Fondo di garanzia INPS sul trattamento di fine rapporto (art. 2 legge 29 maggio 1982 n. 297) e sulle ultime tre mensilità di retribuzione in caso di insolvenza del datore di lavoro di cui al D.lgs n. 80 del 27 gennaio 1992), sia l'assicurazione per la disoccupazione.

Le suddette prestazioni e garanzie presuppongono ovviamente una provvista contributiva, ossia, per ottenerle, è necessario versare la corrispondente contribuzione; ebbene, la gestione dei lavoratori autonomi artigiani di cui alla citata legge 233/90 non contempla, e non può contemplare nessun obbligo al riguardo: sarebbe incongruo ipotizzare l'obbligo contributivo a carico dell'artigiano, che gestisce autonomamente la sua impresa, per garantirsi dalla disoccupazione, ovvero dall'insolvenza di se stesso. Si tratta invece di obblighi contributivi che presuppongono la diversità tra soggetto obbligato al pagamento dei contributi e soggetto beneficiario (il soggetto obbligato è la cooperativa di lavoro ed i beneficiari sono i suoi soci) così riconfermando che la gestione di appartenenza è quella generale dei lavoratori dipendenti.

Si deve quindi concludere, condividendo il secondo dei due indirizzi giurisprudenziali sopra citati, che i compensi erogati ai soci delle cooperative di lavoro devono essere sottoposti alla contribuzione AGO, anche se i medesimi sono iscritti all'albo delle imprese artigiane, fermo restando che se costoro svolgano in proprio, anche ed in aggiunta, prestazioni di lavoro autonomo come imprenditori artigiani, ricavando un reddito di impresa, questo va sottoposto a contribuzione presso la gestione dei lavoratori autonomi, ai sensi della legge n. 233/90.

Il ricorso va quindi rigettato.

Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 209

CORTE DI APPELLO

Sezioni Civili

Contributi - Iscrizione a ruolo - Decadenza - Termine *ex art. 25 D.Lgs 46/1999* - Differimento applicabilità ai soli crediti relativi a periodi successivi alla data dell'1.01.2004.

Processo civile - Opposizione a cartella di pagamento per vizi propri - Natura di opposizione agli atti esecutivi - Termine di impugnativa *ex art. 617 c.p.c.*.

Corte di Appello di Milano - 20.11.2007/28.01.2008, n. 891 - Pres. Rel. Salmeri - A.I. srl (Avv.ti Corrado, Krauss) - INPS (Avv. Mostacchi) - Equitalia Esatri spa (Avv. Verna).

Il termine di decadenza dall'iscrizione a ruolo stabilito dall'art. 25 del decreto legislativo n. 46/1999, secondo cui i crediti contributivi devono essere iscritti a ruolo entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui il credito è stato accertato, per effetto di successive norme che ne hanno differito nel tempo l'applicazione, non opera per i crediti contributivi sorti dal 1° luglio 1999 al 31 dicembre 2003.

L'opposizione con la quale si denunciano vizi propri della cartella per carenza di elementi formali è qualificabile come opposizione agli atti esecutivi, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., e deve quindi proporsi nei cinque giorni dalla notificazione dell'atto impugnato, termine modificato in venti giorni a decorrere dal 1° marzo 2006.

FATTO — Con ricorso depositato in data 9.3.06 A.I. s.r.l. ha proposto appello avverso la sentenza n. 862/05 del Tribunale di Milano depositata in data 9.3.05, la quale rigettava il ricorso in opposizione alla cartella esattoriale emessa per il pagamento della somma di € 95.813,88 a titolo di contributi e sanzioni per il periodo dicembre 1990 - giugno 1994.

L'appellante ha chiesto, in riforma della sentenza impugnata e in accoglimento dell'opposizione esperita in primo grado, di dichiarare inesistente, nulla, infondata la cartella opposta.

L'INPS, costituitosi in giudizio, ha chiesto di rigettare l'appello confermando la sentenza impugnata, in via subordinata, di dichiarare inammissibile l'opposizione per intervenuto giudicato, in ulteriore subordine, di condannare l'appellante al pagamento della diversa somma risultante dovuta.

E. E. s.p.a., costituitasi in giudizio, ha chiesto di rigettare l'appello con riferimento ai dedotti vizi dell'attività di riscossione, sia perché infondati sia perché esperiti oltre il ter-

mine di 5 giorni previsto dall'art. 617 c.p.c., come richiamato dall'art. 29 del D.Lgs 46/99, nonché di dichiarare la propria carenza di legittimazione passiva in ordine alle questioni attinenti l'iscrizione a ruolo e la debenza dei crediti in riscossione con la cartella opposta.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO — L'appello è infondato e pertanto la sentenza impugnata deve essere confermata.

Sull'eccezione di inesistenza o nullità della cartella formulata dall'appellante, si rileva che l'art. 24 comma 1 del D.Lgs 46/99 dispone che: "I contributi o premi dovuti agli Enti pubblici previdenziali non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge o dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici sono iscritti a ruolo, unitamente alle sanzioni e alle somme aggiuntive calcolate fino alla data di consegna del ruolo al concessionario, al netto dei pagamenti effettuati spontaneamente dal debitore".

L'art. 21 dello stesso decreto legislativo esenta espressamente le entrate degli Enti previdenziali dalla necessità di un titolo esecutivo per l'iscrizione a ruolo.

Pertanto nel caso di specie esiste una sentenza dichiarativa della legittimità dei crediti Inps accertati con verbale ispettivo, sentenza che costituisce un valido titolo per la pretesa creditoria dell'Ente.

Inoltre la cartella di pagamento opposta contiene una chiara e precisa indicazione della causale del credito iscritto a ruolo che attiene all'omissione della contribuzione previdenziale e del S.S.N. nella Gestione delle Aziende dell'INPS, oltre somme aggiuntive e interessi di mora, per periodi dal dicembre 1990 al giugno 1994, credito originato da accertamenti ispettivi notificati all'appellante.

Le somme addebitate sono altresì analiticamente e chiaramente indicate per i vari periodi.

Pertanto nessuna incertezza o difficoltà può ravvisarsi nell'esame della cartella opposta, la quale assolve pienamente all'obbligo di motivazione, essendo conforme al modello ministeriale previsto dal D.M. 321/1999, che prevede l'indicazione sintetica delle informazioni fornite al debitore in sede di iscrizione a ruolo, indicazioni presenti nella fattispecie in esame.

Sulla eccezione di decadenza dall'iscrizione a ruolo per decorso del termine di cui all'art. 25 del D.Lgs 46/99, si rileva che tale norma, come espressamente previsto dall'art. 36 dello stesso decreto legislativo e come del resto risulta dai principi generali (art. 11 preleggi), si applica soltanto ai crediti e ai premi non versati ed agli accertamenti notificati successivamente alla data della sua entrata in vigore (1.7.99).

Tale data è stata prorogata al 1° gennaio 2001 dall'art. 1 comma 20 del D.L. 346/00, che ha modificato in tal senso l'art. 36 comma 6 del D.Lgs 46/99 citato.

Detta proroga è stata ribadita dall'art. 78 comma 34 della legge 388/00, che al comma 33 ha fatto salvi gli effetti prodotti dal decreto legge citato, e successivamente è stata estesa alla data del 1.1.2003 dall'art. 38 comma 6 della legge n. 289/2002.

L'art. 4 comma 25 della legge 350/2003 ha ulteriormente prorogato i termini anzidetti, stabilendo che i termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo dei contributi previdenziali decorrano dal 1° gennaio 2004.

Ne consegue che i crediti sorti a partire dal 1° luglio 1999 fino al 31.12.2003 non sono soggetti ai termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo e vanno assimilati ai crediti sorti

anteriormente al 1° luglio 1999, data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 46/99.

Pertanto è da ritenersi legittima l'iscrizione a ruolo dei crediti azionati con la cartella esattoriale opposta che riguardano periodi antecedenti al 31.12.2003.

Sulla eccepita prescrizione dei crediti azionati, si rileva che l'accertamento è avvenuto il 25.7.1994, in piena vigenza del regime prescrizionale decennale dei contributi, ed è stato contestualmente notificato all'attuale appellante, che è stato richiesto ed emesso un decreto ingiuntivo in data 9.7.1996, che il giudizio di opposizione avverso tale decreto si è concluso con sentenza passata in giudicato il 3.12.1999, che a ciò ha fatto seguito la cartella esattoriale notificata il 19.7.2004.

Pertanto nessuna prescrizione può ritenersi intervenuta relativamente ai crediti in questione.

Da ultimo va rilevato che, secondo il principio consolidato della Cassazione sia a SSUU (n. 562/00 e n. 1122/00) sia della Sezione lavoro (n. 21863/04, ordinanza n. 26745/06), l'opposizione con la quale si denuncino vizi propri della cartella per carenze di elementi che essa dovrebbe contenere in base agli artt. 25 e 26 del DPR 602/73, è qualificabile come opposizione agli atti esecutivi, ai sensi dell'art. 617 c.p.c, e deve quindi proporsi, come sancisce questa norma, nei cinque giorni dalla notificazione dell'atto impugnato (termine modificato in 20 giorni a decorrere dal 1° marzo 2006).

Pertanto, essendo la notifica della cartella avvenuta in data 19.7.2004, il ricorso depositato il 28.8.2004 è da ritenersi tardivo in quanto azionato oltre il previsto termine di 5 giorni.

L'appellante va condannata a pagare le spese del grado, liquidate in € 1.500,00, di cui € 1.000,00 per onorari, a favore di ciascuno degli appellati.

(Omissis)

Pensioni - Assegno ordinario di invalidità - Coadiutore di impresa artigiana - Automaticità delle prestazioni - Esclusione.

Corte di Appello di Palermo- 05.06/07.06.2008, n. 793 - Pres. Porrello - Rel. Rizzo- M.C. (Avv. Giardina) - INPS (Avv. Carlisi, Agueci).

Il principio della automaticità delle prestazioni previsto dall'art. 2116 c.c. così come interpretato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 374/1997), costituisce una regola a carattere generale nell'ambito di tutte le forme di previdenza ed assistenza per i lavoratori dipendenti, non operando solo in presenza di una deroga espressa. Non trova applicazione invece nel rapporto tra ente di previdenza e lavoratore autonomo cui è equiparato il coadiutore (o collaboratore) di impresa. Ne consegue che il diritto alla prestazioni previdenziali non matura in assenza di versamento della contribuzione obbligatoria.

FATTO — Con ricorso depositato il 7.3.2005 l'INPS proponeva appello avverso la sentenza n. 1158 emessa l'8.11.2007 dal Giudice del Lavoro del Tribunale di Palermo che lo aveva condannato a corrispondere a M. C. l'assegno ordinario di invalidità con decorrenza 1.11.2000.

Deduceva l'erroneità della statuizione adottata dal primo giudice che non aveva tenuto adeguatamente conto della eccepita carenza del requisito contributivo richiesto ai fini della fruizione della detta prestazione previdenziale.

Si costituiva M. C. che chiedeva il rigetto dei gravame.

La causa, all'udienza del 5.6.2008, sulle conclusioni dei procuratori delle parti, veniva decisa come separato dispositivo.

DIRITTO — L'appello è fondato

Come è noto, si considera invalido, ai fini del conseguimento del diritto ad assegno nell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti ed autonomi gestita dall'Istituto nazionale della previdenza sociale, l'assicurato la cui capacità di lavoro, in occupazioni confacenti alle sue attitudini, sia ridotta in modo permanente a causa di infermità o difetto fisico o mentale a meno di un terzo, (v. art 1 L. n. 222/1984)

A norma dell'art. 4 della citata legge n. 222, rubricato Requisiti di assicurazione e di contribuzione per il riconoscimento del diritto all'assegno di invalidità e alla pensione di inabilità:

“Ai fini del perfezionamento del diritto all'assegno di invalidità e alla pensione di inabilità di cui ai precedenti articoli 1 e 2, è richiesto il possesso dei requisiti di assicurazione e di contribuzione stabiliti dall'art. 9, n. 2), del regio decreto-legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito nella legge 6 luglio 1939, n. 1272, quale risulta sostituito dall'art. 2 della legge 4 aprile 1952, n. 218.

Per i lavoratori subordinati, esclusi gli operai dell'agricoltura, i requisiti di contribuzione previsti dalla lettera b) dell'art 9, n. 2), di cui al comma precedente, fermi restando i riferimenti alle tabelle ivi previsti, sono elevati rispettivamente a 36 contributi mensili e 156 contributi settimanali. Per gli operai agricoli i requisiti contributivi di cui alle lettere a) e b) dello stesso art. 9 n. 2), sono elevati, rispettivamente, a 1.350 e 810 contributi giornalieri.

Per gli iscritti alla gestione speciale per i coltivatori diretti coloni e mezzadri, il requisito di contribuzione ai fini di cui al primo comma del presente articolo è conseguito allorché risultino versati o accreditati in loro favore almeno 780 contribui giornalieri. Il requisito di contribuzione, nel quinquennio precedente la domanda di assegno o di pensione è conseguito allorché risultino versati o accreditati almeno 468, contributi giornalieri. Resta fermo il disposto di cui ai commi quarto, quinto e sesto dell'art. 17 della legge 3 giugno 1975, n. 160.

Al pensionato di inabilità che, in seguito a recupero delle capacità lavorative, viene a cessare dal diritto alla predetta pensione, è attribuito il riconoscimento della contribuzione figurativa per tutto il periodo durante il quale ha usufruito della pensione stessa”.

Il richiamato regio decreto-legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito in L. 6 luglio 1939, n. 1272, all'art. 9, punto 2) ha stabilito che l'assicurato ha diritto alla pensione a qualunque età quando sia riconosciuto invalido ai sensi dell'art. 10 e quando:

a) siano trascorsi almeno cinque anni dalla data iniziale dell'assicurazione e risultino versati o accreditati in di lui favore almeno:

- 60 contributi mensili di cui alla tabella A, ovvero
- 260 contributi settimanali di cui alla tabella B, n. 1, ovvero
- 5 contributi annui di cui alla tabella B, n. 2, ovvero
- 780 contributi giornalieri di cui alla tabella B, n. 3, per gli uomini, ovvero
- 520 contributi giornalieri di cui alla tabella B, n. 3, per le donne e i giovani, ovvero 520 contributi giornalieri di cui alla tabella B, n. 3, per i braccianti eccezionali se uomini, ovvero
- 350 contributi giornalieri di cui alla tabella B, n. 3, per i braccianti eccezionali se donne o giovani;

b) sussistono nel quinquennio precedente la domanda di pensione almeno:

- 12 contributi mensili di cui alla tabella A, ovvero
- 52 contributi settimanali di cui alla tabella B, n. 1, ovvero
- un contributo annuo di cui alla tabella B, n. 2, ovvero
- 156 contributi giornalieri di cui alla tabella B, n. 3, per gli uomini, ovvero
- 104 contributi giornalieri di cui alla tabella B, n. 3, per le donne e i giovani.

Nel caso di assicurati in cui favore risultino versati o accreditati contributi secondo diverse tabelle, i requisiti minimi di contribuzione sono determinanti raggugliando i diversi contributi in base ai rapporti desumibili dai corrispondenti minimi indicati al precedente comma".

Ora, in base all'art. 2116, primo comma, c.c., rubricato Prestazioni:

"Le prestazioni indicate nell'articolo 2114 sono dovute al prestatore di lavoro, anche quando l'imprenditore non ha versato regolarmente i contributi dovuti alle istituzioni di previdenza e di assistenza, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali".

La norma, come è noto sancisce il principio della automaticità delle prestazioni nel rapporto fra lavoratore subordinato e datore di lavoro, da un lato, ed ente previdenziale, dall'altro.

Principio confermato, per l'assicurazione generale obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti, dall'art. 27 comma 2, R.D.L. 14 aprile 1939 n. 636, nel testo sostituito dall'art. 23 ter, D.L. 30 giugno 1972 n. 267, conv., con modificazioni dalla L. 11 agosto 1972 n. 485 e rafforzato dall'art. 3 D.Lg. 27 gennaio 1992 n. 80, di attuazione di direttiva comunitaria in materia, in forza del quale le prestazioni previdenziali spettano al lavoratore anche quando i contributi dovuti non siano stati effettivamente versati.

Tale principio - nella interpretazione che ne è stata data dalla Corte costituzionale (sentenza n. 374 del 1997) - costituisce, poi, regola generale - nell'ambito di tutte le forme di previdenza ed assistenza obbligatorie per i lavoratori dipendenti - e, come tale, trova applicazione - nello stesso ambito - a prescindere da qualsiasi richiamo esplicito, essendo semmai necessaria una disposizione esplicita per derogare al principio stesso (in tal senso, vedi, per tutte, Cass. n. 1460 del 2001, n. 5767 del 2002).

Tuttavia, il principio dell'automatismo delle prestazioni previdenziali non trova applicazione, invece, nel rapporto fra lavoratore autonomo ed ente previdenziale - in difetto di specifiche disposizioni di legge (o di legittima fonte secondaria) in senso contrario - con la conseguenza che il mancato versamento dei contributi obbligatori impedi-

sce, di regola, la stessa costituzione del rapporto previdenziale e, comunque, la maturazione del diritto alle prestazioni, senza che rilevi in contrario la circostanza dell'iscrizione al relativo albo professionale, ancorché questa possa dar luogo, con l'iscrizione all'ente previdenziale, alla possibilità per il medesimo ente, che ne consegue, di attivarsi per la riscossione degli stessi contributi (in tal senso, vedi Cass. n. 9525/2002, 11869/95; Sez. L, Sentenza n. 7602 del 15/05/2003, Sez. L, Sentenza n. 12794 del 02/09/2003, Sez. L, Sentenza n. 6340 del 24/03/2005, Sez. L, Sentenza n. 18830 del 18/09/2004).

Il M., coadiutore di impresa artigiana, trovasi in una posizione assicurativa equivalente a quella dei lavoratori autonomi ed è iscritto nell'apposita gestione; con la conseguenza che, fino al momento in cui l'INPS non avrà materialmente ricevuto i contributi necessari ai fini del perfezionamento dei requisiti di assicurazione previsti dalle disposizioni di legge sopra richiamate, costui non potrà rivendicare l'assegno ordinario di invalidità.

La sentenza appellata deve, conseguentemente, essere riformata mediante il rigetto della domanda azionata da M. C. con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

L'appellato soccombente, non avendo presentato idonea certificazione ai sensi del novellato art. 152 disp. att. cod. civ. va condannato al pagamento delle spese relative ad entrambi i gradi del giudizio.

(Omissis)

Impiego Pubblico - Dipendente INPS - Qualifica dirigenziale - Ispettore Generale - Esclusione.

Corte di appello di Palermo - 06/27.12.2007, n. 1690 - Pres. Ardito - Rel. Rizzo - INPS (Avv. Agueci) - M.F. (Avv. Bouclè, Belletti).

Il dato normativo di riferimento per la individuazione del contenuto tipico delle funzioni dirigenziali, con riferimento al rapporto di pubblico impiego privatizzato, è costituito dal D. Lgs. n. 29 del 1993 e successive modificazioni, coordinate nel Testo Unico del pubblico impiego, D. Lgs. n. 165 del 2001 in forza del quale la qualifica dirigenziale è caratterizzata da autonomia gestionale, di spesa, di organizzazione delle risorse umane, nei vari settori della pubblica amministrazione, con poteri di rappresentanza verso l'esterno e con responsabilità dei risultati e per l'effetto, alla luce della riorganizzazione dell'assetto produttivo dell'INPS, dei nuovi criteri di qualificazione della funzione dirigenziale e con la valorizzazione del funzionario apicale, le funzioni di responsabile delle unità di Processo delle Agenzie di produzione e dell'Ufficio Contributi e Vigilanza, riservate prima della privatizzazione ad un primo dirigente, ossia alla vecchia figura di dirigente pubblico, hanno perso tale connotazione rimanendo affidate a funzionari apicali tra cui rientrano gli ispettori generali.

FATTO — Con ricorso depositato in data 13.11.2003 M. F. dipendente dell'INPS con qualifica di Ispettore Generale conveniva in giudizio l'Istituto Previdenziale e, deducendo di essere inquadrato nella IX qualifica funzionale e di aver svolto sin dal mese di aprile del 1998, allorché era stato preposto al "Processo Prestazioni Temporanee", prima, ed al "Processo Gestione Conti aziendali", dopo, mansioni inquadrabili nella qualifica dirigenziale, chiedeva il riconoscimento della relativa qualifica con decorrenza 1.4.1998 e la condanna dell'INPS a corrispondergli le relative differenze di retribuzione.

Si costituiva l'INPS che, eccepito il difetto di giurisdizione dell'AGO per il periodo anteriore al 30.6.1998, deduceva, nel merito, l'infondatezza della domanda di cui chiedeva il rigetto.

Il G.L. del Tribunale di Trapani, con sentenza n. 171 emessa il 7.3.2005 dichiarava il difetto di giurisdizione dell'AGO per il periodo anteriore al 30.6.1998, dichiarava, altresì, che M. F. aveva svolto dall'1.7.1998 al 28.3.2001 le mansioni di dirigente e condannava l'INPS a corrispondergli le differenze di retribuzione tra quanto percepito e quanto avrebbe avuto diritto a percepire per effetto dello svolgimento delle dette mansioni, rigettando per il resto la domanda.

Avverso la detta sentenza proponeva appello l'INPS deducendone l'erroneità.

Assumeva che il primo giudice non aveva fatto buon governo delle norme regolatrici le funzioni dell'ispettore generale e dei dirigenti laddove, al fine della risoluzione della questione concernente l'asserito svolgimento da parte dell'appellato, ispettore generale, delle funzioni dirigenziali, aveva utilizzato, come dato normativo di riferimento il vecchio organigramma delle sedi periferiche dell'INPS, anzicchè, come avrebbe dovuto, la normativa di cui al D. Lgs 29/1993 artt. 3 e 17, ribadendo che, nelle nuove disposizioni di legge, la figura del "dirigente" non è affatto coincidente con la precedente figura del "dirigente pubblico".

Contestava, inoltre, la statuizione di condanna al pagamento delle "interesse" differenze di retribuzione fra quanto percepito e quanto avrebbe avuto diritto a percepire per effetto dello svolgimento delle mansioni dirigenziali, assumendo che il criterio della proporzionalità della retribuzione, di cui all'art. 36 Cost, non imponesse l'automatica applicazione del corrispondente trattamento economico, ben potendo essere sufficiente un mero compenso aggiuntivo rispetto alla retribuzione della qualifica di appartenenza.

Si costituiva M. F. che deduceva, l'infondatezza del gravame e chiedeva confermarsì l'appellata sentenza.

La causa, all'udienza del 6.12.2007, sulle conclusioni dei procuratori delle parti, che si riportavano ai rispettivi atti difensivi, veniva decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — L'appello è fondato.

Deve, preliminarmente, osservarsi che non è in discussione che l'appellato abbia svolto dal luglio del 1998 in poi, periodo che qui rileva, l'attività di direzione dell'Ufficio Contabilità e, poi, del "Processo Cliente Assicurato Pensionato" della sede INPS di Trapani.

L'Istituto Previdenziale assume, invero, che, ai fini l'individuazione dei criteri

generali ed astratti previsti, per l'inquadramento nella invocata categoria dirigenziale, occorre tener conto degli elementi tipici previsti dagli artt. 3 e 17 del D. Lgs. n. 29/1993 e non, come operato dal primo giudice, di quelli di cui al vecchio organigramma delle sedi periferiche dell'INPS, deducendo, al riguardo, che, nelle nuove disposizioni di legge, la figura del "dirigente" non è affatto coincidente con la figura del precedente "dirigente pubblico".

Orbene, ritiene la Corte che il dato normativo di riferimento per la individuazione del contenuto tipico delle funzioni dirigenziali, con riferimento al rapporto di pubblico impiego privatizzato, indi per il periodo successivo al 1° luglio del 1998, che è quello che qui interessa, è costituito dal decreto legislativo n. 29 del 1993, come modificato dai successivi decreti legislativi n. 396 del 1997, 80 del 1998 e 387 del 1998, coordinati nel Testo Unico del pubblico impiego, D. Lgs. n. 165 del 2001.

Sicché, la questione dell'inquadramento delle mansioni svolte dall'appellato, Ispettore Generale, e la definizione della figura dirigenziale vanno affrontate e risolte alla luce della normativa ricavabile dalle dette disposizioni di legge.

Tanto è reso ancor più palese dal dettato normativo di cui all'art. 69, comma 1°, del D. Lgs. n. 165 del 2001 che prevede, per l'appunto che: *"... le norme generali e speciali del pubblico impiego, vigenti alla data del 13 gennaio 1994 e non abrogate, costituiscono, limitatamente agli istituti del rapporto di lavoro, la disciplina di cui all'articolo 2, comma 2. Tali disposizioni sono inapplicabili a seguito della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994-1997, in relazione ai soggetti e alle materie dagli stessi contemplati. Tali disposizioni cessano in ogni caso di produrre effetti dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, dei contratti collettivi del quadriennio 1998-2001"*.

Ciò premesso, deve ora osservarsi che, nel sistema delineato dal D. Lgs n. 29 del 1993 (art. 3, comma 2), ai dirigenti *"spetta la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo"* ...essendo *"...responsabili della gestione e dei relativi risultati"*.

Appare già evidente che, nel nuovo sistema del lavoro c.d. privatizzato alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, la qualifica dirigenziale è caratterizzata da autonomia gestionale, di spesa, di organizzazione delle risorse umane, nei vari settori della pubblica amministrazione, con poteri di rappresentanza verso l'esterno e con responsabilità dei risultati.

La dirigenza è ora strutturata su un ruolo unico, articolato in due fasce in modo da garantire la necessaria specificità tecnica.

I dirigenti di uffici dirigenziali non generali, di cui all'art. 17 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito di quanto stabilito dall'articolo 4 esercitano, fra gli altri, i seguenti compiti e poteri:

a) formulano proposte ed esprimono pareri ai dirigenti degli uffici dirigenziali generali;

b) curano l'attuazione dei progetti e delle gestioni ad essi assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi ed esercitando i poteri di spesa e di acquisizione delle entrate;

c) svolgono tutti gli altri compiti ad essi delegati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali;

d) dirigono, coordinano e controllano l'attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia;

e) provvedono alla gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici.

Per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale e per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse, si tiene conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e della capacità professionale del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza, applicando di norma il criterio della rotazione degli incarichi (art. 19).

I risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi comportano per il dirigente interessato la revoca dell'incarico (Art. 21).

È stato osservato dalla Suprema Corte di Cassazione *"nel nuovo sistema del lavoro cd. "privatizzato", ovvero contrattualizzato, alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la qualifica dirigenziale non esprime più una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una "carriera" e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del dipendente, che tale qualifica ha conseguito mediante il contratto di lavoro stipulato all'esito della prevista procedura concorsuale. Il dirigente svolge le funzioni inerenti alla qualifica solo per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale attraverso un provvedimento al quale accede un contratto individuale abilitato a definire il corrispondente trattamento economico, il tutto in vista di determinati obiettivi.*

La legge (come previsto già dall'art. 21 del D. Lgs n. 29 del 1993, poi sostituito dall'art. 14 del D. Lgs n. 80 del 1998, quindi recepito nell'attuale art. 21 del D. Lgs 30 marzo 2001, n. 165), a seconda della gravità dei casi, legittima la P.A. datrice di lavoro a rimuovere il dirigente dall'incarico dirigenziale senza toccare il sottostante rapporto di lavoro, ovvero a recedere sia dall'incarico che dal rapporto di lavoro" (Cfr. Cass. Sez. L, Sentenza n. 3929 del 20/02/2007.

Ora, non può non convenirsi con la posizione difensiva assunta dall'INPS che, ponendo l'accento sui requisiti tipici della nuova figura dirigenziale, censura l'impugnata sentenza laddove si giunge ad affermare che l'appellato ha svolto funzioni dirigenziali utilizzando, al riguardo, come dato normativo di riferimento il vecchio organigramma delle sedi periferiche dell'INPS.

Circa, poi, la figura dell'Ispettore Generale, occorre prendere le mosse dalla Legge 9 marzo 1989, n. 88 - Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale... - che, al suo art. 15, comma 2° (Funzionari direttivi) aveva previsto che:

"In sede di contrattazione articolata sono individuate posizioni funzionali di particolare rilievo da attribuire ai funzionari della categoria direttiva della ottava e nona qualifica e vengono determinate le indennità per l'effettivo espletamento delle funzioni medesime da attribuire al personale in questione in aggiunta a quelle previste dagli accordi di categoria. Le funzioni indennizzabili e l'ammontare delle predette indennità sono definite sulla scorta di criteri che tengano conto del grado di autonomia e del

livello di responsabilità e di preparazione professionale richiesti per la preposizione a strutture organizzative, a compiti di studio, di ricerca e progettazione, a funzioni di elevata specializzazione dell'area informatica, ad attività ispettive di particolare complessità, nonché a funzioni vicarie. I dirigenti preposti alle strutture rispondono della corretta attribuzione delle indennità di cui al presente comma".

Indi, il Decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, all'Art. 25, comma 4° - norma confermata dall'art. 69, comma 3° del T.U. 165/2001 - ha previsto che:

"Il personale delle qualifiche ad esaurimento di cui agli articoli 60 e 61 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1972, n. 748 e successive modificazioni, e quello di cui all'art. 15 della legge 9 marzo 1989, n. 88, i cui ruoli sono contestualmente soppressi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, conserva le qualifiche ad personam. A tale personale sono attribuite funzioni vicarie del dirigente e funzioni di direzione di uffici di particolare rilevanza non riservati al dirigente, nonché compiti di studio, ricerca, ispezione e vigilanza ad esse delegati dal dirigente. Il trattamento economico è definito nel primo contratto collettivo di comparto di cui all'art. 45".

In linea con la detta disposizione, il CCNL 1998/2001 del Comparto Enti Pubblici non Economici, per il personale non dirigenziale, nel dettare, all'art. 13, un nuovo sistema di classificazione (orientato al superamento delle attuali rigidità per porsi al passo con i processi di cambiamento in corso nell'ambito degli enti e con l'evoluzione dei modelli organizzativi e contribuire al miglioramento dei livelli di efficienza/efficacia dell'azione amministrativa e di qualità dei servizi) articolato su tre aree professionali accorpanti le qualifiche funzionali dalla I alla IX del sistema di inquadramento previsto dal DPR n. 285/1988 - includendo all'Area A: le qualifiche funzionali fino alla IV; all'Area B: le qualifiche funzionali V e VI; ed all'Area C: le qualifiche funzionali VII, VIII e IX -, ha collocato la IX q.f. (cui era inquadrato l'Ispettore Generale) nel quarto livello retributivo dell'Area C (posizione economica C 4) che è caratterizzato, per quanto concerne le "CONOSCENZE", da *"elevato livello di qualificazione nella gestione dei processi aziendali in un'ottica di cultura di impresa; elevata esperienza pratica; conoscenza approfondita delle leve gestionali dell'ente e in particolare delle strumentazioni gestionali e operative orientate al risultato; possesso di skills professionali adeguate alla complessità del ruolo nel contesto aziendale; attitudine all'assunzione di responsabilità anche in contesti critici"*.

E, per quanto concerne i "CONTENUTI ATTITUDINALI", da *"assunzione di responsabilità formale in ordine alla conduzione di strutture organizzative e alla gestione delle risorse nell'obiettivo di contribuire responsabilmente allo sviluppo e all'integrazione delle conoscenze rilevanti per i processi aziendali; ... partecipazione al sistema di valutazione; ... capacità di assumere decisioni anche in situazioni di criticità orientando il proprio contributo all'ottimizzazione del sistema, al monitoraggio sistematico della qualità, alla circolarità delle informazioni, all'integrazione interna ed esterna. Nel settore informatico: capacità di assicurare in posizione di responsabilità l'analisi complessa delle procedure e delle reti di comunicazione e la loro gestione; di coordinamento e gestione di gruppi di progettazione informatica"*.

L'art. 17 dello stesso contratto - rubricato "Posizioni organizzative" - prevede,

poi, che:

"Nell'ambito dell'area C gli Enti, sulla base dei propri ordinamenti ed in relazione alle esigenze di servizio, possono conferire ai dipendenti ivi inseriti incarichi che, pur rientrando nell'ambito delle funzioni di appartenenza, richiedano lo svolgimento di compiti di elevata responsabilità, che comportano l'attribuzione di una specifica indennità di posizione organizzativa.

Le posizioni organizzative di cui al punto precedente possono riguardare settori che richiedono l'esercizio di:

- *funzioni di direzione di unità organizzativa, caratterizzate da un elevato grado di autonomia gestionale ed organizzativa;*
- *attività - ivi comprese quelle informatiche - con contenuti di alta professionalità o richiedenti specializzazioni correlate al possesso di titoli universitari e/o di adeguati titoli connessi all'esercizio delle relative funzioni;*
- *attività di staff e/o di studio, di ricerca, ispettive, di vigilanza e controllo, caratterizzate da elevata autonomia ed esperienza".*

- E l'Art. 18 - rubricato "Conferimento e revoca delle posizioni organizzative - che prevede che:

"Possono procedere all'individuazione delle posizioni organizzative gli Enti che abbiano realizzato:

- *l'attuazione dei principi di razionalizzazione previsti dal D.Lgs. n. 29/1993, con particolare riferimento agli artt. 3, 4, 7, 9 e 14;*
- *la ridefinizione delle strutture organizzative e delle dotazioni organiche;*
- *l'istituzione e l'attivazione dei servizi di controllo interno o dei nuclei di valutazione, determinando i criteri generali e le procedure per il conferimento e la revoca degli incarichi per le posizioni organizzative".*

Gli incarichi sono conferiti dai dirigenti con atto scritto e motivato, tenendo conto dei requisiti culturali, delle attitudini e delle capacità professionali dei dipendenti in relazione alle caratteristiche dei programmi da realizzare.

Gli incarichi possono essere revocati con atto scritto e motivato, prima della scadenza, a seguito di:

- *inosservanza delle direttive contenute nell'atto di conferimento;*
- *intervvenuti mutamenti organizzativi;*
- *accertamento di risultati negativi".*

Orbene, a norma del contratto, nell'area C è compreso anche il personale delle qualifiche ad esaurimento ex art. 15 L. 88/1989, ossia, gli ispettori generali di ex nona qualifica funzionale.

Ora, sulla base delle disposizioni richiamate, l'INPS ha adeguato la propria organizzazione e ciò ha fatto con una prima delibera n. 799 del 28.7.1998 con la quale l'Istituto si è ristrutturato su tre livelli, Centrale, Regionale e Agenzie di Produzione.

L'attuazione del Regolamento di Organizzazione è stata realizzata con una prima circolare n. 17 del febbraio 1999 (v. all. 14 parte appellata) - che ha descritto il sistema dei "processi", quale modulo operativo/organizzativo sostitutivo del sistema degli "uffici", ove la visione globale dell'azienda in termini di "processo" tende a superare la preesistente descrizione delle attività per funzioni (raggruppamento per attività simili a seconda dei tipi di compiti di competenze) in quanto ricostruisce le attività lavorative

ed il flusso delle informazioni partendo "dal risultato fornito, dal cliente, dalla soddisfazione del bisogno"; ed ove le attività che costituiscono il "processo" si configurano "come catene di rapporti cliente/fornitore nelle quali il fornitore deve raggiungere/rispettare l'""accordo" con il suo cliente rispetto alla qualità del prodotto/servizio che fornisce -; e con una seconda n. 2 del 4.1.2001 che ha individuato le Direzioni Provinciali (v. all. 15 parte appellata), tra cui quella di Trapani, indicando il numero dei dirigenti ad esse assegnato e ribadendo l'assegnazione a funzionari apicali delle "Unità di Processo" e delle Agenzie di Produzione", (v. punto 6 citata circolare ove è specificato che "La responsabilità delle Unità di Processo, nell'ambito dei processi primari, deve essere affidata ... a funzionali apicali profilo amministrativo, in mancanza dei quali si dovrà ricorrere a forme di interinato fra funzionari responsabili di altre Unità di Processo").

Le funzioni dirigenziali, invece rimangono attribuite al "Direttore di Area" al "Responsabile dei processi" ed al "Responsabile Contabilità e Finanza" (v. delibera n 799 del 1998, pag. 15), figura, quest'ultima, da non confondere con il responsabile dei "singoli processi primari" che, nel 1998, nella sede di Trapani erano tre: Processo Assicurato Pensionato, Processo Gestione Conti Aziendali, Processo Prestazioni temporanee.

Invero, le funzioni del "dirigente responsabile dei processi", che sovrintende a tutti i "processi"- e non ad uno solo di essi - ed a capo dei quali è previsto un dirigente sono, infatti, citate a pag. 16 della citata delibera ove è precisato che è suo compito curare:

- il governo delle risorse umane, strumentali e logistiche;
- il controllo della produzione;
- lo sviluppo dell'azione formativa;
- l'efficienza della rete;
- lo sviluppo organizzativo e la qualità del servizio.

Come, correttamente evidenziato dalla difesa dell'INPS, trattasi di funzioni che danno luogo ad una attività strategica non rapportabile a quella del responsabile del singolo processo, consistenti, nel Processo Assicurato - Pensionato, in "gestione posizione assicurativa, liquidazioni prestazioni e gestione pensioni" e nel Processo Gestione Conti Aziendali in "iscrizioni /variazioni cessazione aziende, acquisizione e controllo denunce aziendali, istruttoria e definizione domande di Cassa Integrazione, attività recupero crediti e riscontro monti retributivi".

Ora, deve escludersi che l'attività dell'appellato abbia travalicato i limiti dell'inquadramento posseduto come emerge dagli esiti delle prove testimoniali raccolte dal primo giudice e, in sintesi riportate dall'appellato nella sua memoria di costituzione ove non è mai fatto cenno specifico ad attività che questi abbia svolto e che abbiano riguardato "governo delle risorse umane, strumentali e logistiche, controllo della produzione, sviluppo dell'azione formativa, efficienza della rete, sviluppo organizzativo e la qualità del servizio".

Egli, infatti, nell'esclusivo ambito della detta struttura, ha assunto la responsabilità formale in ordine alla conduzione della stessa, alla preposizione della quale, contrattualmente (come da cit. contratto integrativo), è preposto il funzionario apicale di ex nona qualifica funzionale, ora inquadrato nell'Area C, posizione economica

C4, potendo curare la gestione delle risorse nell'obiettivo di contribuire responsabilmente allo sviluppo e all'integrazione delle conoscenze rilevanti per i processi aziendali; assumere decisioni anche in situazioni di criticità orientando il proprio contributo all'ottimizzazione del sistema, al monitoraggio sistematico della qualità, alla circolarità delle informazioni, all'integrazione interna ed esterna ed assicurare, in posizione di responsabilità l'analisi complessa delle procedure e delle reti di comunicazione e la loro gestione; di coordinamento e gestione di gruppi di progettazione informatica".

Ciò è tanto chiaro allo stesso appellato che ha ritenuto che il nuovo regime organizzativo adottato dall'INPS ha trovato attuazione solo nell'aprile del 2001, con l'attuazione delle direttive emanate con la circolare n. 2 del 4.1.2001 con la conseguenza che, per il periodo antecedente, dal luglio 1998 all'aprile 2001, poteva trovare applicazione soltanto il vecchio organigramma delle sedi periferiche che a capo dell'ufficio assegnatogli prevedeva un "primo dirigente".

Orbene, non v'è chi non colga l'incongruenza di siffatta tesi difensiva che, da un lato, tende a far rivivere disposizioni che, per effetto del disposto di cui all'art 69, comma 1°, del D. Lgs. n. 165 del 2001 hanno cessato di produrre effetti dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, dei contratti collettivi del quadriennio 1998-2001; e, dall'altro, disconosce l'efficacia immediatamente cogente delle disposizioni di cui al decreto legislativo 29 del 1993, come modificato dai successivi decreti legislativi n. 396 del 1997, 80 del 1998 e 387 del 1998, coordinati nel Testo Unico del pubblico impiego, D. Lgs. n. 165 del 2001.

Un cenno a parte merita poi la così detta attività di vigilanza disciplinata dal Contratto Collettivo Integrativo del 2001 che ha precisato che: "Presso ciascuna Direzione [Provinciale] l'Area di Vigilanza è affidata ad un dirigente, senza che ciò comporti la ridefinizione della relativa pianta organica, o, in carenza, assunta ad interim dal Direttore [Provinciale]. La funzione, pur in presenza di un dirigente, può essere attribuita anche ad un funzionario con qualifica di ispettore generale/ direttore di divisione".

In conclusione deve ribadirsi che le funzioni di responsabile delle unità di Processo, delle Agenzie di produzione e dell'Ufficio Contributi e Vigilanza, riservate prima della privatizzazione ad un primo dirigente, ossia a quella vecchia figura del dirigente pubblico, con la nuova organizzazione dell'assetto produttivo dell'Istituto, con i nuovi criteri di qualificazione della stessa funzione dirigenziale e con la valorizzazione del funzionario apicale, hanno perso tale connotazione, rimanendo affidate non più ad un dirigente, bensì a funzionari apicali tra cui rientrano gli ispettori generali.

La sentenza appellata deve, conseguentemente, essere riformata mediante il rigetto della domanda azionata da M. F.

Tenuto conto della novità e particolarità della questione trattata e del contrasto giurisprudenziale esistente nella giurisprudenza di merito, ritiene la Corte che corrisponde ad un criterio di equità dichiarare interamente compensate tra le parti le spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio.

(Omissis)

Responsabilità civile - Erronee informazioni - Mero estratto meccanografico - Responsabilità *ex art.* 54 L.88/89 dell'INPS - Non sussiste.

Corte di Appello di Salerno - 4.7/11.10.2007 n. 4113 - Presidente dott. Casale - Estensore dott. Nocca- INPS (Avv.ti Serrelli, Di Feo) S. A. (Avv.ti Lanzetta, Amato).

Non sussiste responsabilità contrattuale dell'INPS nei confronti del contribuente per informazioni poi rivelatesi erronee, se le stesse sono state rese in semplice estratto meccanografico inviato dall'INPS sua sponte, senza alcuna richiesta in tal senso da parte del contribuente.

FATTO — Con ricorso depositato il 27.5.2005 S. A. - premesso di aver accettato in data 10.1.1995, sottoscrivendo un verbale di conciliazione presso l'UPLMO di Salerno, l'estinzione del proprio rapporto di lavoro dal 29.12.1994 con la S. S.p.A., sul presupposto del possesso dei requisiti di legge per accedere alla mobilità lunga (28 anni di anzianità pari a n. 1456 settimane utili di contribuzione) e, quindi, alla pensione di anzianità, il tutto come attestato dall'INPS, con certificazioni poi risultate erronee, sicché l'Istituto aveva sospeso, dal 21.1.1999, l'erogazione dell'indennità di mobilità già liquidata dal 21.1.1995 - adiva il Giudice del lavoro del Tribunale di Nocera Inferiore per sentir dichiarare la responsabilità dell'INPS, con conseguente condanna di quest'ultimo al pagamento della somma di € 12.387,80 corrispondente ai ratei dell'indennità di mobilità lunga dovuti per il periodo dal 21.1.1999 all'1.1.2001, nonché al versamento d'una somma pari alla pensione di anzianità a decorrere dall'1.1.2001, data del perfezionamento dei 35 anni di contribuzione, e fino al soddisfo, il tutto con accessori di legge, ed, ancora, al pagamento di una somma pari all'ammontare dei contributi volontari per il periodo di lavoro autonomo svolto dal ricorrente dall'1.1.1969 al 31.12.1969; in via subordinata, chiedeva il risarcimento del danno anche in via equitativa; con vittoria, infine, delle spese, diritti ed onorari del giudizio, con attribuzione ai procuratori antistatari.

Instauratosi il contraddittorio, si costituiva tempestivamente in giudizio l'INPS, eccependo, in via preliminare, l'improponibilità ed improcedibilità della domanda giudiziaria attesa la mancata presentazione della domanda amministrativa, nonché l'intervenuta prescrizione quinquennale del preteso diritto al risarcimento in quanto ricollegabile astrattamente ad un'azione di responsabilità extracontrattuale.

Quanto al merito, chiedeva al Giudice adito di voler, accertata l'insussistenza dei requisiti per accedere alla mobilità lunga già al momento della comunicazione dell'estratto conto contributivo nel 1994 ed indipendentemente dalla annotazione dell'annullamento dell'anno di contribuzione quale coadiutore di impresa commerciale, rigettare la domanda.

L'Istituto faceva rilevare, tra l'altro, che la vertenza in esame costituiva il terzo giudizio promosso dal ricorrente nei confronti dell'INPS, dopo che era stato respinto un ricorso *ex art.* 700 c.p.c. volto ad ottenere la declaratoria d'inefficacia dell'accordo di cessazione del rapporto sottoscritto con la società datrice di lavoro e che pure esito

sfavorevole al ricorrente aveva sortito altro procedimento ordinario tendente a conseguire la declaratoria della sussistenza dei requisiti assicurativi e contributivi idonei a consentire l'ammissione al godimento della c.d. mobilità lunga.

Nel sottolineare, inoltre, che lo S. si era determinato autonomamente ad accedere all'accordo sindacale senza effettuare alcuna richiesta all'Istituto ai sensi dell'art 54 L. n. 88/89 circa la sussistenza dei requisiti per accedere alla mobilità lunga, l'INPS precisava che l'unica possibilità che il ricorrente avrebbe potuto avere per far valere la contribuzione versata nella gestione lavoratori autonomi era collegata alla presentazione, prima della cessazione del rapporto di lavoro, di una domanda di ricongiunzione, tuttavia mai proposta.

Infine, evidenziata l'assoluta pretestuosità e temerarietà della lite promossa nei confronti dell'Ente, chiedeva in riconvenzione la condanna del ricorrente ex art. 96 c.p.c..

Interrogato liberamente il ricorrente ed autorizzato il deposito di note difensive, all'udienza di discussione del 26.1.2006 il Giudice adito decideva la causa e, in accoglimento della domanda per quanto di ragione, accertata la dedotta responsabilità dell'INPS, condannava l'Istituto convenuto al pagamento, in favore del ricorrente, della somma di € 12.387,80 (corrispondente all'importo dell'indennità di mobilità dal 22.1.1999) e di una somma pari ai ratei della pensione d'anzianità dall'1.1.2001, il tutto oltre accessori; compensava, infine, tra le parti le spese del giudizio.

Nella stilata motivazione il giudice osservava, innanzitutto, che l'eccezione d'improponibilità non era fondata, dal momento che il ricorrente agiva non già per il conseguimento d'una prestazione, bensì per l'accertamento della responsabilità (contrattuale) dell'INPS e per la condanna dell'Istituto al risarcimento del danno.

Passando al merito, rilevava che l'erronea comunicazione da parte dell'INPS all'assicurato, nel febbraio 1994, della posizione previdenziale di costui, *ancorché non su specifica richiesta*, aveva fatto sorgere in capo all'Ente una responsabilità contrattuale, riconducibile all'obbligo di informazione gravante sull'Istituto ex L. n. 88/89, da cui non poteva non discendere, ad avviso del giudice, l'obbligo dell'Istituto medesimo di risarcire, nei termini di cui al dispositivo, il danno arrecato all'assicurato (cfr., *ex plurimis*, Cass. nn. 6867/2001, 6995/2001, 1104/2003, 19340/2003(1)), il quale, sul presupposto del possesso, da parte sua, dei requisiti della mobilità lunga e, poi, della pensione di anzianità, per effetto del computo anche dei contributi relativi al lavoro autonomo svolto nell'anno 1969, si era determinato ad accettare l'estinzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della S. S.p.A. con decorrenza dal 29.12.1994.

Ad avviso del giudicante andava invece rigettata, perché infondata, l'altra domanda dello S., di risarcimento del danno pari all'ammontare dei contributi volontari per il periodo 1.1.1969-31.12.1969.

Avverso tale sentenza proponeva appello l'INPS con ricorso depositato in data 1.3.2006, censurando, in primo luogo, la nullità della stessa perché affetta dal vizio di omessa pronuncia per violazione dell'art. 112 c.p.c., essendosi il primo giudice limitato acriticamente ad affermare la responsabilità dell'Ente sulla scorta del mero richiamo all'art. 54 L. n. 88/89, senza affrontare ed esaminare le diverse eccezioni, non assorbibili nella decisione principale.

In ogni caso, denunciava che il ragionamento posto a fondamento della domanda

di primo grado (e recepito dal giudice) era assolutamente errato e fuorviante.

Infatti - evidenziava l'Istituto - per giurisprudenza consolidata (cfr. Cass. nn. 6867/2001, 6995/2001, 5002/2002, 18981/2003, 16044/2004) la responsabilità contrattuale dell'INPS per erronea comunicazione di dati contributivi sorgeva solo nell'ipotesi di violazione dell'art 54 L. n. 88/89, ossia in relazione a comunicazioni rilasciate ai sensi dell'art. 54 cit., *su espressa richiesta dell'interessato*, da parte del funzionario delegato con atto sottoscritto dal medesimo; quindi, ad avviso dell'Istituto, non potendo nella specie assumere il valore di certificato emanato nell'obbligo posto dall'art. 54 l'estratto meccanografico inviato dall'INPS all'assicurato senza che questi ne avesse fatto richiesta, alcuna responsabilità era configurabile in capo all'INPS.

Ad ogni modo, anche a voler aderire all'impostazione seguita nella sentenza appellata, l'Istituto ribadiva che la connessa responsabilità non poteva che essere ritenuta di natura extracontrattuale, con la conseguenza che al momento della proposizione della domanda giudiziale il termine quinquennale di prescrizione, decorrente dal verificarsi del danno in coincidenza col diniego, nel gennaio '99, di accesso alla mobilità lunga, era ampiamente decorso.

Poneva, ancora, gradatamente, in risalto il comportamento colposo dell'assicurato, valutabile ex art. 1227 c.c, non avendo questi - che non poteva ignorare che il proprio coniuge aveva chiesto ed ottenuto la cancellazione dei contributi dovuti in suo favore quale coadiutore relativi all'anno 1969 - ritenuto di presentare apposita domanda di ricongiunzione per far valere la contribuzione versata nella gestione lavoratori autonomi.

Infine, l'appellante reiterava la domanda riconvenzionale di risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c. nei confronti dello S., per avere egli "intrapreso l'ennesima azione giudiziaria con colpa grave".

Chiedeva, pertanto, all'adita Corte di Appello di Salerno, Sezione del Lavoro, di voler provvedere nei termini gradatamente riportati in epigrafe.

Con separata istanza depositata il 13.10.2006 l'INPS, premesso che l'appellato aveva notificato ad esso Istituto atto di precetto il 15.9.2006 e, successivamente, in data 13.10.2006, atto di pignoramento, per un importo complessivo di euro 82.199,65, chiedeva, adducendo la sussistenza di giusti motivi, la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata.

Fissata dal Presidente, con decreto del 30.10.2006, l'udienza camerale di comparizione delle parti relativamente alla richiesta di sospensione della esecuzione, si costituiva in sede di inibitoria S. A., insistendo per il rigetto dell'istanza di sospensiva per mancanza dei requisiti di legge del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Con ordinanza all'esito della fissata udienza camerale dell'8.11.2006, la Corte, ritenuto che l'entità della somma per la quale era stata promossa l'esecuzione, rapportata alla situazione processuale e giuridica come prospettata negli atti di causa, contenesse in sé la probabile potenzialità di arrecare all'appellante un pregiudizio economico di rilevante gravità, visto l'art. 431 c.p.c. in relaz. all'art. 447 c.p.c, sospendeva l'esecuzione della sentenza impugnata, autorizzandone l'esecuzione provvisoria nei soli limiti di legge.

Avendo il Presidente, con decreto del 4.3.2006, fissato l'udienza collegiale ex art. 435 c.p.c, di trattazione del merito per il giorno 14.3.2007, si costituiva tempestiva-

mente nel giudizio di gravame, con memoria difensiva depositata il 1 ° marzo 2007, lo S., deducendo l'infondatezza, punto per punto, dei motivi di impugnazione proposti dall'INPS e la correttezza e logicità della motivazione della sentenza di primo grado; concludeva, pertanto, a sua volta come in epigrafe.

Dopo rinvio d'ufficio dovuto a legittimo impedimento del relatore, accolta l'istanza di anticipazione d'udienza avanzata da parte appellata, all'odierna udienza collegiale, dopo la discussione da parte dei rispettivi patroni, la Corte si pronunciava come da dispositivo, pubblicamente letto.

DIRITTO — L'appello proposto dall'INPS è fondato e va, perciò, accolto, col rigetto della domanda proposta in prime cure.

Alla disamina dei motivi di gravame, come in precedenza sintetizzati nella parte espositiva, è opportuno premettere che il dovere di motivazione del giudice d'appello resta correlato ai motivi di impugnazione (v. Cass. n. 9177/97 ed altre), ragion per cui ogni altra questione, non specificamente riproposta in questa sede con appello principale o incidentale, è ormai coperta da giudicato (v., in particolare, la reiezione della domanda attorea avente ad oggetto il risarcimento del danno pari all'ammontare dei contributi volontari per il periodo 1.1.1969 - 31.12.1969, per la cui riproposizione occorreva, appunto, l'appello incidentale).

Col primo motivo di gravame l'Istituto ha denunciato, come detto, la nullità della sentenza per omessa pronuncia, per essersi il primo giudice, in violazione dell'art. 112 c.p.c., limitato acriticamente ad affermare la responsabilità dell'Ente sulla scorta del mero richiamo all'art. 54 L. n. 88/89, senza affrontare ed esaminare le diverse eccezioni dell'INPS, non assorbibili nella decisione principale.

La censura, così come formulata, è infondata.

Al riguardo, va precisato che, alla stregua della censura come dispiegata, ad essere stato eventualmente violato sarebbe il disposto degli artt. 132 n. 4 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.; tuttavia, ad avviso di questa Corte territoriale, va esclusa, nella specie, ogni ipotesi di nullità della sentenza sotto l'indicato profilo, dal momento che la pronuncia impugnata, sia pure alquanto sintetica, contiene gli elementi minimi sia sul piano del contenuto, essendo chiaramente desumibile l'oggetto sostanziale della controversia, che con riguardo all'aspetto prettamente motivazionale, avendo il giudice di primo grado, il quale non era tenuto a dar conto minuzioso e particolareggiato di ogni osservazione ed argomentazione difensiva delle parti, sufficientemente esposto nella sentenza le ragioni che lo hanno condotto, a torto o a ragione, alla soluzione adottata; in ogni caso, tale pronuncia appare certamente idonea al raggiungimento dello scopo (art. 156, 2° co. c.p.c.), giacché consente di individuare, con sufficiente certezza, gli elementi di fatto considerati o presupposti nella decisione, tanto che l'appellante ha avuto modo di opporsi diffusamente sia in fatto che in diritto alle ragioni poste dal giudice a fondamento del dispositivo (v., sull'argomento, tra le tante, Cass. n. 1672/85, n. 3282/99, n. 1170/2004, n. 407/2006).

Pertanto, il profilo attinente alla presunta incompletezza della pronuncia di primo grado non involge il problema dei requisiti essenziali della sentenza, ma rileva quale possibile errore da far valere, appunto, con i mezzi di impugnazione.

Tanto chiarito, va ora esaminato, finalmente, l'articolato motivo di appello, dal

carattere assorbente (se definito in senso sfavorevole all'appellante), relativo alla dichiarata (e contestata dall'Istituto) responsabilità a carico dell'INPS per effetto dell'erronea comunicazione all'assicurato della propria posizione previdenziale.

Ebbene, ritiene questo Collegio di condividere l'impostazione dell'Istituto appellante, secondo cui la comunicazione dell'estratto conto assicurativo nel febbraio 1994 (v. doc. allegato al fascicolo di parte appellata) non concretava la certificazione ex art. 54 della L. n. 88/89, idonea a fondare l'anzidetta responsabilità.

Com'è noto, l'art. 54 cit. così recita: *"È fatto obbligo agli agenti 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"*.

Nella specie, ci troviamo a cospetto dell'inoltro di mero estratto meccanografico (a tutto il 1990), trasmesso dall'INPS in assenza di espressa e formale richiesta dell'interessato nei modi di cui al menzionato art. 54, cioè in mancanza di una richiesta che potesse far assumere al documento inviato dall'Istituto la valenza di certificazione emanata in adempimento dell'obbligo sancito dall'art. 54 della L. n. 88/89.

Sull'argomento, è univoco l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (v. Cass. SL n. 6867/2001, n. 6995/2001, n. 5002/2002, n. 19340/2003, n. 16044/2004 ed altre), la quale ha ripetutamente avuto modo di sostenere che nell'ipotesi in cui l'INPS abbia fornito all'assicurato un'indicazione erronea sul numero dei contributi versati, il danno subito dal lavoratore è riconducibile a responsabilità contrattuale (e non extra-contrattuale) dell'Istituto in quanto derivante dall'inosservanza del generale obbligo dell'ente previdenziale, ex art. 54 L. 9 marzo 1989, n. 88, di informare l'interessato sulla sua posizione assicurativa e pensionistica, **ove questi ne faccia richiesta**.

In materia, si è espressa più volte anche la giurisprudenza di merito; in particolare, va richiamata una pronuncia della Corte d'Appello di Firenze del 21 aprile 2000 (M. c. INPS, in *Informazione Previdenziale* 2000, p. 1389), in cui si afferma che non sussiste responsabilità alcuna in capo all'ente previdenziale per errata comunicazione di dati contributivi allorché il documento da cui dovrebbe scaturire siffatta responsabilità è un informale estratto dall'archivio dei lavoratori dipendenti, privo dell'indicazione della provenienza e del soggetto responsabile del documento.

In ogni caso, anche a voler ritenere non necessaria l'intestazione dell'ente e la firma del funzionario, ciò che maggiormente rileva, nel nostro caso, è comunque il dato della mancanza di una richiesta ad esclusiva cura dell'interessato.

Del resto - rileva questo Collegio - nell'intestazione dell'estratto inviato all'appellato è eloquentemente formulato l'invito all'assicurato ad esaminare accuratamente i dati forniti onde verificare se i contributi siano stati correttamente versati ed a contattare, per eventuali inesattezze ed incompletezze, un "numero verde" per avere un chiarimento o per fissare un appuntamento con un funzionario della sede INPS; e l'assicurato, come puntualmente evidenziato dalla difesa dell'Istituto, non poteva non sapere che con domanda del 13.6.1968 la titolare dell'impresa commerciale sig.ra S. R. (coniuge dell'appellato) aveva richiesto la cancellazione del collaboratore sig. S. A. con effetto dal 22.7.1968.

Di conseguenza, la contribuzione versata quale "coadiuvante impresa com." e

relativa al periodo 1.1.1969 - 31.12.1969, pur riportata in eccesso nel predetto estratto, non poteva essere valutata ai fini del conseguimento del diritto alla c.d. mobilità lunga (se non attraverso la ricongiunzione dei diversi periodi assicurativi nella gestione dei lavoratori dipendenti, ai sensi della L. n. 29/79, al fine di ottenere l'erogazione della pensione in quest'ultima gestione: v. Cass. S.U. n. 16749/2006 (2)).

In altre parole, non ci troviamo di fronte ad un prospetto, quello inviato dall'INPS (e, si ripete, non richiesto dall'interessato, né rilasciato allo sportello su domanda del lavoratore, com'è incontroverso), frutto di oscuri e complessi calcoli matematici, non comprensibili con la normale diligenza da persona che abbia il livello culturale minimo compatibile con lo svolgimento di un'attività lavorativa, ma che in realtà conteneva dati in gran parte esatti, con l'inesattezza, perfettamente conoscibile, consistente nell'inclusione dei contributi quale "coadiutore d'impresa" nell'anno 1969, il che avrebbe dovuto indurre alla cautela nella sommatoria.

A ciò si aggiunga il decisivo rilievo, pure messo in luce nelle memorie dell'Istituto in primo e secondo grado, che persino l'azienda datrice di lavoro dello S. - come ammesso da quest'ultimo nell'ambito del procedimento ex art. 700 c.p.c. - con missiva del 2.12.1994, quindi precedente alla sottoscrizione del verbale di conciliazione presso l'UPLMO di Salerno in data 10.1.1995, di estinzione ad ogni effetto del rapporto di lavoro dal giorno 29.12.1994 con conseguente collocamento in mobilità ed erogazione di vari importi, aveva reso noto all'interessato che non risultavano perfezionati i requisiti necessari per la "mobilità lunga".

Opera, perciò, nella circostanza il canone civilistico dell'autoresponsabilità ("imputet sibi") in forza del quale l'interessato medesimo, deve sopportare le conseguenze del suo comportamento non improntato alla necessaria diligenza; infatti, a fronte della situazione delineatasi, lo S., prima di decidere di cessare l'attività lavorativa, avrebbe dovuto controllare la corrispondenza al vero dei dati trasmessigli in assenza di specifica richiesta ex art. 54 cit., sollecitando l'INPS ad esprimersi con atti dovuti.

Per mera completezza, va ulteriormente rimarcato, con riferimento alla giurisprudenza menzionata dall'appellato a sostegno del proprio assunto, che la fattispecie di cui alla sentenza della S.C. n. 19340 del 2003, che sembrerebbe, a primo acchito, in linea con la tesi propugnata dallo S., afferisce ad un'errata comunicazione di dati contributivi contenuti in una precedente richiesta di pensione di anzianità rivolta dall'assicurato all'INPS, quindi a questione già insorta, così come le fattispecie oggetto delle sentenze nn. 6867 e 6995 del 2001 attengono, al pari di quella di cui alla sentenza n. 7859 del 2004 (3), alla pacifica responsabilità discendente dall'errata comunicazione di dati contributivi a seguito di specifica richiesta dell'assicurato; la vicenda che ci occupa, per la sua peculiarità, pare dunque discostarsi dai casi affrontati dal Supremo Collegio e segnalati da parte appellata.

Infine, quanto al problema, ancora agitato nella memoria difensiva di costituzione di secondo grado dell'appellato, dell'insussistenza della necessità, in casi del genere, di una domanda di ricongiunzione contributiva da presentarsi prima della cessazione del rapporto di lavoro, e ciò alla luce della recente sentenza della S.C. a Sezioni Unite n. 16749/2006, deve rilevarsi che la questione esula dal presente *thema decidendum*, attenendo essa al diverso giudizio instaurato con ricorso depositato il 25.9.2001 (e

definito con sentenza n. 920/2004 del Giudice del lavoro del Tribunale di Nocera Inferiore), nel cui ambito la relativa azione deve intendersi consumata.

Dovendosi escludere, pertanto, a parere di questa Corte, la dedotta responsabilità dell'Istituto, non risultando congruo il ragionamento seguito dal primo giudice in ordine alla ricollegabilità al prefato estratto dell'affidamento dell'assicurato sull'esattezza della comunicata posizione contributiva, l'appello proposto dall'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale va accolto e la sentenza di primo grado inevitabilmente riformata, con conseguente rigetto integrale del ricorso depositato in prime cure e con assorbimento di ogni altra questione.

Sussistono giusti motivi, ex art. 92 c.p.c., individuabili nella complessità e controvertibilità delle questioni di diritto trattate, per addivenire a compensazione integrale tra le parti in causa delle spese del doppio grado di giudizio; va, conseguentemente, disattesa, per ragioni sostanzialmente analoghe, la domanda riconvenzionale di risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c. spiegata dall'INPS nei confronti dello S. in primo grado e reiterata in questo grado, in assenza, peraltro, dei presupposti fondanti la censurata responsabilità aggravata e della dimostrazione della concreta ed effettiva esistenza di un danno che sia conseguenza del comportamento processuale della controparte.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 92

(2) *Idem*, 2006, p. 525

(3) *Idem*, 2004, p. 282

**TRIBUNALI
Sezioni Civili**

Contributi - Somministrazione nulla - Intermediazione di manodopera - Persistente antigiridicità - Rapporti di lavoro iniziati anteriormente al vigore del D.Lgs 276/2003 - Appalto illecito - Configurazione dei rapporti nei confronti dell'utilizzatore.

Tribunale di Como - 27.05.08 n. 173 - Dott. Fagnoli - C. srl (Avv. Ambrosetti) - INPS - SCCI (Avv. Mogavero).

In relazione a prestazioni di lavoro eseguite da data anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs n. 276/2003, legittimamente l'INPS pretende sia accertata, anche senza esperimento di istruttoria testimoniale, ai sensi dell'art. 1 comma 5° L. 1369/1960, la sussistenza di un rapporto diretto fra lavoratore e utilizzatore, con conseguente credito contributivo, ove l'utilizzatore stesso ammetta l'impiego dei lavoratori forniti da terzi in mere prestazioni di manodopera.

FATTO — Con ricorso in riassunzione, depositato in data 25.01.2008, C. Srl si opponeva alla cartella esattoriale Esatri Spa emessa su istanza dell'INPS e notificata il 7.02.2006. La cartella esigeva crediti di € 34.685,28 relativi a contributi previdenziali. In effetti, un'ispezione avvenuta nell'aprile 2003 aveva riscontrato nella discoteca otto giovani che avrebbero svolto lavoro subordinato, inviati da un'azienda (R.), che non aveva i caratteri di somministrazione.

Invece, le persone individuate erano state inviate legittimamente in ossequio ad un contratto d'appalto stipulato tra C. e R., con la quale i giovani avevano stipulato contratti Co.Co.Co. Chiedeva l'annullamento della cartella per mancanza del lavoro subordinato addotto.

Il ricorso era stato proposto davanti il Tribunale di Milano che, con ordinanza, aveva individuato la competenza territoriale di Como.

Si costituiva l'INPS e ribadiva l'eccezione di tardività già prospettata nel precedente ricorso; infatti, l'opposizione era stata proposta dopo i quaranta giorni previsti dall'art 24, L. 46/99. In ogni caso, l'invio di lavoratori subordinati da parte di R. costituiva una illegittima interposizione di mano d'opera con conseguente trasformazione del rapporto in *locatio operarum*, ai sensi della L. 1369/60.

Pertanto, i lavoratori erano inseriti completamente nell'azienda ed erano sottoposti al vincolo di subordinazione del titolare. Vestivano anche l'uniforme della discoteca. Da qui, la legittimità della cartella.

Chiedeva, quindi, la conferma della cartella.

All'udienza del 27.05.2008, espletata l'istruttoria dibattimentale, i difensori con-

cludevano come da verbale in atti.

DIRITTO — L'eccezione di tardività dell'opposizione, va rigettata. In effetti, la cartella è stata notificata il 7.2.2006. I quaranta giorni previsti dall'art 24, DLgs 46/99 scadevano il 19.3.2006; che era domenica.

Orbene, l'art. 155 c.p.c. prevede che, se l'ultimo giorno del termine sia un giorno festivo, l'interessato può fruire del giorno feriale successivo. Pertanto, il ricorso, depositato il 20.3.2006 presso il Tribunale di Milano, corrispondeva all'ultimo giorno utile del termine prolungato, ex art. 155 c.p.c..

L'eccezione va, quindi, rigettata.

Nel merito, è emerso che l'ispezione si è svolta nell'aprile 2003 e cioè prima dell'entrata in vigore del DLgs 276/2003 (cd. legge Biagi) che ha abolito l'interposizione di manodopera. *Ergo*, si applica la L. 1369/60 che disciplinava l'interposizione di manodopera prima dell'entrata in vigore della legge Biagi, dell'ottobre 2003.

Ratione temporis, si applica il 1° e il 5° comma della L. 1369/60 che recita: "*È vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di mano d'opera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono...I prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni*".

Come ha precisato l'ispettrice M. in udienza, l'ispezione è avvenuta il 10.4.2003; ed erano stati riscontrati lavoratori con contratti Co.Co.Co. stipulati con R. Service, azienda che aveva il solo compito d'interposizione di manodopera.

L'ispettrice ha constatato che sei delle otto persone stavano lavorando e il legale responsabile di Srl C., che, lealmente ha confessato: "*Le sei persone in oggetto stavano lavorando come supporto dei miei dipendenti, lavavano i bicchieri ecc.*" (pag. 2 v.u.).

Pertanto, ogni istruttoria si è appalesata superflua. I lavoratori erano inseriti nell'azienda con uniformi della discoteca e operavano al pari dei dipendenti aziendali. Emerge dal verbale d'ispezione.

Il 5° comma dell'art. 1, L. 1369/60 prevede la trasformazione ex lege dei contratti stipulati in *locatio operarum*.

Pertanto, i rapporti delle otto persone individuate dall'ispettore avevano già natura subordinata al momento dell'entrata in vigore della legge Biagi (ottobre 2003) che aveva abrogato l'interposizione di manodopera. Il DLgs 276/2003 non ha efficacia retroattiva applicandosi, quindi ad esso l'art. 15 delle Preleggi: irretroattività delle *Novelle* legislative.

Ne deriva che la natura subordinata degli otto rapporti giuridici individuati, comporta il versamento contributivo con le relative sanzioni. E tale è l'oggetto della cartella impugnata; la quale pertanto va confermata.

Poiché ricorrono giustificati motivi, si dispone la totale compensazione delle spese processuali.

(*Omissis*)

Contributi - Domanda di dilazione - Natura di confessione stragiudiziale - Sussistenza - Riconoscimento di debito - Effetti probatori.

Tribunale di Como - 27.03/31.03.2008 n. 95 - Dott. Fagnoli - C. L. (Avv. Trioni) - INPS - SCCI (Avv. Mogavero) - Equitalia Como.

La domanda di pagamento dilazionato del debito contributivo, sottoscritta ed inoltrata all'INPS, costituisce una forma di confessione stragiudiziale, munita di efficacia probatoria ai sensi dell'art. 2735 C.C.; essa configura altresì un riconoscimento formale di debito che, ai sensi dell'art. 1988 C.C., dispensa l'Ente destinatario dall'onere di provare il rapporto fondamentale.

FATTO — Con ricorso, depositato in data 29.01.2008, C. L. si opponeva alla cartella esattoriale Equitalia Spa emessa su istanza dell'INPS e notificata il 23.12.2007. La cartella esigeva contributi previdenziali obbligatori per € 34.699,97, relativa a quattro lavoratori subordinati individuati dall'ispezione del novembre 2006. L'opponente negava l'esistenza di rapporti di lavoro subordinato; i quattro avevano stipulato, invece, contratti autonomi. Pertanto, la *locatio operarum* prospettata dall'Inps era infondata. Chiedeva l'annullamento della cartella.

Si costituiva l'INPS e, in rito, eccepiva l'inammissibilità del ricorso. Infatti, C. L. aveva confessato stragiudizialmente l'addebito, chiedendo la compensazione dei contributi accertati e proponendo istanza per un pagamento rateale.

In ogni caso, il rapporto di lavoro con i quattro giovani individuati dall'ispezione era certamente di natura subordinata, con conseguente obbligo al pagamento dei contributi A.G.O..

Chiedeva, quindi, la conferma della cartella.

All'udienza del 27.03.2008, nella contumacia di Equitalia Spa, sentite le parti, i difensori concludevano come da verbale in atti.

DIRITTO — L'ispezione INPS del 27.11.2007 aveva accertato l'esistenza di una *locatio operarum* con quattro giovani trovati al lavoro presso il laboratorio di C. L., titolare dell'impresa individuale Clob Style.

Il 29.5.2007 C. aveva preso atto del verbale d'accertamento INPS e aveva chiesto la compensazione dei contributi già versati con riferimento a quelli dovuti per le quattro persone individuate dall'ispezione (doc. 11 INPS).

Il 17.1.2008 C. proponeva istanza per il pagamento dilazionato (doc. 6 INPS) e s'impegnava a rinunciare a tutte le eccezioni relative al credito INPS.

Orbene, questi due atti costituiscono certamente una forma di confessione stragiudiziale, così come sostenuto dall'INPS. In effetti, l'art. 2730 c.c. recita: "*La confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte. La confessione è giudiziale o stragiudiziale*".

L'art. 2735 c.c. al 1° comma, precisa: "*La confessione stragiudiziale fatta*

alla parte, o a chi la rappresenta, ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale".

I due scritti provenienti da C. ammettono ampiamente la propria responsabilità aderendo alla tesi INPS della *locatio operarum*. Particolarmente rilevante è la lettera del 29.5.2005 liberamente ed autonomamente scritta da C., ove egli senza sollecitazione, chiedeva la compensazione per i contributi pretesi dall'INPS con i versamenti da lui già effettuati. Qui non v'è alcun modulo prestampato (com'è, invece, per l'istanza di pagamento dilazionato). Il 29.5.2005 C. *sua sponte* riconosce i contributi pretesi dall'INPS ammettendo, quindi, che i quattro giovani erano lavoratori subordinati. Che egli abbia scritto la lettera, poiché malconsigliato, come ha sostenuto in udienza, è questione metagiuridica. *Quisque faber est suae ipsae fortunae*. La scelta di un consigliere economico inadeguato, fa parte del rischio d'azienda. *Nemo audiatur culpam suam allegans*.

In secondo luogo, si osserva che la lettera 29.5.2005 costituisce un mero e proprio riconoscimento di debito ai sensi dell'art. 1988 c.c. La norma stabilisce: *"La promessa di pagamento o la ricognizione di debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria"*.

Come si vede, in questo caso è addirittura irrilevante il rapporto di provvista sottostante tra le parti. Basta che C. abbia riconosciuto il proprio debito chiedendone l'estinzione per compensazione.

La tesi ricorrente circa una natura contrattuale dell'istanza di pagamento dilazionario è inammissibile.

L'art. 1326 c.c. non ha cittadinanza nella fattispecie. In effetti, tra INPS e C. non v'è mai stato alcun contratto in corso, salvo quello legale tra assicurante e assicuratore nei confronti degli assicurati lavoratori. L'istanza di pagamento dilazionato costituisce un atto unilaterale ricettizio che non abbisogna di accettazione da parte dell'Inps. Con quel negozio giuridico C. ha deciso unilateralmente e definitivamente sulle seguenti circostanze.

1) l'esistenza di una *locatio operarum* per i quattro giovani indicati dall'ispezione; 2) il pagamento dei contributi relativi ai quattro; 3) la rateizzazione del debito conformato dal primo versamento.

L'INPS, anche volendo, non avrebbe potuto opporsi ad un'istanza di rateizzazione accompagnata dal versamento iniziale previsto dalla legge. Infatti, si tratta di atto unilaterale e non contrattuale. L'istanza non aveva bisogno di accettazione. Pertanto, le norme su proposta e accettazione dei contratti non si applicano alla fattispecie.

In definitiva, sotto ogni aspetto la tesi ricorrente è fallace e ai limiti della temerarietà.

Ne deriva che il soccombente deve essere condannato al pagamento delle spese processuali, sia pure parzialmente: € 800,00, più Iva, più addizionale, più spese generali.

(*Omissis*)

Pensioni - Benefici contributivi in favore dei perseguitati razziali - Ricostituzione pensione - Accessori del credito previdenziale - Rivalutazione - Non spettanza - Interessi legali - Spettanza dalla decorrenza della pensione - Infondatezza - Decorrenza dal 120° giorno dall'acquisizione della delibera della Commissione ex L. n. 96/1955 successiva alla domanda amministrativa.

Tribunale di Milano - 20.11/10.12.2008 n. 4892 - Dott. Mascarello - O. (Avv.ti Radoccia, Pendibene) - INPS (Avv. Cama).

In caso di riliquidazione della pensione di vecchiaia con i benefici in favore di perseguitati razziali di cui alle leggi 96/1955 e 932/1980, mentre gli incrementi della pensione per effetto dell'accredito della contribuzione figurativa competono dalla decorrenza originaria della stessa, il credito accessorio costituito dai soli interessi legali - non operando il cumulo con la rivalutazione monetaria ex art. 16, comma 6, L. n. 412/1991 - decorre dallo scadere del tempus deliberandi di 120 giorni dalla data di presentazione della domanda amministrativa, o dalla successiva data di acquisizione della delibera della Commissione di cui all'art. 8 L. n. 96/1955 di riconoscimento dei contributi figurativi.

FATTO e DIRITTO — In data 9/2/2004 F. O. ha presentato all'INPS domanda di riliquidazione della propria pensione di vecchiaia, decorrente dall'1/10/1989, ai sensi della legge n. 96/1955 e successive modifiche (da ultimo: legge n. 932/1980), in quanto perseguitato razziale (all.to 1, memoria).

Alla data della domanda non era stata, però, ancora emessa la delibera della Commissione cui è istituzionalmente demandato il riconoscimento dei contributi figurativi a favore dei perseguitati politici, antifascisti o razziali, che è intervenuta - a seguito di richiesta inoltrata dall'interessato il successivo 16/7/2004 - in data 15/11/2004 (all.to 1, ricorso) e notificata all'INPS dalla stessa Commissione in data 29/11/2004.

Ricevuta la delibera, l'INPS ha provveduto al ricalcolo della pensione dell'O. a partire dalla sua decorrenza, corrispondendogli le relative differenze in parte (arretrati fino 31/12/2003) in data 23/1/2006 ed in parte (arretrati dal 1/1/2004 al 28/2/2006) in data 1/3/2006, oltre ad interessi, calcolati a partire dal 120° giorno (15/3/2005) dalla data della delibera della Commissione.

Nel ricorso depositato in data 19/6/2008, l'O. contesta sia la limitazione degli accessori ai soli interessi, sia - a monte - la loro decorrenza, assumendo di avere diritto anche alla rivalutazione monetaria ed agli interessi sulle somme via via rivalutate, da computarsi "dalla data di decorrenza del credito (e cioè dal 1/10/1989)" e chiedendo, per tali ragioni, la condanna dell'INPS al versamento a suo favore, ad integrazione di quanto già corrisposto a titolo di interessi, di ulteriori € 57.940,82, di cui € 37.382,17 per interessi ed € 20.558,65 per rivalutazione monetaria, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria dal 23/1/2006 al saldo.

A sostegno della domanda riferita alla decorrenza degli accessori, premesso che il

credito previdenziale connesso ai benefici contributivi di cui alla legge n. 96/1955 è imprescrittibile e che la "consolidata giurisprudenza della Suprema Corte ha definitivamente stabilito che nei crediti previdenziali gli accessori debbano essere corrisposti dalla data di maturazione del diritto, poiché l'imprescrittibilità del credito principale si estende agli accessori", nel ricorso vengono richiamate determinazioni provenienti dallo stesso INPS ed - in particolare - le 'istruzioni di servizio' n. 9/1968, dove si stabilisce che qualora "i richiedenti l'accredito di contributi per periodi di persecuzione politica o razziale siano già, al momento della richiesta, titolari di pensione ... le Sedi debbono provvedere d'ufficio alla ricostruzione delle pensioni" nonché la circolare n. 96/1998 con cui sono state date disposizioni "alle Sedi di provvedere, nelle liquidazioni d'ufficio, al pagamento degli accessori dalla entrata in vigore della legge che istituisce il diritto al beneficio riconosciuto".

Rispetto, poi, al diritto ad ottenere la rivalutazione monetaria e gli interessi sulle somme già rivalutate anche per il periodo successivo all'entrata in vigore della legge n. 412/1991, nel ricorso si evidenzia che il credito per il quale vengono chiesti gli accessori, trovando fonte nella legge n. 96/1955, è sorto prima della entrata in vigore di detta legge, che non può - pertanto - trovare alcuna applicazione nel caso di specie.

In realtà, i criteri applicabili al calcolo degli accessori non potrebbero essere, qualora effettivamente spettanti già a partire dall'1/10/1989, quelli utilizzati dal ricorrente, ma su tale aspetto non è il caso di soffermarsi, non essendo - a monte - fondata, la domanda volta ad ottenere il riconoscimento del diritto alla loro erogazione anche per il periodo precedente alla data (15/3/2005) presa in considerazione dall'INPS ai fini della decorrenza - ex art. 16, comma 6°, della legge n. 412/1991 - dei soli interessi.

L'imprescrittibilità del credito nascente dalle previsioni della legge n. 96/1955 e successive modifiche (tra cui l'estensione ad opera dell'articolo unico della legge n. 361/1968 dell'originario ambito di applicazione della legge n. 96/1955 anche a favore dei "cittadini italiani perseguitati politici antifascisti o razziali, che abbiano subito persecuzioni in conseguenza della loro attività politica antifascista o loro condizione razziale sui territori da chiunque amministrati ...") non è in discussione. Benché - infatti - l'O., pur essendo a ciò legittimato fin dall'entrata in vigore della legge n. 361/1968, abbia proposto la domanda di ricostruzione della propria pensione a quasi 15 anni di distanza dalla sua decorrenza ed ottenuto, anzi, il necessario riconoscimento dei relativi contributi figurativi solo in data 15/11/2004, l'INPS gli ha comunque corrisposto tutte le differenze maturate, grazie all'accredito di detti contributi, a partire dal 1/10/1989.

L'imprescrittibilità del credito in esame, non comporta, tuttavia, trattandosi di credito previdenziale, l'automaticità del diritto ad ottenere anche gli accessori dalla stessa data della sua insorgenza, essendo tale effetto contraddetto dalle regole che disciplinano la maturazione degli accessori sui crediti previdenziali, subordinata - come correttamente rilevato dall'INPS nella propria memoria di costituzione con puntuali richiami alle pronunce in materia della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale - alla presentazione della domanda di prestazione ed al *tempus deliberandi* concesso all'Ente che la deve erogare per l'emissione del relativo provvedimento.

Decisivo, in tal senso, è quanto si legge nella sent. n. 156/1991 della Corte Costituzionale che, nell'escludere la fondatezza della questione proposta con riferimen-

to alle previsioni dell'art. 16, comma 6°, della legge n. 412/1991, rispetto alle disposizioni dettate dall'ultimo comma dell'art 429 c.p.c. per i crediti di lavoro, ha escluso la possibilità di estendere anche ai crediti previdenziali il medesimo criterio, in quanto *"incompatibile con le esigenze organizzative e di gestione degli enti pubblici previdenziali, nei confronti dei quali i crediti alle rispettive prestazioni non possono diventare esigibili se non in conseguenza di un provvedimento amministrativo"*, con la conseguenza che *"su questi crediti gli interessi legali e la rivalutazione delle somme dovute decorrono dalla data di reiezione della domanda oppure dopo centoventi giorni dalla presentazione della medesima senza che l'Istituto si sia pronunciato"*, essendosi solo dall'una o dall'altra data *"verificate le condizioni legali di responsabilità dell'Istituto o ente debitore per il ritardo dell'adempimento"*.

Indubbia è, pertanto, la necessità - al fine della decorrenza degli accessori riferiti a crediti previdenziali - della presentazione da parte dell'avente diritto di un'apposita domanda, dalla quale decorrono, nel caso in cui essa si riferisca, come nel caso di specie, a prestazioni non rimesse alla valutazione dell'Ente, ma spettanti per diretta previsione di legge, i 120 giorni entro i quali il provvedimento dovrebbe essere emesso.

Vero è - come si riconosce nella stessa memoria di costituzione - che tale regola generale conosce delle eccezioni, che sono tuttavia circoscritte ai soli casi in cui le prestazioni che l'ente previdenziale deve erogare siano frutto di specifiche disposizioni di legge che, per sé idonee a metterlo *"in mora ex re dalla data di maturazione del credito"*, non presuppongono la presentazione di alcuna domanda da parte del beneficiario (Cass. Sez. Lav. n. 2433/1998), ma solo se ed in quanto l'Ente tenuto alla prestazione sia già in possesso, al momento dell'entrata in vigore della legge che ne è fonte, di tutti gli estremi necessari a comprovare la sussistenza nel caso concreto del relativo diritto.

Ciò, ad evidenza, non può dirsi nel caso di specie, dal momento che condizione del diritto alla ricostruzione di una pensione già liquidata sulla base di una minore anzianità contributiva è il riconoscimento da parte dell'apposita Commissione di cui all'art. 8 della legge n. 96/1955 del diritto all'accredito di contributi figurativi per il periodo di persecuzione politica, antifascista o razziale; diritto che intanto può essere riconosciuto in quanto l'interessato proponga domanda *"per conseguire i benefici di cui alla ... legge"* e che, come si è già visto, è stato deliberato dalla Commissione solo in data 15/11/2004, peraltro su domanda proposta dall'O. solo successivamente alla stessa domanda all'INPS di ricostruzione della propria pensione, in data 16/7/2004.

Prima della comunicazione da parte della Commissione della delibera del 15/11/2004, l'INPS non era - dunque - in possesso dei dati necessari per provvedere, tanto meno *d'ufficio*, alla riliquidazione della pensione dell'O.. D'altra parte, al di là della materiale impossibilità di procedere ad una operazione che presuppone la conoscenza di dati non ancora noti, lo stesso *imput* dato alle sedi nelle *"istruzioni di servizio"* n. 9/1968 affinché esse procedano alla ricostruzione *d'ufficio* delle pensioni, per effetto della normativa in materia, non può essere separato dal contesto nel quale esso è inserito, contesto che - come risulta dalla stessa parte (primo alinea del punto 20) delle istruzioni trascritta in ricorso (*"Può verificarsi che i richiedenti l'accredito di contributi per i periodi di persecuzione politica o razziale siano già, al momento della richiesta, titolari di pensione"*) - ben evidenzia la necessità di una diretta iniziativa da parte dell'interessato, circoscrivendo il riferimento operato nel successivo alinea ad

una ricostruzione *d'ufficio* all'unico significato che, stanti le sue premesse, può ragionevolmente attribuirsi a tale indicazione, vale a dire ad una ricostruzione assolutamente sottratta a qualsiasi valutazione da parte dell'INPS.

Il significato di una ricostruzione del tutto indipendente da una iniziativa dell'interessato non potrebbe, peraltro, essere dato alla pur infelice espressione utilizzata nelle istruzioni in esame, tenuto conto delle disposizioni di legge in punto. Già nell'originario testo dell'art. 5 della legge n. 96/1955, infatti, si prevedeva il riconoscimento dei contributi figurativi (all'epoca solo a favore di una cerchia più ristretta di beneficiari) utili al conseguimento delle prestazioni di competenza dell'AGO, *"su domanda"*, e l'attuale testo dell'art. 5 (così come modificato dalla legge n. 932/1980) rinvia "per la ricostruzione delle pensioni" alle "procedure previste dalla legge 15 febbraio 1974, n. 36", che subordina (art. 8) alla presentazione di una domanda da parte dell'assicurato non solo l'accredito dei contributi figurativi (riferiti in quest'ultima legge alla diversa ipotesi, oggetto anche della circolare n. 185/2001 impropriamente richiamata in ricorso, dei "lavoratori dipendenti privati licenziati per motivi politici, religiosi o sindacali"), ma la stessa riliquidazione della pensione in godimento.

Ne discende l'assoluta irrilevanza, stanti tali premesse, di quanto disposto nella circolare INPS n. 96/1998 in tema di interessi e rivalutazione monetaria, con esclusivo riferimento alle somme corrisposte in ritardo in caso di ricostruzione *d'ufficio*.

Nulla aggiunge a quanto innanzi si è detto la risalente (ed unica, a quanto consta, emessa in materia in sede di legittimità) sent. n. 1569/1981, nella quale la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione si è esclusivamente occupata della questione relativa alla collocazione temporale dei contributi figurativi ed alla decorrenza del maggior importo di pensione spettante per effetto del loro accredito (*"il legislatore ha inteso regolare fatti verificatisi nel passato ed ha fittiziamente posto in essere rapporti giuridici, collocandoli nel tempo già decorso, trattandosi di situazioni meritevoli, per così dire, di postuma tutela, la quale, altrimenti, senza cioè una fittizia costruzione giuridica, non potrebbe essere realizzata"*), avallando la decisione già assunta dal giudice di appello ed affermando, in contrasto con quanto all'epoca sostenuto dall'INPS, il principio che *"la ricostruzione del rapporto assicurativo al fine pensionistico esige che i contributi vadano collocati nell'epoca in cui i contributi avrebbero dovuto essere versati; e poiché questa epoca precede la liquidazione della pensione, la riliquidazione deve essere coeva all'istituzione della pensione stessa"*, senza in alcun modo pronunciarsi, però, circa il diritto a percepire anche gli accessori sulle differenze spettanti in conto capitale, ma con richiamo, in ogni caso, nella parte iniziale della motivazione, della normativa in vigore e della espressa previsione di presentazione da parte dell'interessato di apposita domanda, per quanto ammessa ex art. 7 della legge n. 261/1967 *"senza limiti di tempo"*.

Ne consegue il rigetto del ricorso, con compensazione delle rispettive spese di lite giustificata, oltre che dalla natura della controversia, dalla particolare complessità delle questioni trattate.

(*Omissis*)

Pensioni - Indebita percezione per concomitante percezione di redditi da lavoro - Regime di totale cumulabilità ex art. 44 comma 2 L. 289/2002 - Sanabilità degli indebiti maturati anteriormente alla nuova normativa - Esclusione.

Pensioni - Richiesta di declaratoria di irripetibilità dell'indebito - Regime decadenziale ex artt. 47 DPR 639/70 e art 4 DL 384/92 conv. in L. 488/92 - Applicabilità.

Tribunale di Milano - 6.03/10.06.08 n. 2606 - Dott. Peregallo - C. (Avv.ti Saia, Tornambè) - INPS (Avv. Mostacchi).

La sanatoria introdotta dall'art. 44 comma 2 L. 289/2002 relativamente alle pensioni percepite in violazione del divieto totale o parziale di cumulo con redditi da lavoro non è estensibile, per il principio della non retroattività delle norme in materia di condono, ai soggetti per i quali, all'entrata in vigore della nuova disciplina, fosse già in corso il recupero di somme indebitamente percepite, non sussistendo il diritto alla restituzione di somme lecitamente incamerate dagli enti previdenziali in base alla precedente normativa.

Anche in caso di richiesta di declaratoria di irripetibilità dell'indebito trova applicazione il regime decadenziale di cui agli artt. 47 comma 3 DPR 639/70 e art. 4 DL 384/92 conv. in L. 488/92.

FATTO — Con ricorso proposto ai sensi dell'art. 414 c.p.c. e depositato il 7.6.2007 C. L. premesso di essere titolare di pensione di anzianità INPS VO n. 13453778 con decorrenza gennaio 1996, ha convenuto in giudizio l'INPS contestando il mancato accoglimento della richiesta di sanatoria dell'indebito pensionistico maturato per cumulo della pensione con i redditi da lavoro autonomo ed ha chiesto al Tribunale di Milano, previa declaratoria della applicabilità della sanatoria di cui all'articolo 44, comma 3, L. 289/2002, di dichiarare il suo diritto alla riduzione dell'indebito pensionistico residuo al 31 marzo 2003 e pertanto dichiarare tenuto l'INPS a interrompere il recupero in atto e condannare l'Ente a restituire, con interessi e rivalutazione, la somma di € 7.505,82 (calcolata a maggio 2007) da maggiorarsi con importi mensili di € 337,09 in corrispondenza delle trattenute operate sulla pensione in corso di causa fin alla data della sentenza; in subordine, previa declaratoria della responsabilità dell'Ente per mancato accesso del ricorrente alla sanatoria di cui all'articolo 44, comma 3 L. 289/2002, dichiarare tenuto e condannare l'INPS a risarcire al ricorrente il danno nella misura di € 27.536,62 maggiorata di interessi e rivalutazione nella parte corrispondente all'importo di € 7.505,82 da incrementarsi con l'ammontare delle trattenute effettuate in corso di causa nel periodo successivo al maggio 2007; in ulteriore subordine sulla base del predetto riconoscimento del diritto del ricorrente al risarcimento del danno e di un ravvisato contro credito dell'Ente per il recupero da residuo indebitato, condannare l'INPS a restituire e corrispondere al ricorrente l'importo di £ 7.505,82 da incrementarsi con l'ammontare delle trattenute effettuate in corso di

causa nel periodo successivo al maggio 2007, maggiorato di interessi e rivalutazione, disponendo nel contempo la compensazione legale del residuo risarcimento con il credito di pari importo addotto dall'Ente a titolo di residua ripetizione di indebito, spese rifuse.

Si costituiva l'INPS eccependo preliminarmente l'estinzione del diritto fatto valere dal ricorrente per intervenuta decadenza (ai sensi dell'articolo 47 comma 3 DPR 639/70 come modificato dall'art. 4 D.L. 384/92 convertito in L. 438 /92) e l'infondatezza nel merito.

All'udienza del 6 marzo 2008, esperito con esito negativo il tentativo di conciliazione, il Giudice ritenuta la causa matura per la decisione invitava i procuratori alla discussione e decideva la causa come da separato dispositivo.

DIRITTO — Il ricorso non può trovare accoglimento.

Vanno preliminarmente chiariti i fatti.

Il ricorrente è titolare di pensione VO 13453778 dal gennaio 1996 ed ha svolto attività di lavoro autonomo dal 1° agosto 97 (per sua ammissione).

Sempre per sua ammissione si ricava dal ricorso che, negli anni successivi al 97, non ha presentato all'INPS le dichiarazioni reddituali annuali previste dalle norme in vigore ai fini della trattenuta sulla pensione da parte dell'Ente. Solo nel 2001 presentava "dichiarazioni reddituali" e l'Ente verificava l'indebita percezione della pensione per la somma di € 41.941,60 relativa ai periodi 1.1.96 - 30.4.2001 disponendo il recupero per reddito incumulabile di € 503,94 mensili e con provvedimento del 21 novembre 2001 l'INPS disponeva la trattenuta ulteriore di € 337,09 mensili.

A seguito dell'emanazione della Legge 289/2002 che, all'art. 44, comma 2, ha previsto a far tempo dal 1 gennaio 2003 la possibilità di cumulare totalmente i redditi da lavoro autonomo dipendente con le pensioni di anzianità liquidate in presenza di almeno 37 anni di contribuzione a soggetti con almeno 58 anni di età, il signor C. ha potuto accedere al regime di totale cumulabilità versando una certa somma calcolata in base alle modalità descritte nel predetto articolo e pari ad € 2276,26 oltre interessi di dilazione.

Ciò ha comportato il venir meno della trattenuta mensile di € 503,95 e la restituzione delle trattenute sulla pensione effettuate a questo titolo dal gennaio 2003.

In data 20 febbraio 2003 il ricorrente L. C. chiedeva all'INPS di regolarizzare il preesistente indebito relativo agli anni dal 1996 al 2001 accedendo alla sanatoria prevista dall'art. 44 comma 3 della legge citata e a tal fine versava all'INPS in data 17 marzo 2003 la prima rata dell'importo di € 2758,81.

Il Direttore del Centro Operativo di Melegnano, agenzia territorialmente competente per la gestione della pensione del ricorrente, gli comunicava in data 20 marzo 2003 che nella fattispecie "in cui è in corso il recupero di un indebito per quote incumulabili non trova applicazione la sanatoria di cui all'art. 44, comma 3, legge 289/2002" respingendo la richiesta di accesso alla sanatoria.

A distanza di oltre tre anni il ricorrente proponeva ricorso amministrativo in data 22 settembre 2006 proponendo ricorso al Comitato Provinciale INPS chiedendo la rimessione in termini per la sanatoria e successivamente introduceva l'attuale giudizio.

Il ricorrente, in buona sostanza, eccepisce l'illegittimità del diniego dell'INPS e la sanabilità generale degli indebiti e più precisamente l'applicabilità, anche alla sua posi-

zione, della speciale sanatoria prevista dall'articolo 44, comma 3, Legge 289/2002.

In virtù delle previsioni della legge 289/2002 i lavoratori, come il ricorrente, titolare di pensione di anzianità alla data del 1 dicembre 2002, e nei cui confronti trovavano applicazione i regimi di divieto totale o parziale di cumulo, hanno potuto accedere al nuovo regime di totale cumulabilità a decorrere dal 1 gennaio 2003 versando un'importo calcolato con particolare modalità.

In forza di tale disposizione il ricorrente dal gennaio 2003 non subisce più alcuna trattenuta sulla pensione a titolo di quota incumulabile.

La legge non ha previsto che i pensionati, come il ricorrente, per i quali era già in corso alla data del 1 gennaio 2003 un recupero dell'importo indebitamente percepito dall'INPS come quote incumulabili per il periodo antecedente all'entrata in vigore della legge 289/2002, potessero accedere alla sanatoria prevista dall'articolo 44 comma 3.

Il dato testuale della norma (comma 3) conferma tale interpretazione: "per gli iscritti alle gestioni di cui al comma 1 titolari di reddito da pensione, che hanno prodotto redditi sottoposti a divieto parziale o totale di cumulo e che non hanno ottemperato agli adempimenti previsti dalla normativa di volta in volta vigente, le penalità e le trattenute previste, con i relativi interessi e sanzioni non trovano applicazione, per il periodo fino al 31 marzo 2003...".

In base al dato letterale va ritenuto che il legislatore ha inteso riservare i benefici di cui al comma 3 ai soggetti in situazione di concreta e attuale violazione delle norme sul divieto di cumulo che non siano ancora incorsi in sanzioni alla data del 31 dicembre 2002.

Non la generalità dei pensionati è pertanto destinataria dei benefici previsti dal comma 3 dell'articolo 44.

A conferma di ciò infatti depone anche la formulazione del comma 2 del medesimo articolo che individua come beneficiari del nuovo regime di cumulabilità dal 1 gennaio 2003 i soggetti: "già pensionati di anzianità alla data del 1 dicembre 2002 e nei cui confronti trovavano applicazione i regimi di divieto totale o parziale di cumulo"(come il ricorrente che aveva già in corso la trattenuta della quota cumulabile perché nei suoi confronti trovava applicazione regime di divieto parziale di cumulo).

L'Ente si è sempre attenuto a tale interpretazione della norma non ritenendo la sanatoria estensibile ai soggetti per i quali all'entrata in vigore della legge era già in corso il recupero di somme indebitamente percepite.

È evidente che l'Ente si sia attenuto al principio in base al quale la legge applicabile è quella vigente al momento in cui l'atto è stato compiuto a meno che espressamente la nuova legge intervenuta non disponga diversamente, cosa che non è avvenuta con la legge 289 del 2002.

Tale interpretazione è conforme inoltre all'indirizzo espresso dalla Corte Costituzionale in analoga materia.

La Corte infatti ha affermato: "è fisiologico che il provvedimento di condono si applichi solo a coloro che debbano ancora regolarizzare la propria posizione, mentre il giudice a quo vorrebbe che alcuni degli effetti si estendessero a soggetti che non hanno da richiedere alcuna regolarizzazione avendovi già provveduto in passato" (Corte cost. ord. N. 303 del 1997) (1).

Tale interpretazione consegue al principio, stabilmente ribadito, della non retroat-

tività delle norme in materia di condono e della insussistenza di un diritto alla restituzione di somme lecitamente incamerate dagli enti previdenziali in base alla precedente situazione normativa (Cass. 4175/99 e Cass. 3520/2001).

Pertanto l'Ente ha operato legittimamente non consentendo al ricorrente di accedere alla sanatoria di cui all'art. 44 comma 3 Legge 289/2002 per quanto riguarda il periodo anteriore all'entrata in vigore della norma.

Va comunque rilevato, anche se affrontato solo successivamente per comodità espositiva, che va accolta anche la preliminare eccezione di decadenza sollevata dall'INPS.

L'azione giudiziaria proposta dal ricorrente si configura come domanda avente ad oggetto una prestazione pensionistica. Il ricorrente in forza dell'accesso alla sanatoria invocata rivendica il diritto ad un importo superiore di pensione rispetto a quello attualmente percepito ed alla restituzione di somme trattenutegli sulla pensione medesima. Trova pertanto applicazione l'articolo 47, comma 3 del DPR 639/70, come modificato dall'art. 4 del D.L. 384/92 convertito nella legge 488/92.

La normativa sulla decadenza si applica in ogni caso quando si controverta in materia di pensioni anche in caso di domanda di liquidazione della pensione e di pagamento degli arretrati, né la Legge 438/92 esclude la fattispecie della ripetizione di indebito pensionistico dall'ambito di applicazione della normativa in materia di decadenza.

La mancata proposizione del ricorso giudiziario nei termini determina la decadenza.

In considerazione della particolarità delle questioni trattate appare equo disporre la compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1997, p. 574

Prestazioni - Assegno sociale - Straniero - Requisiti - Possesso della carta di soggiorno.

Tribunale di Milano - 15.02/26.05.08 n. 2400 - Dott. Peregallo - Z. (Avv.ti Guariso, Polizzi) - INPS (Avv. Mostacchi).

L'assegno sociale spetta, ex art. 80 comma 19 L. 388/2000, agli stranieri in possesso dei relativi requisiti, a condizione che siano titolari di carta di soggiorno; né rileva, al fine di derogare a tale condizione, la circostanza che il diritto sarebbe maturato anteriormente all'entrata in vigore della L. 388/2000 poiché è alla data della domanda amministrativa che deve essere valutato il possesso dei requisiti per la concessione dell'assegno, tra cui la carta di soggiorno.

FATTO — Con ricorso proposto ai sensi dell'art. 422 c.p.c. e depositato il 23.10.2007, H. Z. riferiva di essere cittadina albanese (nata il 31.10.1935) e di essere residente in Italia dal 5.5.1999, titolare di un permesso di soggiorno per "motivi familiari" essendo giunta in Italia nel 1999 per ricongiungimento familiare con la figlia e di avere da quel momento sempre svolto attività di casalinga senza mai percepire alcun reddito; che in data 14.2.2007 presentava all'INPS domanda di riconoscimento dell'assegno sociale; che l'Ente respingeva la sua domanda motivandola: "la S.V. non è in possesso della carta di soggiorno".

Tutto ciò premesso, chiedeva al Tribunale di Milano, in funzione di Giudice del Lavoro, di accertare e dichiarare il diritto della ricorrente a percepire l'assegno sociale di cui al combinato disposto degli artt. 3 e 6, L. 335/1996 e 41 D.lgs. 268/1998 e conseguentemente condannare l'Istituto a pagare alla ricorrente i relativi importi mensili dalla maturazione del diritto.

A sostegno della propria domanda eccepiva l'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 80, comma 19 della Legge 388/2000 (Finanziaria 2001) avendo la ricorrente già maturato il diritto alla provvidenza invocata in data 31.10.2000 (cioè prima dell'entrata in vigore della Legge), data di compimento del 65° anno di età.

In subordine chiedeva la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale per violazione degli artt. 2, 3, 10, 32 e 117 primo comma Cost., da parte dell'art. 80, comma 19, della Legge 388/2000.

Si costituiva ritualmente l'INPS chiedendo la reiezione del ricorso siccome infondato.

All'udienza del 15 febbraio 2008, il Giudice ritenuta la causa matura per la decisione invitava i procuratori delle parti alla discussione ed all'esito della stessa pronunciava sentenza dando lettura del dispositivo in aula.

DIRITTO — Il ricorso non può trovare accoglimento.

L'art. 80 comma 19 Legge 388/2000 prevede: "Ai sensi dell'art. 41 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno ...".

È pacifico che la ricorrente non sia in possesso di carta di soggiorno.

Secondo la difesa della ricorrente, la norma non troverebbe applicazione nei suoi confronti poiché la ricorrente era in possesso dei requisiti per godere dell'assegno sociale prima dell'entrata in vigore della Legge 388/2000.

La ricorrente pertanto invoca l'applicabilità nei suoi confronti della norma precedente, art. 3, comma 6, Legge 335/95 che tuttavia prevede: "Con effetto dal 1 gennaio 1996, in luogo della pensione sociale e delle relative maggiorazioni, ai cittadini italiani, residenti in Italia, che abbiano compiuto 65 anni e si trovino nelle condizioni reddituali di cui al presente comma, è corrisposto un assegno di base non reversibile fino ad un ammontare annuo netto di imposta pari, per il 1996, a Lit. 6.240.000, denominato "assegno sociale" ...".

La provvidenza era riservata ai cittadini italiani ed è pacifico che la ricorrente non era e non è cittadina italiana. La ricorrente sostiene tuttavia che il suo diritto sia

maturato in data antecedente (31 ottobre 2000), al compimento del sessantacinquesimo anno d'età.

La domanda amministrativa si pone come condizione di proponibilità della concessione del beneficio e come condizione di procedibilità per la domanda giudiziale.

Conseguentemente non ha rilievo il compimento del sessantacinquesimo anno d'età in data antecedente alla presentazione della domanda in via amministrativa, poiché è solo in tale momento che viene valutato il possesso dei requisiti per la concessione del beneficio.

Attualmente la materia risulta regolata dal D.lgs. n. 3/2007 che ha dato attuazione alla direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo.

Il D.lgs. 3/2007 ha modificato l'art. 9 del D.lgs. 286/98 prevedendo, in materia di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, "Lo straniero in possesso, da almeno 5 anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità, che dimostra la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente secondo i parametri indicati nell'art. 29, comma 3, lettera b) e di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito di requisiti di idoneità igienico - sanitaria accertati dall'Azienda Unità Sanitaria locale competente per territorio, può chiedere al Questore il rilascio del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, per sé e per i familiari di cui all'art. 29, comma 1".

Il titolare del permesso di lungo periodo può usufruire delle prestazioni di assistenza sociale ai sensi dell'art. 12, lett. C) del D.lgs. 3/2007.

Infine l'art. 2 del citato D.lgs. n. 3/2007 precisa che là dove il precedente D.lgs. 286/1998 parla di straniero titolare di carta di soggiorno si deve intendere come straniero munito di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

Conseguentemente anche l'art. 41 del D.lgs. 286/1998 recitava: "Gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti".

Tale articolo deve essere interpretato nel senso di consentire l'accesso alle provvidenze assistenziali anche economiche ai soli titolari di carta di permesso CE di lungo periodo.

La nuova disciplina normativa è aderente alla direttiva 2003/109/CE che espressamente prevede che lo status di soggiornante di lungo periodo debba dimostrare il possesso di un reddito sufficiente e di un'assicurazione contro le malattie in modo da non diventare un onere per lo Stato membro che lo ospita.

Quanto all'assistenza sociale, la direttiva la limita a tali soggetti (soggiornanti di lungo periodo) e prevede che le modalità di concessione siano determinate dalla legislazione nazionale.

Nessun contrasto sussiste pertanto fra la normativa nazionale e quella comunitaria.

La norma non risulta nemmeno contrastare con i principi della Costituzione italiana.

La ratio di limitare le provvidenze "economico" assistenziali ai soli titolari di carta di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, è ispirata a ragioni di sicurezza sociale, che impongono per coloro che entrano e/o devono permanere in Italia la verifica di condizioni minime di autonomia ed autosufficienza tali da non renderli automaticamente assoggettabili all'assistenza sociale (economica) da parte dello Stato ospitante.

La normativa D.lgs. 286/1998 e D.lgs. n. 3/2007 tendono ad una generale equiparazione fra cittadino e straniero purché la permanenza sul territorio nazionale sia legale, ma non si ha ragione di estendere a tutti gli stranieri legalmente presenti tutti i servizi sociali essendo del tutto legittimo limitare l'erogazione dei servizi di assistenza economica ai titolari di permesso di soggiorno prolungato, concedendo solo a loro quei servizi che esulano dalle prestazioni essenziali riconosciute dallo Stato e che si traducono in ulteriori vantaggi economici aggiuntivi rispetto a quelli garantiti dalle leggi statali in materia di assistenza. Non rileva in questa sede l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 324/2006.

In quei casi infatti si trattava di assegni e pensioni già in godimento a cittadini stranieri con permesso di soggiorno e che erano stati sospesi perché i titolari non erano in possesso di carta di soggiorno.

La Corte ha infatti dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in quanto i giudici remittenti avevano trascurato di valutare che la norma veniva ad applicarsi a "rapporti di durata già venuti in essere", e nei confronti di soggetti che, *ratione temporis*, non potevano ancora essere titolari di permesso prolungato di soggiorno (permesso prima non richiesto e che non avevano ancora potuto chiederlo pur avendone i requisiti).

Il caso in esame è del tutto diverso poiché la norma di cui si invoca l'incostituzionalità e la non applicabilità è intervenuta prima del costituirsi di qualsiasi "rapporto di durata".

Non si può inoltre parlare di diritto di "lavoratori" extracomunitari garantito dalla Convenzione OIL 97/49 e 143/75 poiché la ricorrente non appartiene a questa categoria, né è un minore per cui può essere invocata la Convenzione di New York.

Da ultimo va rilevato che la ricorrente è titolare di permesso, di soggiorno per ricongiungimento con la figlia e questa potrebbe chiedere (in presenza dei requisiti economici e di reddito propri - ma non della madre), l'ottenimento del permesso CE per sé e per i familiari. Successivamente nulla osterebbe alla ricorrente per la proposizione di una nuova domanda per l'ottenimento di assegno sociale.

In considerazione della peculiarità della materia trattata appare equo disporre la compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

Contributi - Somministrazione irregolare - Intermediazione di manodopera - Permanente anti giuridicità.

Tribunale di Monza - 18.07/23.08.08 n. 579 - Dott. Cella - M. (Avv. De Stefano) - INPS - SCCI (Avv.ti Vivian, Tommaselli) - ESATRI spa.

In tema di somministrazione disciplinata dagli artt. 20 e segg. del D.lg.vo n. 276/2003, l'INPS è legittimato ad accertare se sia stato costituito un rapporto diretto fra lavoratore e utilizzatore non solo nel caso di carenza del requisito formale della forma scritta per cui è comminata la nullità del contratto, ma anche nelle ipotesi di carenza dei requisiti sostanziali qualificanti la somministrazione regolare, stanti la permanenza del divieto di intermediazione di manodopera fuori dagli schemi rigidi voluti dal legislatore, sanzionata penalmente e l'autonomia del rapporto previdenziale rispetto a quello di lavoro; in ragione di tale autonomia l'Ente previdenziale può pretendere i contributi relativi al periodo temporale in cui si è accertata la subordinazione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro effettivo, mentre è rimessa al solo lavoratore la domanda di costituzione del rapporto di lavoro nei confronti di quest'ultimo, con ogni conseguente effetto.

FATTO — Con ricorso in data 27.3.07 M. C. & C. sas conveniva avanti il Giudice del lavoro del Tribunale di Monza INPS, SCCI spa e Esatri spa proponendo opposizione alla cartella di pagamento n. 068 2007 00013934 82 000 con la quale le era stato ingiunto il pagamento di euro 22.574,62 a titolo di contributi e accessori dovuti in relazione al rapporto con soci lavoratori della cooperativa I. che, inviati da un consorzio di cooperative (Gruppo consortile di imprese associate con sede in Lecco) con il quale essa ricorrente aveva stipulato un contratto d'appalto, avevano lavorato presso di lei, in quanto considerati suoi dipendenti.

Eccepiva un primo luogo che in base al D.lgs. 276/03 la legittimazione a far valere la nullità dello pseudoappalto e a richiedere la costituzione del rapporto di lavoro con la pseudo-committente era riservata al lavoratore interessato, cosicché l'ente previdenziale doveva ritenersene privo; nel merito sosteneva comunque che l'attività svolta dai soci lavoratori della cooperativa era stata oggetto di un legittimo processo di esternalizzazione che nell'ambito della stessa l'organizzazione di mezzi che competeva all'appaltatore poteva essere desunta anche dal potere organizzativo e direttivo esercitato nei confronti dei lavoratori, che gli stessi non avevano del resto utilizzato strumenti di lavoro di essa ricorrente e che avevano comunque fornito servizi accessori rispetto al nucleo centrale dell'attività aziendale, da sempre affidata ai dipendenti; contestava inoltre il calcolo dei contributi operato dagli enti e chiedeva comunque che dall'importo dovuto fosse detratto quanto eventualmente già versato dalla cooperativa/consorzio. Concludeva quindi per la revoca della cartella.

Si costituivano INPS e SCCI spa, richiamando i principi sottesi alla vecchia disciplina dell'intermediazione, in parte rimasti validi, anche nell'ambito del D.lgs 276/03; in particolare ribadivano che indice sicuro di pseudoappalto era costituito dal-

l'esercizio del potere direttivo dei lavoratori in capo all'appaltante; che sotto il diverso profilo della intermediazione, la stessa era consentita solo nelle forme della somministrazione e concludeva che nel caso di specie, in cui i lavoratori erano stati diretti dall'opponente, la stessa, per garantirsi tale opportunità, avrebbe dovuto acquisirli alla sua organizzazione mediante un contratto di somministrazione, di cui, peraltro, nella specie, mancavano i requisiti principali e cioè l'autorizzazione in capo al Gruppo Consortile e la forma scritta del relativo contratto. Negavano poi che la norma che attribuiva esclusivamente al lavoratore l'iniziativa volta alla costituzione del rapporto di lavoro potesse impedire all'ente previdenziale l'accertamento delle situazioni illegittime pregresse e concludeva quindi per il rigetto dell'opposizione.

Acquisiti agli atti i documenti prodotti dalle parti, espletati prova testimoniale e interrogatorio formale dell'opponente, la causa era discussa all'udienza del 18.7.08 all'esito della quale il giudice pronunciava sentenza come da separato dispositivo di cui era data pubblica lettura.

DIRITTO — La controversia ha ad oggetto l'impugnazione di una cartella di pagamento notificata da Esatri spa a M. C. & C. sas per contributi e accessori dovuti dalla stessa all'INPS in relazione al rapporto intercorso con alcuni lavoratori soci della cooperativa I. (inviati al lavoro presso la ricorrente dal Gruppo consortile di imprese associate con sede in Lecco, in forza di contratto d'appalto intercorso con la stessa) ritenuto di lavoro subordinato.

In sintesi gli istituti resistenti ritengono che l'appalto col gruppo consortile sia uno pseudoappalto, in quanto la direzione dei lavoratori è in realtà rimasta in capo alla committente odierna opponente, non essendo mai stata esercitata né dalla cooperativa né dal gruppo consortile e che quest'ultimo abbia in realtà fornito un servizio di somministrazione di manodopera, in assenza dei relativi requisiti, con la conseguenza che si sarebbe instaurato un rapporto di lavoro subordinato tra i lavoratori e M. C. & C. sas, effettiva utilizzatrice delle sue prestazioni.

L'opponente eccepisce invece in primo luogo che l'Istituto non sarebbe legittimato a far valere la subordinazione, tale potere essendo dalla legge riconosciuto solo al lavoratore; in subordine sostiene di avere legittimamente esternalizzato un servizio, che, oltre tutto, è marginale rispetto al nucleo centrale della sua attività.

Deve in primo luogo rigettarsi l'eccezione di carenza di legittimazione attiva dell'INPS sollevata dall'opponente, il quale invoca gli artt. 27 e 29 del D.lgs. 276/03 che attribuirebbero tale potere in esclusiva al lavoratore, nella specie non essendosi verificata alcuna ipotesi di nullità del contratto, di generale rilevabilità. Mentre infatti in caso di difetto di forma scritta del contratto di somministrazione, la legge prevede espressamente che lo stesso è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 21, IV comma), nei diversi casi di somministrazione irregolare, è riconosciuta al lavoratore una azione diretta nei cfr. dell'utilizzatore (la legge precisa: *"anche solo dell'utilizzatore"*, quindi senza necessità di litisconsorzio col somministratore - formale datore di lavoro) per richiedere la costituzione di un rapporto di lavoro con lui ex tunc. Il risultato è dunque lo stesso, ma nel secondo caso l'iniziativa sembra rimessa al solo lavoratore, il che ha indotto alcuni commentatori a escludere la possibilità di una iniziativa autonoma dell'ente previdenziale.

Come sottolineato dalla difesa dell'INPS, l'opponente trascura peraltro la piena autonomia del rapporto previdenziale da quello di lavoro, recentemente ribadita dalla suprema Corte (in una ipotesi simile ma regolata dalla disciplina previgente di cui alla L. 1369/1960 e sia pure ad altri fini e cioè a proposito del termine di decadenza di cui all'art. 3 L. 1369/1960) con la sentenza n. 996/07 (1), nella quale la Corte sottolinea che *"quando l'istituto assicurativo faccia valere la sua qualità di soggetto autonomo del correlativo rapporto - per fonte, causa, soggetti e contenuto differente da quello pur connesso di lavoro - non soggiace al giudicato (di inesistenza del rapporto di lavoro subordinato intervenuto tra il lavoratore e il suo datore di lavoro) e rimane pertanto autonomamente legittimato a chiedere l'accertamento del proprio diritto (cfr in tali sensi Cass. 6029/1984 (2) cui adde tra le innumerevoli decisioni applicative dell'autonomia del suddetto rapporto previdenziale: Cass. 9774/02, 4141/01, 970/86)"*.

La pronuncia rileva poi come proprio l'autonomia di tali rapporti (previdenziale/di lavoro) abbia soprattutto in questa materia indotto il legislatore ad utilizzare come abituale tecnica legislativa quella della regolazione autonoma e specifica degli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro, lasciando impregiudicata la posizione dell'ente previdenziale e la generale disciplina sull'esercizio dei suoi diritti nascenti dal rapporto previdenziale; tra gli esempi di questa tecnica, la sentenza ha citato proprio gli artt. 25 e 27 in materia di somministrazione di lavoro.

Il D.lgs 276/03, regolando specificamente il rapporto di lavoro, nulla ha innovato circa la generale disciplina del rapporto previdenziale e circa l'autonomo potere dell'INPS di farne accertare i presupposti e dunque l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Già queste osservazioni indurrebbero a ritenere, quindi, la permanenza della legittimazione dell'INPS.

Per fondare la contraria tesi dell'esclusività della legittimazione del lavoratore, l'opponente ha introdotto un ulteriore argomento, richiamando in proposito alcune tesi della dottrina (citata a pag.3 del ricorso) secondo cui dalla legittimazione attiva in capo al lavoratore si ricaverebbe la qualificazione in termini di "annullabilità" anziché di "nullità" della violazione, la più grave sanzione essendo del resto espressamente limitata alla mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione; ne conseguirebbe per questa via l'esclusività del potere di richiedere l'annullamento in capo al solo lavoratore.

Sotto il primo profilo, la tesi non ha alcuna forza dimostrativa, dando già per scontato il risultato che dovrebbe dimostrare; l'esclusività della legittimazione del lavoratore è infatti già posta come presupposto della pretesa "annullabilità", dai cui si pretenderebbe poi di farla discendere.

Quanto poi al fatto che l'unica ipotesi di nullità prevista dal D.Lgs 276/03 per la somministrazione sia quella della mancanza di forma scritta, si tratta di conclusione non condivisibile in questi termini assoluti. È vero che per il contratto di somministrazione è prevista ad substantiam la forma scritta, che in mancanza la legge prevede espressamente che lo stesso è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 21, IV comma); è anche vero che nel testo originario era prevista la nullità anche per la mancata indicazione di una serie di elementi (quelli da a) ad e) del I comma) e che il D.lgs 251/04 ha abolito questa previsione.

Quindi è vero che sotto il profilo formale, l'unico caso relativo al contratto di somministrazione che determina la costituzione del rapporto diretto lavoratore-utilizzatore ex tunc è la assoluta mancanza del contratto scritto; ma gli elementi da a) ad e) dell'art. 21 I comma restano pur sempre rilevanti, come motivi di sostanza, la loro mancanza comportando l'irregolarità della somministrazione ex art. 27. Se dunque, ad esempio, non si può ritenere nullo il contratto di somministrazione, per il solo fatto che non indica gli estremi dell'autorizzazione dell'agenzia, la somministrazione sarà comunque irregolare ove realizzata - come somministratore- da soggetto non abilitato come avvenuto in questo caso.

Lo schermo della somministrazione può dunque essere eliminato e accertata la realtà del rapporto diretto tra lavoratore e utilizzatore non solo per ragioni formali, ma anche e soprattutto per ragioni sostanziali, che sono quelle che qualificano la somministrazione come irregolare, tra cui in primis l'inesistenza di autorizzazione in capo al somministrante.

Autorevoli autori hanno sostenuto che, in questi casi, nonostante la mancanza di una espressa sanzione in tal senso, si verifichi comunque la nullità della somministrazione irregolare e ciò perché il D.lgs 278/2003 ha lasciato in sostanza intatto il divieto di rapporti interpositori proprio della disciplina previgente, consentendo la dissociazione tra la figura dell'utilizzatore della prestazione e quella di datore di lavoro (la cui normale coincidenza rappresenta il contenuto della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c.) solo nei casi tassativi previsti dalla legge, al di fuori dei quali quella dissociazione contrasterebbe con norma imperativa e dovrebbe essere considerata nulla.

La continuità tra la vecchia e la nuova disciplina (da cui può dunque ritenersi consegua la conferma della sanzione della nullità) è stata del resto affermata da alcune pronunce della Suprema corte, se pure ancora riguardanti la L. 1369/1960; ci si riferisce in particolare a passaggi della già citata sentenza 996/2007 laddove la Corte rileva, a proposito della somministrazione che dalla sua *"irregolare utilizzazione possono scaturire gli illegittimi effetti della interposizione della manodopera regolati dalla disciplina della legge n 1369 ora abrogata"* e ad altri della sentenza delle SSUU n. 22910/06, laddove, a proposito della nuova disciplina di cui al D.lgs 276/03, si precisa che *"la indicata disciplina, pur presentandosi come una innovazione, seppure rilevante...si configura anche nell'attuale assetto normativo come una eccezione non suscettibile né di applicazione analogica, né di interpretazione estensiva, cosicché allorquando si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore per la suddetta disarticolazione (cioè dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore) si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro come avviene in ipotesi di somministrazione irregolare ex art. 27 o di comando in violazione di tutto quanto prescritto dall'art. 30; fattispecie che giusto quanto sostenuto in dottrina, continuano ad essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera"*.

Nel caso in esame oltre tutto, proprio perché non è un'agenzia autorizzata alla somministrazione, il gruppo consortile non ha stipulato un contratto scritto di somministrazione, ma un contratto diverso (d'appalto) e quindi manca addirittura il contratto scritto di somministrazione; questo argomento è valido in tutti i casi in cui la somministrazione irregolare si sia realizzata mediante un apparente contratto d'appalto tra il

committente utilizzatore delle prestazioni dei lavoratori e l'appaltatore che si è in realtà limitato a somministrare manodopera.

In alternativa, considerando la fattispecie sotto il profilo della problematica appalto/pseudoappalto, si rileva che non vi è in questo caso alcuna norma che sancisca espressamente nullità, tanto meno di natura formale.

Anche in questo caso, è peraltro possibile per il lavoratore dimostrare la inesistenza dell'appalto e la sussistenza di un diretto rapporto di lavoro col committente, sulla base dei criteri di cui agli artt. 29 e 84 D.lgs. 276/03.

In tutti i casi, dunque, (nullità espressamente prevista; irregolarità della somministrazione, inesistenza di un appalto genuino) il risultato finale è identico: l'accertamento della realtà del rapporto diretto tra utilizzatore e lavoratore, in assenza di una effettiva interposizione (quando manca addirittura il relativo contratto scritto) o al di là dello schema interpositorio - utilizzato al di fuori dei casi previsti dalla legge - o della apparenza di diverso contratto, simulato.

Le cautele di cui la legge ha circondato la stipula di questi contratti, disciplinando attentamente la somministrazione e l'appalto genuino, la persistenza del divieto di rapporti interpositori che se ne può dedurre e dunque la continuità con la disciplina previgente inducono a ritenere che in tutti i casi predetti, la sanzione sia quella della nullità, rilevabile quindi anche dall'ente previdenziale.

Contro questa conclusione, non sembra possibile enfatizzare la differenza tra la disposizione che prevede, in caso di nullità per ragioni formali del contratto di somministrazione, la costituzione automatica del rapporto di lavoro ex tunc con l'effettivo datore e quella che, in caso di somministrazione irregolare (art 27) o pseudoappalto (art.29), prevede lo stesso risultato, ma come effetto dell'azione giudiziaria del lavoratore.

Aldilà del fatto che non sembra prudente, a fronte di testi legislativi che presentano imprecisioni terminologiche, sopravvalutare questioni classificatorie (nullità/ annullabilità; nullità assoluta/relativa; somministrazione irregolare/fraudolenta; sentenza dichiarativa/constitutiva), resta il fatto che anche l'ipotesi di somministrazione irregolare come pure di pseudoappalto sono sanzionate penalmente (artt. 18, commi 1, 2 e 5 bis), il che già induce a propendere per la loro nullità.

Qualora poi si volesse ritenere, nonostante tutto quanto osservato, la prevalenza dell'interpretazione letterale della norma e quindi nel caso di somministrazione irregolare, l'annullabilità ad istanza del solo lavoratore e pertanto l'impossibilità per l'ente previdenziale, in assenza della sua iniziativa, di chiedere l'accertamento della sussistenza dei presupposti del rapporto previdenziale, si porrebbero problemi di costituzionalità della norma, se non altro per contrasto con l'art. 24 della Costituzione. È peraltro possibile e doverosa una interpretazione costituzionalmente orientata della stessa, che può essere interpretata nel senso di rimettere al solo lavoratore (e non all'ente previdenziale) la domanda di "costituzione" del rapporto di lavoro, ovvero il riconoscimento anche per il futuro degli effetti del costituito rapporto di lavoro: solo il lavoratore potrà quindi pretendere, ad esempio, di continuare a prestare la sua attività con tutti i diritti conseguenti. L'ente previdenziale, in forza della sua autonoma legittimazione, potrà peraltro pretendere i contributi per quel segmento temporale del rapporto che di fatto si è svolto come subordinato ed agire a tutela di questo suo diritto: la nullità della

somministrazione o dello pseudoappalto (e la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato con l'utilizzatore/committente) saranno fatti quindi valere dall'ente previdenziale non a tutti i possibili effetti, ma ai limitati fini necessari a fondare la sua pretesa contributiva (si è parlato in questo caso di nullità virtuale).

Fatta questa lunga premessa occorre verificare in concreto se l'appalto tra M. C. & C. sas e Gruppo Consortile sia stato genuino o se invece sia intercorso un diretto rapporto di subordinazione tra M. C. & C. sas e i lavoratori formalmente dipendenti della cooperativa I. e se dunque il Gruppo Consortile abbia in realtà svolto una attività di somministrazione alla quale non era autorizzato.

Deve premettersi, per dare una cornice di carattere generale ai problemi affrontati in questa controversia, che, il D.lgs 276/03, nel venire incontro alle esigenze di maggior flessibilità delle imprese, prevedendo figure contrattuali mediante le quali l'imprenditore acquisisce prestazioni lavorative al di fuori dello schema tipico del lavoro subordinato, ha distinto il caso in cui lo stesso voglia comunque mantenere il potere di direzione e controllo sui lavoratori - nel qual caso dovrà fare ricorso alla somministrazione che, come già il lavoro interinale, glielo consente - da quello in cui, invece, gli è sufficiente un controllo finale sull'opera e il servizio fornitigli, nel qual caso farà ricorso all'appalto.

I primi commentatori hanno peraltro previsto il rischio di pseudoappalti; l'imprenditore potrebbe fare infatti ricorso solo in apparenza ad un appalto (scaricando entro certi limiti sull'appaltatore la responsabilità dei rapporti di lavoro), ma in realtà mantenerne il controllo e la direzione; potrebbe cioè ottenere gli stessi vantaggi della somministrazione senza i relativi costi e senza le relative garanzie per il lavoratore.

La distinzione tra le due figure ex art 29 è segnata *"dalla organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore che può anche risultare in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto*

- dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto;

- nonché per la assunzione da parte del medesimo appaltatore del rischio d'impresa".

L'art. 84 che si intitola "Interposizione illecita e appalto genuino" prevede poi che con decreto del Ministero del lavoro siano adottati *"codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino che tengano conto della rigorosa verifica della*

- reale organizzazione dei mezzi;

- e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore".

In entrambe le norme si sottolinea quindi il requisito del rischio d'impresa; a questo nella prima si aggiunge il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori, mentre nella seconda si aggiunge - in modo più completo e che sembra alludere anche alla necessaria proprietà di strumenti di lavoro - all'organizzazione dei mezzi.

Sono dunque chiari a questo punto i criteri alla luce dei quali occorre valutare le risultanze istruttorie.

In proposito sono stati acquisiti i contratti d'appalto stipulati da M. C. & C. sas con Gruppo Consortile (doc.3 e 4 ric) in data 25.2.03 e quindi 14.6.04; con gli stessi l'azienda aveva affidato al Gruppo Consortile l'esecuzione di un servizio che l'appalta-

tore si impegnava ad eseguire per il tramite di una società consorziata: il servizio consisteva nell'esecuzione di lavori di pulizia, facchinaggio, movimentazione merci, manutenzione ordinaria, soluzione delle problematiche di imballaggio, confezionamento e assemblaggio di merci "(I contratto) ed è descritto in termini grosso modo analoghi anche nel II; lo stesso doveva essere svolto dalla società consorziata con organizzazione e gestione proprie: in particolare la stessa doveva retribuire direttamente i propri collaboratori che avrebbero operato senza alcun vincolo di subordinazione nei cfr. del committente; quanto al corrispettivo, il I contratto rimandava a quello risultante dalla lettera d'offerta che l'appaltatore aveva fatto pervenire alla committente, nel II contratto si prevedeva uno specifico accordo semestrale tra le parti.

È poi pacifico che, nonostante tali previsioni, né il consorzio né la società consorziata hanno esercitato alcun potere di controllo e direzione dei lavoratori impiegati, il legale rappresentante dell'opponente e il figlio che collabora con lui hanno onestamente ammesso che nessuno del consorzio né della cooperativa si sono mai recati presso la loro sede.

È pertanto pacifico che i lavoratori (e in particolare M. che ha lavorato per 2 anni presso la ricorrente), ha svolto il lavoro che la stessa gli ha assegnato (pulizia di tavole di legno asiatiche e lavori accessori di magazzino), secondo orari, modalità e direttive tutte indicate dall'azienda che era la sua unica interlocutrice sul lavoro.

Confermano tale conclusione le modalità di pagamento previste nel contratto d'appalto che erano su base oraria, in sostanza l'opponente non pagava al consorzio un servizio, ma le ore lavorate dal dipendente inviato; il compenso era infatti commisurato ad ora.

La circostanza risulta dalla deposizione di M. M. (che accenna al prezzo orario) e dalla deposizione dei testi Z. e C., la prima ispettrice DPL e il secondo ispettore INPS.

È stato infatti rinvenuto presso il consorzio un tariffario che prevedeva il prezzo orario a seconda del tipo di manodopera fornita: è anzi su questa base che poi gli enti hanno ricostruito le ore lavorate (dividendo l'importo globale pagato per la tariffa oraria) e quindi i contributi dovuti.

È quindi dimostrato che nel caso di specie non sussistevano i requisiti dell'appalto genuino di cui all'art. 29 D.Igs. 276/03; in particolare né il consorzio né la cooperativa hanno diretto né controllato i lavoratori inviati; gli stessi non hanno neppure assunto alcun rischio d'impresa, ricevendo un compenso orario per ogni ora di lavoro prestata dal lavoratore inviato.

È dunque anche provato che, anziché la funzione tipica dell'appaltatore, il Gruppo Consortile ha assunto quella del somministratore, senza avere la relativa autorizzazione.

È venuta meno così la garanzia prevista dall'ordinamento per i lavoratori somministrati; gli stessi cui una agenzia di somministrazione autorizzata avrebbe garantito tutela retributiva e previdenziale, ne sono rimasti sostanzialmente privi.

La teste Z. ha infatti riferito che i lavoratori avviati dal consorzio presso le varie imprese erano inquadrati dalle cooperative come collaboratori, che il loro compenso era qualificato in gran parte come trasferta cosicché solo sul residuo era versata, quando lo era, la contribuzione alla gestione separata.

In causa è stato quindi accertato a quanto ammontano i versamenti effettuati sulla

posizione di M. alla gestione separata; l'INPS ha quindi depositato un conteggio in cui, considerati questi versamenti e la loro incidenza sugli accessori, è quantificata la somma ancora effettivamente dovuta.

La giurisprudenza è infatti ormai costante nel ritenere che, benchè l'obbligo contributivo faccia esclusivo carico all'effettivo datore di lavoro, tuttavia le somme pagate dal datore di lavoro apparente hanno effetto satisfattivo ex art. 1180 c.c. l comma, nei limiti, ovviamente, degli importi versati (Cass. 657/08 che richiama, tra le altre, Cass. 5915/04 e 12735/06), tale conclusione è poi obbligata a seguito dell'introduzione dell'art. 27 II comma D.lgs 276/03).

L'importo complessivamente da decurtare dalla cartella è stato quantificato dall'INPS, senza opposizione dell'opponente in euro 1117,09; per il residuo, la cartella deve essere confermata.

L'esito della lite, in considerazione della buona fede dell'opponente che non avendo mai avuto dipendenti (dep M. M.) non era supportata da consulenti e si è quindi comportata in modo sprovveduto, venendo sostanzialmente raggirata del Gruppo Consortile, giustifica una parziale compensazione delle spese di lite (per metà); il residuo quantificato in euro 1200 specificati al dispositivo deve essere rimborsato all'INPS.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2007, p. 169

(1) *Idem*, 1985, p. 603

Lavoro (Rapporto di) - Contratti d'opera - Continuità, coordinazione e personalità dell'apporto di lavoro - Mancata previsione del progetto - Conversione sanzionatoria in lavoro subordinato.

Tribunale di Monza - 28.05/12.7.2008 n. 404 - Dott. Dani - M. spa (Avv. Pirovano) - INPS (Avv. Vivian) - Esatri spa - INAIL.

Il giudice ha il potere di procedere autonomamente alla qualificazione giuridica del rapporto sottostante l'obbligo di versamento dei contributi; i rapporti di lavoro che, pur caratterizzati da continuità, coordinazione con l'organizzazione predisposta dal committente e personalità dell'apporto lavorativo, siano formalizzati come meri contratti d'opera senza individuazione di uno specifico progetto o programma di lavoro ricadono sotto la previsione dell'art. 69 comma 1 del D.lgs.vo n. 276/2003 che, stante la sua natura di norma sanzionatoria ed antifraudolenta, pone una presunzione iuris et de iure di subordinazione, con esclusione di ogni prova contraria.

FATTO — Con ricorso depositato il 16 febbraio 2007, la società M. S.p.A. proponeva opposizione avverso il ruolo di cui alla cartella (n. 0682006279793855000) con la quale, a seguito di un verbale di accertamento del maggio 2006, le era stato ingiunto il pagamento della somma di Euro 48.529,04, a titolo di contributi previdenziali asseritamente evasi (e connesse somme aggiuntive) nel periodo maggio 2005 / marzo 2006 in relazione alle posizioni dei collaboratori (ritenuti dall'INPS dipendenti) C. G., B. M. e O. A.. A fondamento dell'opposizione la società M. - dopo aver censurato l'operato dell'ispettore dell'INPS, che aveva fondato il proprio convincimento sulla sola base delle dichiarazioni dei tre collaboratori, ed aver evidenziato profili di illegittimità dell'accertamento per violazione di legge ed eccesso di potere (individuato nel travisamento dei presupposti di fatto e di diritto e nella carenza di motivazione) - deduceva che C. G., B. M. e O. A. avevano prestato la loro attività, con libera determinazione dei tempi e dei modi della prestazione, in forza di contratti d'opera nei quali era stata chiaramente e volontariamente esclusa la presenza (peraltro non accertata in sede ispettiva) di vincoli di subordinazione. Inoltre contestava la somma richiesta nel *quantum*, in particolare evidenziando che l'INPS aveva calcolato le sanzioni in relazione ad una ipotesi di evasione (e non già di omissione) contributiva.

Chiedeva quindi che il Giudice - nel contraddittorio con l'INPS, la SCCI spa., la Esatri spa, l'INAL e la DPL di Milano - dichiarasse l'illegittimità dell'iscrizione a ruolo, annullasse o revocasse o dichiarasse nulla o inefficace la cartella opposta e comunque dichiarasse insussistente il credito contributivo vantato dall'INPS; in subordine chiedeva la riduzione delle somme dovute a titolo di sanzioni ed oneri accessori.

Sospesa - ad istanza dell'opponente - l'esecuzione del ruolo e radicatosi il contraddittorio, l'INPS si costituiva in giudizio (anche quale procuratore speciale della S.C.C.I. S.p.A. Società di cartolarizzazione dei crediti INPS) e contestava la fondatezza dell'opposizione. In particolare confermava la sussistenza, in relazione alle posizioni di C. G., B. M. e O. A., di rapporti di natura subordinata e contestava la configurabilità di contratti d'opera. Ribadiva altresì la correttezza della individuazione di una ipotesi di evasione e non di omissione.

Chiedeva quindi che il Giudice rigettasse il ricorso e condannasse la ricorrente a pagare quanto portato dalla cartella opposta, (o altra somma accertata in corso di causa) oltre accessori.

L'INAIL e la Esatri spa restavano contumaci.

Si costituiva invece in giudizio la DPL di Milano, eccependo - trattandosi di ricorso proposto avverso una cartella esattoriale emessa per crediti dell'INPS sulla base di un accertamento effettuato da quest'ultimo - la propria carenza di legittimazione passiva, stante anche l'assenza di provvedimenti sanzionatori della DPL. Chiedeva quindi che il giudice la estromettesse dal giudizio e dichiarasse il difetto di legittimazione.

All'udienza del 18 settembre 2007 parte ricorrente aderiva alla richiesta di estromissione della DPL e rinunciava all'estensione del contraddittorio nei confronti di questa. La DPL accettava tale rinuncia ed il giudizio, in relazione ai rapporti fra DPL e M. S.p.A, veniva dichiarato estinto.

Escussi due testi e sentiti liberamente C. G., B. M. e O. A., all'udienza del 28 maggio 2008, previo deposito di note autorizzate, la causa veniva discussa e decisa, come da dispositivo di cui era data lettura.

DIRITTO — 1) Occorre innanzitutto chiarire che il presente giudizio ha ad oggetto l'accertamento dell'esistenza o meno del credito (per contributi ed accessori) vantato dall'INPS e non già la valutazione della legittimità o meno del verbale di accertamento redatto dai servizi ispettivi dell'INPS.

Eventuali profili di eccesso di potere e di difetto di motivazione non possono quindi essere esaminati in questa sede.

2) Si evidenzia poi che - benché l'iscrizione a ruolo del credito oggetto di opposizione sia stata determinata dal verbale ispettivo del maggio 2006 - il giudice dell'opposizione alla cartella (proprio perché giudice di "diritti" e non già di "atti amministrativi") non può limitarsi a verificare l'esattezza e la autosufficienza delle argomentazioni svolte dagli ispettori, bensì deve valutare, sulla base delle risultanze istruttorie e di quanto dedotto dalle parti, la sussistenza o meno dei crediti iscritti a ruolo.

Nell'ambito di tale operazione il giudice - fermo restando il limite rappresentato dalle allegazioni delle parti - può peraltro valutare i fatti procedendo autonomamente alla loro qualificazione giuridica secondo le norme di diritto applicabili.

Conseguentemente - posto (a) che l'esistenza o meno del credito vantato dall'INPS consegue direttamente all'accertamento della sussistenza o meno di rapporti di lavoro subordinato e (b) che il giudice può effettuare tale accertamento, sulla base degli elementi di fatto dedotti dalle parti, procedendo ad una autonoma qualificazione giuridica dei predetti elementi in forza del noto principio *iura novit curia* - nel caso di specie è privo di rilievo il fatto che solo nelle note autorizzate l'INPS, per supportare la tesi della configurabilità di rapporti di lavoro subordinato, abbia richiamato le previsioni dell'art. 69 del D.lgs. 276/2003.

3) Svolte tali premesse, passando al merito si osserva che nel periodo oggetto di causa C. G., B. M. e O. A. si sono occupati del montaggio dei mobili realizzati dalla opponente.

Le predette prestazioni sono state rese in forza di pretesi "contratti d'opera" aventi appunto ad oggetto "montaggi arredi con lavoro prevalentemente proprio" (v. docc. 1-3 ric.).

Nello svolgimento di tale attività i signori C. G., B. M. e O. A. hanno lavorato continuativamente, per una media di 15-20 giorni al mese. Peraltro gli stessi "contratti d'opera" - stanti, per un verso, l'assenza di una specifica ed individuata opera da realizzare e, per altro verso, l'inesistenza di un termine finale per la realizzazione dei lavori (peraltro, come detto, neppure individuabili con riferimento a specifiche opere) - confermano la continuità dell'impegno da costoro assunto.

È poi ovvio che la attività di montaggio svolta da C., B. e O. è stata sempre coordinata e diretta dalla opponente. Costoro infatti si recavano dai clienti secondo gli appuntamenti concordati fra i clienti e la M. e di fatto operavano, quali realizzatori finali dell'opera commissionata dai clienti alla opponente, nell'ambito di una organizzazione predeterminata, (v. teste Grandi, responsabile di produzione della opponente).

È infine evidente l'assenza in capo a C., B. e O., che possedevano solo trapani ed avvitatori, di strutture di tipo imprenditoriali tali da mettere in secondo piano la "personalità" della prestazione resa. Peraltro gli stessi contratti d'opera sono chiari nel porre in evidenza il fatto che l'attività doveva essere svolta "con lavoro prevalentemente proprio".

4) Ebbene, le predette circostanze - che chiaramente confermano l'esistenza di rapporti sicuramente continuativi, caratterizzati da etero-coordinazione e connotati da una esecuzione realizzata mediante l'apporto di energie lavorative "personali" - impongono di per sé sole di qualificare i rapporti intercorsi fra i predetti lavoratori e la M. come rapporti di lavoro subordinato.

Essi ricadono infatti sotto la previsione dell'art. 69, comma 1, del D.Lgs. 276/2003. secondo cui "i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati" - come appunto nel caso di specie - "senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ... sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto".

Tale norma peraltro - come reso palese dal fatto che il D.Lgs. 276/2003 ha posto un generale divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e dalla circostanza che è stata adottata una formula ("sono considerati") già utilizzata, con in medesimi effetti, dall'art. 1, comma 3, della legge 1369/60 - pone una presunzione assoluta, *iuris et de iure*, di subordinazione e non consente alcuna prova contraria.

Peraltro - venendo in considerazione una previsione avente di fatto natura sanzionatoria e volta alla tutela di posizioni individuate dallo stesso legislatore come suscettibili di utilizzazione fraudolenta - appaiono inconferenti i richiami alle sentenze della Corte Costituzionale 115/94 e 121/95 (richiamate nelle note autorizzate della opponente), essendo quest'ultime relative alla ben diversa ipotesi di rapporti che, *ex lege*, al di là di ogni effettivo riscontro, erano stati qualificati come autonomi.

5) Benché le considerazioni sin qui svolte siano dirimenti, e comportino di per sé il rigetto del ricorso in opposizione, deve altresì osservarsi nel caso in esame la qualificazione del rapporto in termini di lavoro autonomo sarebbe in ogni caso oltremodo dubbia, essendo presenti molti di quegli elementi che tradizionalmente, sia pure in maniera meramente sussidiaria rispetto all'effettivo riscontro del vincolo di subordinazione, vengono ritenuti indizi significativi della ricorrenza di rapporti di lavoro subordinato.

Nel caso di specie è infatti presente la continuità (anche in senso tecnico-giuridico) dell'impegno richiesto ai lavoratori, che di fatto (lavorando non meno di 15-20 giorni mensili) operavano per la M. per quasi tutti i giorni lavorativi del mese.

Sono poi ravvisabili sia l'inserimento di costoro nell'attività imprenditoriale della datrice di lavoro, sia l'eterodirezione da parte di questa in ordine ai tempi di lavoro (lavorando i pretesi prestatori d'opera secondo appuntamenti concordati fra la M. ed i clienti di detta società) ed alle modalità di esecuzione (dovendo B., O. e C. rispettare le indicazioni contenute nei "disegni" loro consegnati dalla M.).

È altresì presente l'elemento "indiziario" - certo poco "comprensibile" in presenza di autentici contratti d'opera - rappresentato dalla corresponsione di un compenso orario (per di più riconosciuto anche per le ore necessarie a raggiungere i clienti) erogato mensilmente sulla base della sola quantità di lavoro prestata e senza alcun collegamento ad eventuali risultati da raggiungere o ad opere da realizzare.

Inoltre, come sopra evidenziato, i tre pretesi artigiani autonomi non avevano una effettiva struttura imprenditoriale - stante l'esiguità e lo scarso valore economico dei mezzi, peraltro neppure sufficienti per l'esecuzione di tutti i montaggi, da costoro

posseduti - e di fatto operavano in condizioni di monocommittenza.

È poi significativo il fatto che i B., O. e C. non abbiano mai corso alcun effettivo "rischio" in ordine ai lavori svolti, posto che, come chiarito dal teste Grandi, eventuali rimostranze venivano rivolte dai clienti direttamente alla M.

Del pari rappresentano indizi da non sottovalutare la circostanza che i tre pretesi artigiani autonomi svolgessero gli stessi lavori affidati a dipendenti della M. ed il fatto che, senza soluzione di continuità, B. sia stato poi direttamente assunto (v. Grandi).

In sostanza il complessivo quadro probatorio farebbe di per sé propendere - anche laddove non fosse stato operante l'art. 69 D.lgs. 276/2003 - per il riconoscimento di rapporti di lavoro subordinato, sia pure connotati (per quanto riferito dagli stessi ricorrenti) di una certa elasticità di presenza e dalla possibilità, senza incorrere in sanzioni, di comunicare la propria indisponibilità per certe giornate.

6) I crediti contributivi iscritti a ruolo, fondati sulla configurabilità di rapporti di lavoro subordinato in relazione alle posizioni di B. O. e C., risultano quindi esistenti.

Pertanto risulta corretta anche la qualificazione della fattispecie in termini di evasione.

Come chiarito anche dell'ispettore INPS, sentito come teste, l'inquadramento dei tre lavoratori come artigiani ha fatto sì che la loro posizione contributiva non fosse in alcun modo riferibile alla M.

La fattispecie è quindi ben diversa da quelle di rapporti di co.co.co. o co.co.pro. che vengano poi "riqualificati" in chiave di subordinazione. Tali rapporti vengono infatti denunciati all'INPS dallo stesso preponente, che, in tal modo, si pone nella condizione di essere assoggettato a verifiche in ordine alla corretta qualificazione di quanto denunciato.

7) L'opposizione va quindi respinta.

Motivi di equità - da ravvisarsi nel fatto che l'art. 69 del D.lgs. 276/2003 è stato richiamato solo nelle note autorizzate e nella circostanza che la sicura qualificazione in termini di subordinazione discende solo dall'applicazione di detta norma (essendo gli ulteriori elementi di fatto indizi suscettibili di varia interpretazione) - inducono a compensare le spese del giudizio.

(Omissis)

Contributi - Socio amministratore di srl - Iscrizione alla gestione commercianti e alla gestione separata - Compatibilità del duplice prelievo contributivo.

Tribunale di Monza - 17.04/30.6.2008 n. 285 - Dott. Cella - R. (Avv. Baldassarre) - INPS (Avv. Vivian).

Il socio di srl che svolga attività abituale e prevalente in favore della società, ricoprendo altresì l'incarico remunerato di amministratore, è assoggettato al versamento della contribuzione per entrambe le attività espletate, considerato che i due obblighi contributivi ineriscono a redditi diversi e assoggettano a contribuzione l'intero reddito prodotto, secondo un principio che regola il prelievo contributivo tanto nel rapporto di lavoro subordinato che autonomo; tale conclusione è peraltro avallata dalla stessa previsione di cui all'art. 59 comma 16 L. 449/1997 che ha diversificato le aliquote contributive fra quanti siano iscritti alla sola gestione separata e quanti siano iscritti anche ad ulteriori forme obbligate di previdenza.

FATTO — Con ricorso in data 13.2.07 R. A. R. conveniva in giudizio avanti il Giudice del lavoro del Tribunale di Monza INPS e SCCI spa, proponendo impugnazione avverso la cartella di pagamento n. 068 2006 0279459358 notificatagli da Esatri s.p.a. per contributi INPS relativi alla gestione commercianti, pretesi da lui quale socio della Brero Engineering s.r.l., alla cui attività parteciperebbe con carattere di abitualità e prevalenza. L'opponente eccepiva la incostituzionalità del procedimento conclusosi con l'emissione della cartella, in quanto comportava in sostanza la formazione di un titolo esecutivo al di fuori del controllo giurisdizionale; nel merito negava comunque di partecipare all'attività della società con abitualità e prevalenza, il suo apporto essendo limitato ai compiti legali propri dell'amministratore, contestava infine i conteggi dell'INPS e concludeva per il rigetto di ogni sua pretesa con annullamento della cartella opposta.

Si costituivano INPS e SCCI s.p.a. sostenendo che l'abitualità e prevalenza dell'attività svolta dal ricorrente nell'ambito di Brero Engineering srl risultava dagli accertamenti compiuti in sede ispettiva. Più in generale osservavano che il requisito della partecipazione personale al lavoro aziendale poteva essere individuato anche nelle attività organizzativa e di direzione dell'amministratore, comunque necessarie al raggiungimento dello scopo sociale e che gli obblighi di versamento alla gestione commercianti erano da ritenersi senz'altro compatibili anche con gli eventuali obblighi nei confronti della gestione separata; concludevano pertanto per il ricetto del ricorso.

Acquisiti agli atti i documenti prodotti dalle parti erano quindi espletati l'interrogatorio formale del ricorrente e prova testimoniale; all'udienza del 17.4.08 la causa era discussa dai procuratori e, all'esito, il Giudice pronunciava sentenza come da separato dispositivo di cui era data pubblica lettura.

DIRITTO — La controversia riguarda l'impugnazione della cartella n. 068 2006 0279459358 notificata a R. A. R. da Esatri s.p.a. per crediti INPS relativi alla gestione commercianti; le cartelle riguardano i contributi del periodo 2001/2005. Il fondamento della pretesa è là ritenuta qualità - in capo alla ricorrente - di socio di lavoro della s.r.l. Brero Engineering sostenuta dall'INPS sulla base degli accertamenti svolti nell'ispezione di cui al verbale in data 21.6.05 e negata dall'interessato.

Deve in primo luogo rigettarsi l'eccezione di incostituzionalità proposta dal ricorrente e che investirebbe tutto il procedimento che culmina con l'emissione della cartel-

la esattoriale. Si richiama in proposito l'ordinanza n. 111/2007 della Corte costituzionale (1) secondo cui *"È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24 del D.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, censurato, in riferimento all'art. 111, comma secondo, Cost., nella parte in cui attribuisce agli enti previdenziali il potere di riscuotere i propri crediti attraverso un titolo, il ruolo esattoriale, che si forma prima e al di fuori del giudizio. Infatti, non è irragionevole la scelta del legislatore di consentire ad un creditore, attesa la sua natura pubblicistica e l'affidabilità derivante dal procedimento che ne governa l'attività, di formare unilateralmente un titolo esecutivo, ed è rispettosa dei principi di difesa e del giusto processo la possibilità concessa al debitore di promuovere un giudizio ordinario di cognizione nel quale far valere le proprie ragioni"*.

Nel merito, il ricorrente si è limitato a contestare che il suo apporto alla Brero Engineering s.r.l. di cui è socio amministratore sia abituale e prevalente, sostenendo invece che lo stesso sarebbe limitato al compimento delle funzioni legali tipiche dell'amministratore; solo nelle note conclusive ha contestato la legittimità della doppia contribuzione a suo carico come socio con attività prevalente (alla gestione commerciali) e come amministratore (alla gestione separata).

L'istruttoria ha smentito la tesi di R. A. R., dalla stessa essendo emersa la sua partecipazione all'attività della società con modalità che vanno ben oltre i compiti legali dell'amministratore.

In primo luogo i testi hanno concordemente riferito che il R. è presente in azienda tutti i pomeriggi e dunque per un tempo già di per sé indicativo di un impegno che va oltre i compiti tipici dell'amministratore.

Lo stesso interessato, in sede di interrogatorio formale, ha poi riconosciuto il suo ruolo tecnico determinante in azienda; premesso infatti che Brero Engineering s.r.l. si occupa di lavorazioni meccaniche di precisione, R. ha chiarito il rapporto tra la stessa e Brembomatic, precisando che quest'ultima svolge l'attività produttiva mentre Brero Engineering s.r.l. svolge l'attività "a monte" e "a valle" della produzione; si occupa infatti della progettazione dei nuovi prodotti e quindi della commercializzazione dei prodotti di Brembomatic e di terzi.

E proprio R. ad occuparsi della progettazione, tenendo i contatti con i fornitori cui fa poi realizzare i progetti; lo stesso ricorrente ha dichiarato che questa è la sua principale attività e ha precisato il ruolo di tutti e sette i dipendenti della società. Da queste dichiarazioni emerge il ruolo tecnico decisivo di R. cui è demandata in via esclusiva la progettazione dei nuovi prodotti.

La circostanza è stata confermata dai testi A. e F., le quali hanno sì riferito dell'attività di mera supervisione svolta dal ricorrente sull'attività propriamente commerciale dell'azienda, ma hanno anche dichiarato che la progettazione è specifica attività del ricorrente.

Sono quindi stati escussi i due altri consiglieri di amministrazione di Brero Engineering s.r.l. (si tratta di P. e G. P.). P. P. ha riferito che il ricorrente *"si occupa della ingegnerizzazione dei prodotti che eventualmente i clienti ci propongono e quindi in sostanza della progettazione e tiene i rapporti con i fornitori"*, mentre ha ridimensionato la partecipazione dello stesso all'attività commerciale dell'azienda, svolta, con sostanziale autonomia, dalla struttura interna alla stessa che ne copre tutte le necessità.

Analogamente G. P. ha riferito che R. A. R. si occupa "*soprattutto dei rapporti con i fornitori e della industrializzazione dei nuovi progetti*".

Se pure le dichiarazioni rese in sede ispettiva e le conclusioni dell'ispettore debbano essere corrette, dalle stesse emergendo un ruolo determinato di R. nell'attività commerciale dell'azienda, mentre in questa sede si è verificato che lo stesso riguarda la progettazione dei nuovi prodotti richiesti dai clienti e realizzati dai fornitori (con i quali infatti R. tiene i rapporti) e quindi messi in produzione da Brembomatic, tuttavia deve ritenersi che lo stesso non sia meno importante e giustifichi comunque una partecipazione abituale all'attività della società; la stessa è infatti quotidiana e, per stessa ammissione di R., costituisce la sua attività prevalente.

I compiti del R. nell'ambito della società non sono dunque limitati alle funzioni legali proprie della sua carica di amministratore, ma riguardano uno specifico e determinante settore dall'attività dell'azienda che, in assenza di R., dovrebbe essere demandato ad un dipendente o a un consulente.

Solo nelle note difensive l'opponente ha affrontato la problematica relativa alla doppia contribuzione che si realizzerebbe in considerazione della sua contribuzione, quale amministratore, alla gestione separata.

La questione ha dato luogo a orientamenti contrastanti sia in dottrina che in giurisprudenza.

Con qualche possibile distinzione al loro interno, gli orientamenti sono sostanzialmente due:

- quello, fatto proprio dal ricorrente in questa sede, basato sull'interpretazione letterale dell'art. 1 comma 208 L. n. 662/1996, in base al quale, nel caso di contemporaneo esercizio di più attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria IVS, è inammissibile una doppia iscrizione, cosicché sarà l'INPS a dover individuare, in ragione del criterio della prevalenza, la gestione cui iscriversi e versare i contributi;

- quello invece sostenuto dall'INPS e basato su una interpretazione storica e sistematica, in base al quale l'iscrizione alle due gestioni è compatibile, alla sola condizione che sia prevalente l'attività di lavoro rispetto a quella gestionale. Deve infatti considerarsi che per l'iscrizione alla gestione commercianti la legge richiede la prevalenza, mentre per l'iscrizione alla gestione separata tale requisito non è richiesto, come si desume dai testi normativi.

Secondo l'INPS, quindi, a fronte di una prevalente attività di lavoro e di una residua attività gestionale sarebbe dovuta l'iscrizione ad entrambe le gestioni; in caso contrario invece (prevalenza dell'attività gestionale) dovrebbe essere operante solo l'obbligo dell'iscrizione alla gestione separata.

La norme sopra richiamate potrebbero giustificare in effetti queste conclusioni; resta peraltro da verificare se le stesse restino valide anche a fronte della previsione di cui al sopra richiamato comma 208 o se viceversa questo deroghi (come norma successiva e speciale) alla previsione della L. 335/1995.

In proposito l'interpretazione fornita dall'INPS sembra più convincente.

L'istituto resistente colloca infatti la norma di cui al comma 208 nel suo contesto storico e fa rilevare come la stessa riproduca in sostanza la previsione che riguardava l'assicurazione obbligatoria contro le malattie per gli esercenti attività commerciali;

istituita questa assicurazione, il legislatore si era infatti preoccupato di stabilire che se il soggetto svolgeva varie attività, assoggettabili a diverse forme di assicurazione contro le malattie (e dunque artigianali/commerciali/di coltivazione di terreni agricoli) era soggetto all'assicurazione relativa alla sua attività prevalente.

In seguito l'obbligo assicurativo per gli esercenti attività commerciali si è esteso all'assicurazione generale obbligatoria IVS: poi con la 662/96 se ne è disposta una ulteriore estensione soggettiva. A questo punto, il legislatore con assoluto parallelismo rispetto alla previsione precedente, ha ribadito il criterio dell'attività prevalente che dunque, proprio per questo precedente storico, sembra riferibile esclusivamente all'eventuale attività in un diverso settore produttivo e che, se svolte nell'ambito della stessa impresa, rappresentano le c.d. attività miste.

A questo argomento se ne collega un altro di maggiore sostanza.

I due obblighi contributivi (quello alla gestione separata e quello alla gestione commercianti) colpiscono infatti redditi diversi (il compenso dell'amministratore/la quota parte del reddito dell'impresa di competenza del socio), gravano su soggetti diversi (la società committente/il socio) e consentono di assoggettare a contribuzione l'intero reddito prodotto, secondo un principio che regola il prelievo contributivo sia nell'ambito del lavoro subordinato (DPR 314/1997) che autonomo (anche l'art. 3 bis DL 384/1992 convertito nella L. 438/1992 si riferisce infatti alla "totalità" dei redditi).

L'interpretazione del comma 208 suggerita dal ricorrente finirebbe invece con l'esentare da contribuzione parte del reddito, in quanto i contributi sarebbero versati o sul reddito d'impresa al netto dei compensi percepiti come amministratore (gli stessi sono infatti deducibili), ovvero sul solo compenso di amministratore con totale esenzione per quelli di impresa e dunque con disparità di trattamento rispetto agli altri lavoratori ivi compreso l'imprenditore commerciale individuale.

Che la contribuzione debba riguardare l'intero reddito prodotto è del resto riconosciuto anche dalle recenti pronunce della Suprema Corte che hanno ritenuto l'illegittimità della doppia contribuzione; pur nell'ambito di un'unica gestione (che competerebbe all'INPS individuare) i contributi dovrebbero infatti essere pagati sull'intero reddito prodotto (Cass. 20886/07 (2), 288/08).

La conclusione sembra peraltro difficilmente compatibile con le specifiche regole proprie di ogni gestione che individuano il reddito da assoggettare a contribuzione, senza possibilità di interpretazioni estensive; proprio per questa ragione sembra dunque preferibile la tesi sostenuta dall'INPS.

A questi argomenti deve poi aggiungersene un altro fondato sull'art. 59 comma 16 L. 449/1997 che ha diversificato le aliquote contributive della gestione separata "pura" da quelle previste per coloro che sono iscritti oltre che a quella, anche ad altre forme obbligatorie di previdenza (10% nel secondo caso, fino al 20% nel primo). Questa norma, successiva alla L. 662/1996 e dunque anche al suo art. 1 comma 208, ammette dunque la coesistenza dell'iscrizione ad altra gestione previdenziale (in aggiunta alla separata) e dunque la duplice contribuzione, purché non sugli stessi redditi; rifiutando la tesi qui proposta, si dovrebbe invece riferire la doppia iscrizione alla sola ipotesi in cui una delle attività lavorative sia svolta in regime di subordinazione, contro il dettato della legge che appare invece di carattere generale (*"per i soggetti che*

non risultano iscritti ad altre forme obbligatorie...").

Sembra dunque maggiormente compatibile col sistema come sopra delineato l'interpretazione del comma 208 fornita dall'INPS che ne limita l'applicazione ai casi in cui le due eventuali iscrizioni assicurative abbiano origine in presupposti identici o comuni (ad es. contemporanea attività di commerciante o artigiano), escludendola nel caso invece le due iscrizioni abbiano fondamenti diversi e riguardino redditi diversi.

Non esistono quindi ostacoli di principio ad un eventuale obbligo di R. A. R. di iscriversi alla gestione commercianti e di pagarne i relativi contributi, in particolare non è d'ostacolo la sua contemporanea iscrizione alla gestione separata in virtù del suo rapporto organico di amministratore della società.

Neppure è sostenibile che nell'ambito della sua attività non siano astrattamente distinguibili le mansioni di gestione da quelle più specificamente lavorative; giustamente l'INPS richiama in proposito la giurisprudenza che ritiene compatibile la veste di amministratore con quella di lavoratore subordinato, per inferirne che è dunque senz'altro possibile la coesistenza della veste di amministratore e di socio di lavoro. In questo specifico caso le due attività sono poi state distinte con chiarezza, come emerge dalla prima parte della motivazione.

Quanto alla contestazione dei conteggi, la stessa è stata generica e neppure ribadita nelle note conclusive.

L'opposizione deve essere dunque rigettata; i contrasti interpretativi sul punto della doppia iscrizione giustificano la compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2007, p. 140

(2) *Idem*, 2008, p. 137

Pensioni - Pensione di reversibilità - Richiedente uxoricida - Spettanza - Esclusione.

Tribunale di Venezia - 17.06/13.08.2008 n. 5638 - Dott. Coppetta Calzavara - F. (Avv. Bravin) - INPS (Avv. Cavallari).

Ai sensi dell'art. 1900 C.C., richiamato, per quanto riguarda le assicurazioni sociali, dall'art. 1886 C.C., l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, con la conseguenza che non sussiste il diritto alla pensione di reversibilità a favore di chi abbia provocato con dolo il decesso del congiunto e sia stato per tale motivo condannato in sede penale in via definitiva.

FATTO e DIRITTO — Con ricorso depositato in data 5.4.2007 la ricorrente, come sopra in epigrafe indicata, premesso di aver scontato la pena alla quale era stata condannata per l'omicidio del marito; di aver richiesto la pensione di reversibilità dello stesso in data 7.2.2006, pensione che le veniva negata, chiedeva la provvidenza sottolineando che deve escludersi che considerazioni extragiuridiche anche se fondate sotto un profilo etico possano determinare la perdita del diritto alla pensione di reversibilità.

Si costituiva l'INPS ribadendo la propria posizione e rilevando che la prestazione era stata negata in quanto a norma dell'art. 1900 c.c. l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente dell'assicurato o del beneficiario.

Disposta la comparizione delle parti, la causa veniva istruita documentalmente quindi discussa e decisa all'udienza del 17.06.2008 come da dispositivo di seguito riportato.

Orbene ritiene questo Giudice che la pretesa vantata dalla ricorrente sia infondata e che correttamente l'INPS abbia rigettato la richiesta.

Invero, l'art. 1886 c.c. prevede che le assicurazioni sociali sono disciplinate dalle leggi speciali, in mancanza si applicano le norme del presente capo.

Tra tali norme l'art. 1900 c.c. prevede che l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente dell'assicurato o del beneficiario.

Non essendovi una precisa disposizione speciale che disciplini il caso in esame trova dunque applicazione in virtù del richiamo generale di cui all'art. 1886 c.c. la norma di cui all'art. 1900.

Non vi è dubbio che il decesso del marito, il quale fonda il diritto alla pensione di reversibilità della ricorrente, sia stato determinato da dolo di quest'ultima.

Il ricorso deve dunque essere rigettato.

La particolarità della questione e la natura delle parti giustifica la compensazione tra le parti delle spese di lite.

(Omissis)

Fondi speciali - Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale dipendente delle imprese di credito ordinario - Natura privatistica - Assegno straordinario per il sostegno del reddito - Natura di trattamento pensionistico - Esclusione - Forma di integrazione del TFR - Trattamento fiscale - Tassazione separata.

Tribunale di Venezia - 8.07/18.08.2008 n. 758 - Dott. Coppetta Calzavara - C. e altri (Avv. Aversa) - INPS (Avv. Cavallari) - Banca A. spa (Avv.ti Ichino, Burragato, Ivancich) - D.B. spa (Avv.ti Florio, Fabbrani) - I.S.P. spa (Avv.ti Tosi, Bertagnolli).

Il Fondo di solidarietà istituito presso l'INPS con DM n. 158/2000, di recepimento della contrattazione collettiva nazionale ai sensi dell'art. 2 comma 28 L. 662/1996, per assicurare - tra l'altro - un sostegno del reddito a favore di ex dipendenti di Istituti di credito ordinario in esodo anticipato, ha natura privatistica; il relativo trattamento, consistente in un assegno straordinario mensile pari all'importo della pensione netta spettante oltre al versamento della contribuzione correlata per il conseguimento della pensione di anzianità, non ha natura pensionistica, ma configura una particolare forma di integrazione del TFR, cui è applicabile il regime fiscale proprio dei redditi soggetti a tassazione separata.

FATTO e DIRITTO — Con due identici e distinti ricorsi depositati in data 18.11.2005 - poi riuniti - i ricorrenti, tutti ex dipendenti di Istituti di Credito e titolari di assegno per il sostegno del reddito con le decorrenze per ciascun ricorrente specificate (tra luglio 2003 e aprile 2004), avendo ciascuno aderito volontariamente al Fondo Esuberi sottoscrivendo la domanda di assegno straordinario deducono: che ai sensi dell'art. 10 comma 9 del DM 158/00 il valore dell'assegno è pari: per i lavoratori che possono conseguire la pensione di anzianità prima di quella di vecchiaia all'importo netto del trattamento pensionistico spettante nell'AGO con la maggiorazione della anzianità contributiva mancante per il diritto alla pensione di anzianità cui si somma l'importo delle ritenute di legge sull'assegno straordinario; che diversamente da quanto previsto dal DM e confermato dalla circolare INPS 55 dell'8/3/01, l'Istituto non tiene conto nel calcolo dell'assegno pari alla pensione netta e nel calcolo dell'IRPEF, della detrazione fiscale per le pensioni e della deduzione dal reddito per "no tax area" per pensioni; che fino all'aprile 2002 l'assegno a sostegno del reddito era considerato reddito a tassazione ordinaria per i titolari di età inferiore ai 55 anni e reddito a tassazione separata per i titolari di età superiore; che con una successiva interpretazione l'INPS aveva considerato l'assegno de quo quale integrazione del TFR e dunque soggetto a tassazione separata in misura intera per soggetti con meno di 55 anni se uomini o di 50 anni se donne e a tassazione ridotta del 50% per i soggetti di età superiore; che inoltre il testo unico delle imposte dirette prevedeva una detrazione di imposta in base a tabelle con la conseguenza che la pensione netta doveva essere calcolata togliendo alla pensione lorda non l'IRPEF lorda ma quella al netto della detrazione; che diversamente l'INPS fino al 31.12.02 non aveva applicato le detrazioni sull'IRPEF e dall'1.01.2003 non aveva applicato la "no tax area" prevista dall'art. 2 della L. 289/02 né le nuove detrazioni.

Tanto esposto concludono chiedendo che sia accertato il proprio diritto alla rideeterminazione dell'assegno di sostegno per i motivi indicati e condannarsi l'INPS al pagamento in favore di ciascuno della differenza di provvidenza corrisposta in meno oltre interessi legali fino al saldo con vittoria di spese.

L'INPS eccepisce il proprio difetto di legittimazione passiva atteso che il Fondo di solidarietà del settore del credito è istituito presso l'INPS ai sensi dell'art. 2 comma 28 della L. 662/96 che, alla lettera e), prevede sia demandata alla contrattazione collettiva nazionale la costituzione del fondo e la definizione di specifici trattamenti e dei relativi criteri, modalità ed entità (art. 2 comma 28 lettera b). Rileva che il DM 158/00 ha recepito l'accordo

nazionale del settore del credito del 28.2.98 con cui sono stati stabiliti criteri, modalità ed entità degli specifici trattamenti; che il Fondo in questione ha natura privatistica in quanto trae origine dalla contrattazione collettiva ed amministra fondi di natura non pubblica mentre l'INPS assolve la mera funzione di mutualità e garanzia. Ne segue innanzitutto la estraneità dell'Istituto convenuto nella determinazione dell'assegno di sostegno e la infondatezza della domanda posto che l'assegno in questione non può essere equiparato ad un trattamento pensionistico (in tal senso si è espressa anche l'Agenzia delle Entrate) con la conseguenza che la provvidenza non è soggetta alla tassazione prevista per i trattamenti pensionistici; inoltre le parti firmatarie dell'accordo con cui era stato istituito il Fondo avevano sottoscritto un ulteriore accordo 12.02.2005 con il quale si è precisato che per la individuazione dell'importo netto del trattamento pensionistico spettante è esclusa la applicazione delle deduzioni dal reddito imponibile o delle detrazioni di imposta vigenti.

Conclude chiedendo autorizzarsi la chiamata in causa degli Istituti di credito datori di lavoro dei ricorrenti; dichiararsi il difetto di legittimazione passiva dell'INPS.

Disposta la chiamata in causa degli Istituti di credito che furono datori di lavoro dei ricorrenti, si è costituita la Banca A. *per rilevare la esclusiva* competenza del Fondo di Solidarietà nella erogazione e calcolo dell'assegno con l'unica deroga nel caso il dipendente chieda l'erogazione dell'assegno in unica soluzione e che l'Istituto è del tutto estraneo al calcolo degli assegni che viene effettuato dall'INPS mese per mese limitandosi il deducente a pagare le somme necessarie al finanziamento. Conclude chiedendo dichiararsi il proprio difetto di legittimazione passiva e respingere la domanda. Si è costituita D. B. spa per confermare la legittimità dell'operato dell'INPS rilevando che l'assegno goduto dai ricorrenti non può essere equiparato ad un trattamento pensionistico e, per tale motivo, lo stesso non può soggiacere al regime fiscale previsto per i trattamenti pensionistici come affermato anche dall'Agenzia delle Entrate con la Risoluzione 17/E del 29/1/03 con la quale l'Ente ha affermato doversi applicare il regime della tassazione separata previsto dall'art. 17, comma 2 TUIR con la medesima aliquota prevista per il TFR. Deduce inoltre che con l'accordo del gennaio 2005 le parti sociali che avevano istituito il Fondo in questione deliberavano di comune accordo di fornire la interpretazione autentica della disciplina dettata dall'accordo 28.03.1998 e, nel merito, respingersi la domanda con vittoria di spese.

Si costituiva altresì I. S. P. spa eccependo la incompetenza territoriale del Giudice adito in assenza di alcuni degli elementi che radicherebbero la competenza del Tribunale di Venezia in luogo del Tribunale di Torino ove essa aveva sede; eccepisce altresì la improcedibilità per omesso tentativo obbligatorio di conciliazione e, nel merito, la infondatezza della domanda in quanto i ricorrenti pretendono di cumulare benefici fiscali tra loro incompatibili: è incontestato, infatti, che l'assegno straordinario è soggetto a tassazione separata al pari del TFR mentre il regime delle detrazioni IRPEF si riferisce alla tassazione ordinaria. Conclude chiedendo il rigetto della domanda.

La causa istruita documentalmente veniva discussa e decisa all'udienza dell'8.07.2008 come da dispositivo di seguito riportato.

Ciò posto giova osservare che preliminarmente vanno disattese le eccezioni sollevate da I. S. P. s.p.a. in ordine alla competenza territoriale del Tribunale adito e alla improcedibilità della domanda per mancanza del tentativo obbligatorio di conciliazione. Tali eccezioni potrebbero avere pregio se i ricorrenti avessero proposto una qualche domanda nei confronti delle terze chiamate loro datrici di lavoro in costanza di rappor-

to; sennonché la chiamata dei terzi ha avuto la finalità di rendere edotti e consentire la difesa a soggetti che, pur essendo estranei al rapporto dedotto in causa, sono tuttavia i finanziatori del Fondo di solidarietà per cui è apparsa opportuna la loro partecipazione alla controversia in considerazione degli effetti riflessi che l'eventuale condanna del Fondo medesimo alla erogazione di un maggior importo a titolo di assegno di sostegno ai ricorrenti avrebbe avuto nei loro confronti.

Orbene, la domanda non è fondata per le ragioni che saranno di seguito svolte. Come già ritenuto con la sentenza n. 812/07 dal Giudice del lavoro di Venezia che pienamente si condivide, il Fondo di Solidarietà gestito dall'INPS venne istituito a seguito di Accordo Collettivo del 28.02.1998 come previsto dal Protocollo di intesa tra Governo e Parti Sociali e dall'art. 2 comma 28 della L. 662/96 per il perseguimento di politiche di sostegno del reddito nell'ambito di ristrutturazioni aziendali e per fronteggiare situazioni di crisi; l'operatività del Fondo è poi disciplinata con regolamento concordato tra le parti sociali e recepito nel decreto interministeriale 158/00. Tale regolamento prevede per quello che qui interessa, la erogazione ai dipendenti anticipatamente "esodati" (e che si trovino nelle indicate condizioni di prossimità alla maturazione del diritto a pensione e di età) nell'ambito di processi di ristrutturazione o di stati di crisi di un assegno mensile (o a scelta una tantum) pari all'importo della pensione netta spettante con l'aggiunta della contribuzione mancante alla pensione di anzianità più l'importo delle ritenute di legge sull'assegno straordinario.

Da quanto sinora detto emerge in primo luogo che il Fondo ha natura privatistica in quanto costituito in esecuzione di un accordo collettivo tra OOSS e datori di lavoro del settore bancario e, in secondo luogo, che l'assegno non è un trattamento pensionistico perché non erogato dall'AGO, perché corrisposto a soggetti che non hanno ancora maturato il diritto a tale trattamento e perché finanziato dai datori di lavoro. Si tratta di un ammortizzatore sociale istituito per accompagnare alla pensione dei lavoratori, il cui rapporto cessa anzitempo e che non ne hanno ancora maturato il diritto, fornendo loro i mezzi di sostentamento fino alla maturazione del diritto al trattamento pensionistico; in sostanza si tratta di una particolare forma di integrazione del TFR versata ratealmente con le modalità stabilite e da organismo costituito ad hoc.

Va da sé a questo punto che, non trattandosi di pensione ma semmai di erogazione equiparabile al TFR, ad essa non è applicabile il regime fiscale previsto per i redditi soggetti a tassazione ordinaria ma quello previsto per i redditi soggetti alla tassazione separata come il TFR ai sensi dell'art. 17 comma 4 bis del TUIR come legittimamente sostenuto dall'Agenzia delle Entrate nella risoluzione 17/E del gennaio 2003.

A parte la considerazione che precede e ad ulteriore conforto della stessa sta l'accordo collettivo 12.02.2005 - al quale va riconosciuta la dichiarata natura interpretativa del precedente accordo del febbraio 1998 - con cui le parti firmatarie del primo accordo istitutivo del Fondo chiariscono che l'individuazione dell'importo netto del trattamento pensionistico va fatta con esclusione della applicazione delle deduzioni e delle detrazioni dal reddito imponibile.

La domanda va dunque respinta con compensazione delle spese di lite, stante la natura delle parti e la complessità della questione.

(Omissis)

Prestazioni - Assegno sociale - Coniugi separati conviventi di fatto - Spettanza beneficio - Esclusione.

Tribunale di Venezia - 17.06.08 n. 614 - Dott. Coppetta Calzavara - D. (Avv. Mariano) - INPS (Avv. Attardi).

Per l'erogazione dell'assegno sociale deve farsi riferimento al solo reddito del beneficiario, pur se sposato, nella esclusiva ipotesi che sia effettivamente e legalmente separato, con la conseguenza che, ove risulti ripristinata la convivenza coniugale, pur se per meri motivi di utilità economica, il beneficio non spetta.

FATTO e DIRITTO — Con ricorso depositato in data 27.03.2007 la ricorrente, come sopra in epigrafe indicata chiedeva fosse annullata la sospensione comunicata il 9.05.2006 dell'assegno sociale erogato a far data dal 2004, in quanto da accertamenti effettuati risultava che la stessa risultava risiedere nella abitazione con l'ex marito da cui risultava essere legalmente separata. La ricorrente non contestava il dato di fatto ma sosteneva che si trattava di mera convivenza dovuta alla necessità di dividere il canone di locazione e che non era stata ricostituita la comunione di vita materiale e affettiva.

Si costituiva l'INPS con articolata memoria nella quale rilevava che il reddito del coniuge non si cumulava solamente nell'ipotesi di coniuge "legalmente ed effettivamente separato" (art. 3 comma 6° L. 335/95, art. 70 L. 388/2000, art. 38 L. 448/2001) ciò che non ricorreva nel caso in esame.

Disposta la comparizione delle parti, la causa veniva istruita documentalmente quindi discussa e decisa all'udienza del 17.06.2008 con la presente sentenza.

Ciò premesso giova osservare che il ricorso non è fondato.

Invero per l'erogazione dell'assegno sociale deve farsi riferimento al solo reddito del beneficiario solo nell'ipotesi in cui lo stesso, pur se spostato, sia "legalmente ed effettivamente separato".

Il richiamo oltre che all'aspetto formale anche a quello della effettività della separazione denota come il dato rilevante non è dato tanto dal fatto di ricostituire la comunione materiale e spirituale tipici della vita matrimoniale, quanto dal dato in sé della convivenza, circostanza non negata dalla ricorrente.

Ciò che rileva è proprio quanto dalla ricorrente non contestato e cioè che i due coniugi pur legalmente separati di fatto facciano riferimento ai redditi di entrambi in quanto dividono le spese.

Ininfluenti ai fini di causa sono pertanto le sentenze richiamate da parte ricorrente attinenti ad altro aspetto (la riconciliazione tra i coniugi separati) e la necessità di procedere all'esame dei testi.

Deve dunque concludersi come in dispositivo anche in ordine alle spese di lite, che stante la natura delle parti e i beni oggetto di causa appare giusto ed equo compensare.

(Omissis)

Contributi - Prescrizione - Denuncia del lavoratore attivata a mezzo introduzione domanda giudiziale - Persistenza termine decennale.

Tribunale di Venezia - 14.03/6.05.08 n. 237 - Dott. Menegazzo - C.N.A. (Avv. Tasso) - INPS (Avv. Cavallari).

La denuncia del lavoratore cui si riferisce l'art. 3 L. 335/1995 per annettervi l'effetto della persistenza del termine di prescrizione decennale per il relativo recupero contributivo è costituita da qualunque domanda, ivi compresa quella giudiziale, formulata da parte del lavoratore per attivare i poteri di controllo dell'Ente Previdenziale, ovvero direttamente nei confronti del datore di lavoro.

FATTO — Con ricorso depositato in data 22.12.2006 l'associazione provinciale della C.N.A.P.M.I. (di seguito: CNA), proponeva opposizione avverso la cartella di pagamento n. 119 2006 00111816 70 con cui l'INPS - attraverso il concessionario per la riscossione G. L. s.p.a. - le ingiungeva di pagare la complessiva somma di € 25.011,42 a titolo di contributi e somme aggiuntive. Esponeva che la pretesa contributiva trovava fondamento nelle vicende giudiziarie relative alla vertenza intentata nei suoi confronti del dipendente D. C., il quale aveva impugnato il licenziamento intimatogli il 5.2.1993 e richiesto la condanna del CNA alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al pagamento di differenze retributive relativamente ad un qualifica superiore rispetto alla quale era stato, asseritamente, demansionato, che si era conclusa con l'accoglimento delle domande del lavoratore sia in primo che in secondo grado: che successivamente era pervenuta alla CNA diffida di pagamento da parte dell'INPS relativamente alle retribuzioni e differenze retributive erogate al C. per il periodo dall'1.1.1989 al 5.10.1996 (data nella quale il C. aveva optato per l'indennità sostitutiva di cui all'art. 18, co. 5, L. 300/70), peraltro priva di alcuna quantificazione e comunque riferita ad un credito contributivo ormai prescritto, cui era seguita la notifica di verbale di accertamento datato 13.2.2006 ed in seguito notifica della cartella di pagamento qui opposta. Tanto premesso, l'opponente eccepiva la nullità o comunque illegittimità ed inefficacia della cartella di pagamento perché carente di motivazione e comunque perché avente ad oggetto pretese contributive ormai prescritte, e concludeva dunque in via principale e subordinata come meglio indicato in epigrafe.

Si costituiva in giudizio l'INPS, anche quale mandatario speciale di S.C.C.I. s.p.a., società cessionaria dei crediti previdenziali ex L.448/1998, contestando quanto *ex adverso* dedotto e deducendo, in particolare, che con la cartella di pagamento opposta erano stati azionati nei confronti della CNA solamente i contributi - e conseguenti somme aggiuntive - del periodo da gennaio 1995 all'ottobre 1996, riferiti al periodo non coperto dalla prescrizione decennale, applicabile nel caso di specie essendo intervenuta la denuncia del lavoratore in data 25.1.2005, considerati quali atti interruttivi la lettera di diffida del 28.1.2005 e la notifica del successivo verbale di accertamento, nel quale erano esattamente quantificate le somme dovute; sosteneva inoltre che la prescrizione non poteva dirsi decorsa anche perché l'obbligo di contribuzione relativamente

agli anni in questione era stato affermato anche nella sentenza n. 595/96 del Pretore di Venezia, confermata in appello ed ormai passata in giudicato; contestava altresì la doglianza di carattere formale sollevata da parte dell'opponente relativamente alla carenza di motivazione della cartella opposta, eccependo sul punto il proprio difetto di legittimazione passiva.

Nel corso del giudizio, non essendo necessaria attività istruttoria la causa veniva rinviata per la discussione e quindi decisa mediante separato dispositivo all'udienza del 14.3.2008.

DIRITTO — Va preliminarmente disattesa l'eccezione di carenza di motivazione relativamente alla cartella di pagamento opposta. Si tratta di una doglianza di carattere formale che non può essere esaminata in questa sede, riservata *ex art. 24 D.Lgs. 46/99* alla contestazione nel merito delle pretese azionate nelle cartelle di pagamento afferenti a contributi previdenziali, in relazione alla quale avrebbe dovuto semmai proporsi opposizione agli atti esecutivi nel termine di legge (20 giorni) ormai decorso, secondo la procedura ordinaria richiamata dall'*art. 29 D.Lgs. 46/99*.

In ogni caso la documentazione dimessa da parte ricorrente a fondamento dell'eccezione non è sufficiente per prendere posizione su tale questione, con ogni conseguenza negativa in capo alla parte che aveva l'onere di provare la fondatezza dell'eccezione, in quanto la cartella di pagamento opposta non è stata depositata integralmente, mancando di alcune pagine (cfr. doc. 10 ric).

Nel merito, la pretesa azionata nella cartella di pagamento opposta nei confronti della CNA è fondata, non essendo decorsi i termini di prescrizione di cui alla *L.335/95*. A prescindere dalla discussa questione dell'idoneità della denuncia del lavoratore presentata entro il decennio, seppure oltre i cinque anni dalla maturazione del debito contributivo, ad interrompere la prescrizione - sulla quale esiste un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, essendosi espresse in senso negativo *Cass., 4153/06*, ed in senso positivo *Cass., 4606/04 (1)*, e *Cass., 1372/03 -*, deve convenirsi con la difesa dell'INPS che il termine di prescrizione prima ancora che con la denuncia del lavoratore presentata all'INPS nel gennaio 2005 (doc. INPS), era stato interrotto con la domanda giudiziale esperita *ex art. 414 c.p.c.* avanti al Pretore di Venezia con ricorso depositato in data 8.8.1994 (come si ricava dalla sentenza di primo grado, *sub doc. 2 ric*). Infatti, la denuncia del lavoratore cui si riferisce l'*art. 3 L. 335/95* è costituita da qualunque domanda formulata da parte del lavoratore all'INPS, al fine di attivare i poteri di controllo dell'Istituto previdenziale, ovvero direttamente nei confronti del datore di lavoro; in questo secondo caso il datore di lavoro è maggiormente tutelato in quanto perviene a conoscenza delle circostanze cui si collega il più lungo termine prescrizione, tant'è vero che la giurisprudenza di legittimità ha affermato che "per variare il termine prescrizione (dieci o cinque anni), è sufficiente" - dunque non obbligatoria - "la denuncia del lavoratore all'Istituto previdenziale, di cui il datore può rimanere all'oscuro..." (*Cass., 4153/06*).

La formulazione della domanda in questione da parte del C. ha dunque avuto per un verso l'effetto di interrompere il termine di prescrizione del diritto al recupero dei contributi omessi da parte dell'INPS, e per altro verso ha determinato l'applicabilità nel caso di specie del termine di prescrizione decennale in luogo dell'ordinario termine

quinquennale. Detto termine ha nuovamente iniziato a decorrere solamente dal momento nel quale la sentenza (parziale) di condanna n. 595/96 del Pretore del Lavoro (doc. 10 ric.) - che ha statuito sul punto condannando la CNA "alla ... reintegra nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno in misura pari alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione nonché al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali per lo stesso periodo..." - è passata in giudicato per effetto della mancata impugnazione della sentenza di rigetto del ricorso in appello (art. 2945, co. 2, c.c.).

Considerato che è pacifico che la notificazione della cartella di pagamento opposta sia intervenuta prima del decorso di un decennio dalla data di passaggio in giudicato della sentenza n. 595/96 del Pretore di Venezia, ne consegue che il credito per cui è causa non é prescritto.

Per quanto fin qui rilevato, il ricorso deve essere rigettato.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza e sono pertanto poste in capo all'opponente.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 496

COMMISSIONI TRIBUTARIE PROVINCIALI

Giurisdizione - Contribuzione SSN - Impugnativa cartella avanti Giudice del lavoro - Difetto di giurisdizione - Traslatio iudicii al Giudice tributario - Inammissibilità - Tardività ricorso.

Comm. Trib. Prov. di Bergamo - Sez. 12 - 30.9/17.10.2008 n. 74 - Pres. Tibaldi - Rel. Fiorentino - Impresa BI.BO di B.A. e C. snc (Avv. Golferini) - INPS (Avv. Imparato) - Equitalia Bergamo spa.

La cartella di pagamento per il recupero di contribuzione SSN va impugnata avanti al Giudice tributario nei 60 giorni dalla notifica, con la conseguenza dell'inammissibilità del ricorso che, originariamente proposto avanti al Giudice del lavoro dichiaratosi carente di giurisdizione, sia riproposto avanti la Commissione Tributaria oltre lo spirare del termine di 60 giorni di cui all'art. 21 D. Lgs 546/1992, non applicandosi tra Giudice ordinario e Giudice speciale quale è la Commissione Tributaria il principio della traslatio iudicii.

FATTO — Con atto depositato il 7/3/2008 presso la Segreteria della Commissione Tributaria Provinciale di Bergamo, l'impresa BI.BO di B. A. & C, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, proponeva ricorso contro la cartella di pagamento della Bergamo Esattorie S.p.A n 019 2004 00364869 76 su addebito della Sede Provinciale dell'INPS per contributi dovuti al S S N e non versati, con connesse somme aggiuntive e sanzioni, per il periodo luglio 1994 - dicembre 1997.

L'opposizione avverso la indicata cartella di pagamento era stata già proposta con ricorso ex artt. 414 e 442 c.p.c. dinanzi al Tribunale di Bergamo in funzione di Giudice del Lavoro, ma l'interessato magistrato aveva dichiarato il difetto di giurisdizione dell'autorità adita, ritenendo sussistente nel caso in esame la giurisdizione del Giudice Tributario, conformemente a quanto dettato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con ordinanza n. 123 del 9/1/2007.

Espone sul punto la società ricorrente che tale innovativo orientamento giurisprudenziale si è manifestato in epoca (2007) assai successiva alla proposizione del ricorso (2004), quando ormai si era prossimi alla pronuncia di merito del radicato processo. Orbene, la stessa Corte di Cassazione, in uno con la più autorevole dottrina, ammette la possibilità, in caso di pronuncia declinatoria di giurisdizione, di proseguire il giudizio davanti al giudice munito di giurisdizione (c.d. *traslatio iudicii*) tra giudice ordinario e speciale (e viceversa) con conservazione degli effetti processuali e sostanziali prodotti dalla domanda proposta avanti al giudice privo di giurisdizione. Quindi, per evidenti motivi di giustizia e di equità, il ricorso in riassunzione della causa originaria-

mente proposta innanzi al giudice ordinario, in funzione di Giudice del Lavoro, dichiaratosi privo di giurisdizione, deve essere accolta dal giudice che ne è provvisto, in funzione della *traslatio iudicii* dal giudice ordinario (del Lavoro) al giudice speciale (Tributario), rappresentato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Bergamo. Eppertanto, il ricorso in riassunzione deve essere considerato rituale e tempestivo, atteso che tra il momento della notifica della cartella esattoriale ed il deposito dell'originario ricorso in opposizione dinanzi ai Tribunale di Bergamo in funzione di Giudice del Lavoro erano trascorsi poco più di 30 gg.: in sostanza, proprio in funzione della *traslatio iudicii*, la Commissione Tributaria Provinciale di Bergamo dovrà decidere nel merito dell'impugnazione della cartella esattoriale, proposta con il ricorso in esame.

In subordine, ove non venissero accolte le soprariportate argomentazioni di merito, la società ricorrente solleva, ai sensi degli artt. 23 e segg, della legge 11/3/1953, n. 87, questione di legittimità costituzionale dell'art. 37 c.p.c. in riferimento agli artt. 24, 11 e 113 della Costituzione, nella parte in cui esso non consente al giudice ordinario - che declini la propria giurisdizione - di disporre la continuazione del processo avanti al giudice speciale, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

Nel merito della pretesa creditoria, nel richiamare quanto già enunciato in sede di giudizio avanti al Giudice ordinario in funzione di Giudice del Lavoro, rimarca ora come il credito azionato dall'Ente Previdenziale a titolo di contributi del S.S.N. sia sorto a seguito di accertamento ispettivo, che aveva determinato la sussistenza di veri e propri rapporti di lavoro subordinato in luogo della dichiarata ed effettiva collaborazione occasionale, prestata da alcune lavoratrici. Gli esiti dello stesso accertamento avevano ulteriormente prodotto la perdita delle agevolazioni contributive di cui la società opponente aveva goduto dopo la stipulazione con due lavoratrici di contratti di formazione e lavoro. Sostiene che l'ispettore dell'INPS ha determinato le violazioni contestate sulla scorta di un accesso nel corso del quale peraltro non ha visto direttamente al lavoro nessuna delle lavoratrici interessate, le quali, a seguito degli occorsi intervenuti, svolgevano lavori di saltuaria collaborazione a parte delle attività di pulizia svolte dall'azienda, con autonoma determinazione dei tempi e delle modalità del lavoro da svolgere, con la prevista possibilità di accettare, di volta in volta, o meno l'incarico secondo valutazione soggettiva dei propri altri impegni. In altre parole, non si è mai concretizzato quel vincolo di subordinazione, che caratterizza lo specifico rapporto di lavoro, atteso che le lavoratrici:

- potevano accettare o rifiutare di rendere la prestazione loro richiesta senza necessità di addurre giustificazione alcuna;
- non dovevano giustificare in alcun modo eventuali assenze o concordare i periodi di astensione per riposo;
- non erano soggette al alcun potere disciplinare da parte di alcuno della società resistente;
- eseguivano le pulizie a loro devolute in piena autonomia ed organizzando il lavoro insieme alle colleghe, senza ricevere da alcuno specifiche istruzioni o direttive in ordine alle concrete modalità di esecuzione delle prestazioni e senza che tali prestazioni fossero oggetto di attività di controllo o di vigilanza ad opera di alcuno della società ricorrente.

In sostanza, non erano assoggettate ad alcun vincolo di subordinazione, nel senso

inteso dalla costante giurisprudenza sul punto. L'unico elemento di "inserimento" nell'organizzazione aziendale della società era quello di recarsi a svolgere i lavori di pulizia liberamente accettati sul luogo e all'interno delle fasce orarie indicate dall'azienda.

Eccepisce *ex adverso* l'Istituto previdenziale interessato l'inammissibilità del ricorso per tardiva presentazione oltre il termine dei rituali 60 gg dalla notifica della cartella, ex art 21 D. Lgs 546/92 ed in ogni caso l'infondatezza nel merito del gravame proposto.

Quanto alla inammissibilità del ricorso per tardività e dell'istanza di riassunzione della causa instaurata dinanzi al Tribunale del Lavoro, ricorda la perentorietà del termine di 60 gg per proporre ricorso, decorrenti dalla notifica della cartella impugnata, previsto dall'art. 21 del D Lgs n. 546/92. Non è altresì ammissibile l'istanza di riassunzione della causa istaurata avanti al Giudice del Lavoro, attesa la sussistenza della giurisdizione tributaria, trattandosi di contribuzione del SSN. Né può aver pregio la tesi della *traslatio iudicii* desunta da parte ricorrente dalla sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 4109 del 22/2/07, che si è pronunciata per la trasmigrabilità della causa dal giudice ordinario a quello speciale. Successivamente alla detta sentenza è intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza n. 77 del 12/3/07, dichiarando incostituzionale l'art. 30 della L. 6/12/1971, n. 1034, nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino a seguito della declaratoria di giurisdizione nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione. La sentenza della Corte Costituzionale regola però la trasmigrabilità della causa fra GA e GO e non i rapporti fra GO e giudice speciale (come la Commissione Tributaria), per i quali ultimi, non essendo possibile un'estensione di tale pronuncia in via interpretativa, necessiterà un intervento esplicito del legislatore o una pronuncia *ad hoc* della stessa Corte Costituzionale: da ciò consegue che ad oggi l'ordinamento vigente non consente - diversamente da quanto ritenuto dalla Cass con sentenza n. 4109/07 - la *traslatio iudicii* tra GO e Commissione Tributaria. Detto divieto, desumibile dal diritto vigente, rappresenta il limite della rigida separazione tra giudici appartenenti ad ordini diversi. Ed ancora la Corte Costituzionale, nella citata sentenza n. 77/07 affida al legislatore ordinario il compito di regolare modalità e termini della riassunzione sottolineando tuttavia che, finché il legislatore non vi provvederà, la disciplina dovrà essere individuata dal giudice in base agli strumenti esegetici di cui dispone. Nella fattispecie in esame, la giurisprudenza ha ritenuto perciò applicabile il termine di 60 gg, decorrenti dalla notificazione della sentenza o, in mancanza di notifica, di un anno dalla pubblicazione della sentenza. Orbene, in base a tale principio, a prescindere dall'ammissibilità o meno della riassunzione della causa davanti al Giudice Tributario, il proposto ricorso in riassunzione sarebbe comunque tardivo, atteso che la sentenza n. 1038/07, con cui il Tribunale del Lavoro ha dichiarato il difetto di giurisdizione, è stata notificata il 17/12/2007, mentre il ricorso è stato notificato il 21/2/2008 cioè oltre il termine dei 60 gg. Tanto vale a rendere irrilevante, oltre che per manifesta infondatezza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37 c.p.c., proposta dal ricorrente in via subordinata, atteso che, quand'anche la Corte Costituzionale introducesse il principio della *traslatio iudicii* tra GO e giudice speciale, il ricorso in riassunzione risulterebbe comunque notificato oltre il termine di 60 gg dalla notifica della sentenza con cui il GO ha

dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

Quanto poi al merito, il GO si era già pronunciato (sentenza n. 336 depositata il 19/7/2007 dal Tribunale di Bergamo) in maniera favorevole all'Istituto in altro procedimento, originato da opposizione a cartella fondata sul medesimo accertamento ispettivo INPS, per il medesimo periodo (luglio 1994-dicembre 1997), ma relativo a contributi previdenziali INPS e non a quelli del SSN, oggetto della presente controversia: a tale sentenza fa esplicito riferimento.

DIRITTO — L'art. 21 del D. Lgs 31/12/1992, n. 546, testualmente recita: *"il ricorso deve essere proposto a pena di inammissibilità entro 60 gg. dalla data della notificazione dell'atto impugnato. La notificazione della cartella di pagamento vale anche come notificazione del ruolo. Omissis"*.

Tale articolo, per il vero, non offre novità di contenuti se si tiene conto, anzitutto, che il carattere di perentorietà del termine di impugnativa, espressamente previsto a pena di inammissibilità (60 gg, dalla notificazione dell'atto impugnato), era già ritenuto tale dalla giurisprudenza, fatta comunque salva la sospensione feriale dei termini (dal 1° agosto al 15 settembre di ciascun anno) di cui alla L. 7/8/1969, n. 742, applicabile (per *ius receptum*) anche al processo tributario.

Si evidenzia in proposito che l'intempestività del ricorso attiene ad un presupposto processuale e come tale è sempre rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio.

Sotto altro profilo, le argomentazioni puntuali e circostanziate dell'Istituto previdenziale interessato sulla possibilità della *traslatio iudicii* fra GA e GO, ma non fra GO e giudice speciale (qual è per l'appunto la Commissione Tributaria) appaiono condivisibili ed esenti da ogni possibile rilievo di carattere tecnico. Ne viene che il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per perenzione dei termini utili per proporre impugnazione.

(Omissis)

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)**

ELISABETTA BERGAMINI

Ricercatore di diritto internazionale
Università degli studi di Udine

**SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
14 ottobre 2008**

“Diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri - Diritto internazionale privato in materia di cognomi - Collegamento, ai fini della determinazione della legge applicabile, alla sola cittadinanza - Figlio minorenni nato e residente in uno Stato membro e che possiede la cittadinanza di un altro Stato membro - Mancato riconoscimento nello Stato membro di cui è cittadino del cognome acquisito nello Stato membro di nascita e di residenza”.

Nel procedimento C-353/06, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dall’Amtsgericht Flensburg (Germania) con decisione 16 agosto 2006, pervenuta in cancelleria il 28 agosto 2006, nella causa promossa da: *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*, LA CORTE (Grande Sezione),

(*omissis*)

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione degli artt. 12 CE e 18 CE.

(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.europa.eu/it. La versione elettronica è gratuita e non autentica. In caso di discordanza prevale la versione definitiva pubblicata nella “*Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado*”. La scheda relativa alla sentenza 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione c. Italia*, è stata scritta da Riccardo Ambesi Impiombato, Dottorando di ricerca in diritto dell’Unione europea nell’Università degli Studi di Udine.

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. Grunkin e la sig.ra Paul, da una parte, e lo Standesamt Niebüll (Ufficio dello stato civile della città di Niebüll), dall'altra, in merito al rifiuto, da parte di quest'ultimo, di riconoscere il cognome del figlio Leonhard Matthias, così come esso è stato determinato e registrato in Danimarca, e di iscrivere quest'ultimo nel libretto di famiglia aperto per loro presso il detto servizio.

Contesto normativo tedesco

Il diritto internazionale privato

3. L'art. 10, n. 1, delle disposizioni preliminari al codice civile (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; in prosieguo: l'"EGBGB") dispone quanto segue:

"Il cognome di una persona è disciplinato dalla legge dello Stato di cui essa possiede la cittadinanza".

Il diritto civile

4. Per quanto riguarda la determinazione del cognome del figlio di genitori che portano cognomi diversi, l'art. 1617 del codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch; in prosieguo: il "BGB") così recita:

"(1) Qualora i genitori non portino un cognome coniugale e abbiano la custodia congiunta del figlio, essi devono scegliere, mediante dichiarazione resa dinanzi ad un ufficiale dello stato civile, il cognome del padre o quello della madre al momento della dichiarazione quale cognome da assegnare al figlio alla nascita (...).

(2) Qualora i genitori non abbiano effettuato la dichiarazione entro un mese dalla nascita del figlio, il Familiengericht [tribunale della famiglia] conferisce ad uno dei genitori il diritto di stabilire il cognome del figlio. Il paragrafo 1 è applicabile mutatis mutandis. Il giudice può fissare al genitore un termine per l'esercizio di tale diritto. Qualora il diritto di scegliere il cognome non venga esercitato prima della scadenza del termine, al figlio viene assegnato il cognome del genitore cui è stato conferito tale diritto.

(3) Qualora il figlio sia nato al di fuori del territorio tedesco, il giudice attribuisce a un genitore il diritto di sceglierne il cognome ai sensi del paragrafo 2 soltanto se un genitore o il figlio lo richiede, ovvero se occorre indicare il cognome del figlio in un atto dello stato civile tedesco o su un documento d'identità tedesco".

Causa principale e questione pregiudiziale

5. Il 27 giugno 1998 nasceva in Danimarca Leonard Matthias Grunkin-Paul, figlio della sig.ra Paul e del sig. Grunkin, che all'epoca erano sposati e che sono entrambi cittadini tedeschi. È anch'egli cittadino tedesco e vive dalla nascita in Danimarca.

6. In conformità al certificato di riconoscimento del nome ("navnebevis") rilasciato dalla competente autorità danese, il figlio riceveva, in virtù del diritto danese, il

cognome Grunkin-Paul, che veniva ugualmente iscritto nel suo atto di nascita danese.

7. Gli uffici dello stato civile tedesco si rifiutavano di riconoscere il cognome del figlio così come esso era stato determinato in Danimarca in quanto, in forza dell'art. 10 dell'EGBGB, il cognome di una persona è disciplinato dalla legge dello Stato di cui essa possiede la cittadinanza e il diritto tedesco non consente a un figlio di portare un doppio cognome composto da quello del padre e da quello della madre. I ricorsi presentati dai genitori del piccolo Leonhard Matthias avverso tale rifiuto venivano respinti.

8. I genitori del bambino, che nel frattempo hanno divorziato, non portavano un cognome coniugale e si sono rifiutati di determinare il cognome del figlio in conformità all'art. 1617, paragrafo 1, del BGB.

9. L'Amtsgericht Niebüll veniva adito dallo Standesamt Niebüll per decidere sul trasferimento a uno dei genitori del piccolo Leonhard Matthias del diritto di determinare il cognome di quest'ultimo in applicazione dell'art. 1617, paragrafi 2 e 3, del BGB. Tale giudice sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE. Nella sua sentenza 27 aprile 2006, causa C-96/04, Standesamt Stadt Niebüll (Racc. pag. I-3561), la Corte dichiarava che l'Amtsgericht Niebüll, adito nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione, agiva in qualità di autorità amministrativa senza essere al contempo chiamato a dirimere una controversia, di modo che non si poteva ritenere che esso esercitasse un'attività giurisdizionale. Per questo motivo, la Corte si dichiarava incompetente a risolvere la questione sottoposta.

10. Il 30 aprile 2006 i genitori del piccolo Leonhard Matthias chiedevano all'autorità competente di iscrivere quest'ultimo con il cognome Grunkin-Paul nel libretto di famiglia tenuto a Niebüll. Con decisione 4 maggio 2006, lo Standesamt Niebüll respingeva tale richiesta d'iscrizione adducendo che il diritto tedesco in materia di cognomi non la consentiva.

11. Il 6 maggio 2006 i genitori del detto bambino adivano l'Amtsgericht Flensburg chiedendo che fosse ingiunto allo Standesamt Niebüll di riconoscere il cognome del figlio così come determinato e registrato in Danimarca e di iscriverlo nel libretto di famiglia con il nome Leonhard Matthias Grunkin-Paul.

12. Il giudice del rinvio constata che non è possibile ingiungere allo Standesamt Niebüll di iscrivere un cognome non ammesso in base al diritto tedesco, ma nutre tuttavia dubbi in merito alla compatibilità con il diritto comunitario del fatto che un cittadino dell'Unione sia costretto a portare un cognome diverso in diversi Stati membri.

13. Stanti tali premesse, l'Amtsgericht Flensburg ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se, alla luce del divieto di discriminazione contenuto nell'art. 12 CE e in considerazione della libertà di circolazione garantita ad ogni cittadino dell'Unione dall'art. 18 CE, sia valida la norma di conflitto prevista dall'art. 10 dell'EGBGB in quanto, riguardo alla normativa sul nome di una persona, essa fa riferimento solo alla cittadinanza".

Sulla questione pregiudiziale

14. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 12

CE e 18 CE ostino al fatto che le autorità competenti di uno Stato membro rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio - che, al pari dei genitori, possiede solo la cittadinanza del primo Stato membro - è nato e risiede sin dalla nascita.

Sull'ambito di applicazione del Trattato CE

15. In limine, occorre constatare che la situazione del piccolo Leonhard Matthias rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato CE.

16. Infatti, sebbene allo stato attuale del diritto comunitario le norme che disciplinano il cognome di una persona rientrino nella competenza degli Stati membri, questi ultimi, nell'esercizio di tale competenza, devono tuttavia rispettare il diritto comunitario, a meno che non si tratti di una situazione interna che non ha alcun collegamento con il diritto comunitario (v. sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, Garcia Avello, Racc. pag. I-11613, punti 25 nonché 26 e giurisprudenza citata).

17. Ebbene, la Corte ha già dichiarato che un siffatto collegamento con il diritto comunitario esiste nel caso di figli che siano cittadini di uno Stato membro e al contempo soggiornino legalmente nel territorio di un altro Stato membro (v. sentenza Garcia Avello, cit., punto 27).

18. Pertanto, in linea di principio, il piccolo Leonhard Matthias può a buon diritto invocare, nei confronti dello Stato membro di cui è cittadino, il diritto conferito dell'art. 12 CE di non subire una discriminazione basata sulla sua cittadinanza, nonché il diritto, sancito dall'art. 18 CE, di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Sull'art. 12 CE

19. Per quanto riguarda l'art. 12 CE, occorre tuttavia constatare, innanzi tutto, che, come affermato da tutti gli Stati membri che hanno presentato osservazioni alla Corte nonché dalla Commissione delle Comunità europee, il piccolo Leonhard Matthias, in Germania, non subisce alcuna discriminazione in base alla cittadinanza.

20. Infatti, dato che il detto bambino e i suoi genitori possiedono unicamente la cittadinanza tedesca e che, per l'attribuzione del cognome, la norma di conflitto tedesca oggetto della causa principale fa riferimento al diritto sostanziale tedesco in materia di cognomi, la determinazione del cognome di tale bambino in Germania in conformità alla normativa tedesca non può costituire una discriminazione fondata sulla cittadinanza.

Sull'art. 18 CE

21. Occorre ricordare che una normativa nazionale che svantaggia taluni cittadini nazionali per il solo fatto che hanno esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute a tutti i cittadini dell'Unione dall'art. 18, n. 1, CE (v. sentenze 18 luglio 2006, causa C-

406/04, De Cuyper, Racc. pag. I-6947, punto 39, e 22 maggio 2008, causa C-499/06, Nerkowska, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 32).

22. Orbene, il fatto di essere obbligati a portare, nello Stato membro di cui si è cittadini, un cognome differente da quello già attribuito e registrato nello Stato membro di nascita e di residenza è idoneo ad ostacolare l'esercizio del diritto a circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, sancito dall'art. 18 CE.

23. Occorre infatti rammentare che la Corte ha già dichiarato, per quanto riguarda i figli in possesso della cittadinanza di due Stati membri, che una situazione di diversità di cognomi è tale da generare per gli interessati seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti, in particolare, dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza (sentenza Garcia Avello, cit., punto 36).

24. Siffatti seri inconvenienti possono presentarsi allo stesso modo in una situazione come quella di cui alla causa principale. Infatti, a tale proposito poco importa se la diversità dei cognomi è conseguenza della doppia cittadinanza degli interessati o della circostanza che, nello Stato di nascita e di residenza, la determinazione del cognome è collegata alla residenza, mentre nello Stato di cui questi ultimi possiedono la cittadinanza tale determinazione è collegata alla cittadinanza.

25. Come rileva la Commissione, numerose azioni della vita quotidiana, sia nel settore pubblico sia in quello privato, richiedono la prova dell'identità, prova che di norma è fornita dal passaporto. Poiché il piccolo Leonhard Matthias possiede unicamente la cittadinanza tedesca, il rilascio del detto documento rientra esclusivamente nella competenza delle autorità tedesche. Ebbene, qualora queste ultime si oppongano al riconoscimento del cognome così come esso è stato determinato e registrato in Danimarca, a tale bambino verrà rilasciato dalle dette autorità un passaporto nel quale figurerà un cognome diverso da quello che egli ha ricevuto in quest'ultimo Stato membro.

26. Di conseguenza, ogni volta che l'interessato dovrà dimostrare la sua identità in Danimarca, Stato membro in cui è nato e risiede sin dalla nascita, egli rischia di essere obbligato a dissipare dubbi sulla sua identità e ad allontanare sospetti di falsa dichiarazione suscitati dalla divergenza tra, da una parte, il cognome che egli utilizza da sempre nella vita quotidiana - che compare sia nei registri delle autorità danesi sia in tutti i documenti ufficiali che lo riguardano redatti in Danimarca, come, tra l'altro, l'atto di nascita - e, dall'altra parte, il cognome che figura sul suo passaporto tedesco.

27. Inoltre, la quantità di documenti - in particolare attestati, certificati e diplomi - dai quali emerge una divergenza per quanto riguarda il cognome dell'interessato rischia di aumentare nel corso degli anni, in quanto il bambino ha un rapporto molto stretto sia con la Danimarca sia con la Germania. Dal fascicolo emerge infatti che egli, pur vivendo principalmente con la madre in Danimarca, soggiorna regolarmente in Germania per visitare il padre, che vi si è stabilito dopo il divorzio.

28. Orbene, ogni volta che il cognome utilizzato in una situazione concreta non corrisponde a quello che figura nel documento presentato come prova dell'identità di una persona - in particolare per fruire di una qualsiasi prestazione o di un qualsiasi

diritto, oppure per attestare il superamento di prove o l'acquisizione di capacità - o che il cognome che figura in due documenti presentati congiuntamente non è lo stesso, una siffatta divergenza di cognome è idonea a suscitare dubbi in merito all'identità di tale persona e all'autenticità dei documenti prodotti o alla veridicità dei dati in essi contenuti.

29. Un ostacolo alla libera circolazione come quello risultante dai seri inconvenienti descritti ai punti 23-28 della presente sentenza può essere giustificato solo se è basato su considerazioni oggettive e se è adeguatamente commisurato allo scopo legittimamente perseguito (v., in questo senso, sentenza 11 settembre 2007, causa C-318/05, Commissione/Germania, Racc. pag. I-6957, punto 133 e giurisprudenza citata).

30. Per giustificare il collegamento esclusivo della determinazione del cognome alla cittadinanza, il governo tedesco e taluni degli altri governi che hanno presentato osservazioni alla Corte affermano, tra l'altro, che tale collegamento costituisce un criterio oggettivo che consente di determinare il cognome di una persona in modo certo e continuo, di garantire l'unicità del cognome nell'ambito della Patria e di mantenere le relazioni tra i membri di una famiglia allargata. Inoltre, tale criterio sarebbe diretto a far sì che tutte le persone che posseggono una determinata cittadinanza siano trattate allo stesso modo e ad assicurare un'identica determinazione del cognome delle persone aventi la medesima cittadinanza.

31. Orbene, nessuno dei motivi dedotti a sostegno del collegamento della determinazione del cognome di una persona alla sua cittadinanza, per quanto possano di per sé essere legittimi, merita di essere considerato talmente importante da giustificare che le autorità competenti di uno Stato membro, in circostanze come quelle della causa principale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio è nato e risiede sin dalla nascita.

32. Infatti, nei limiti in cui il collegamento alla cittadinanza ha lo scopo di garantire che il cognome di una persona possa essere determinato in modo continuo e stabile, occorre constatare, come ha fatto la Commissione, che, in circostanze come quelle della causa principale, siffatto collegamento sfocerà in un risultato contrario a quello voluto. In effetti, ogni volta che il figlio attraversa la frontiera tra la Danimarca e la Germania, porterà un nome diverso.

33. Quanto all'obiettivo di garantire l'unicità del cognome nell'ambito della Patria, è sufficiente constatare che nella causa in esame non si pone un problema di questo genere.

34. Peraltro, il collegamento della determinazione del cognome di una persona alla sua cittadinanza, operato dal diritto internazionale privato tedesco, non è privo di eccezioni. È infatti pacifico che le regole di conflitto tedesche relative alla determinazione del cognome di un figlio consentono un collegamento alla residenza abituale di uno dei genitori quando questa si trova in Germania. Pertanto, un figlio che, al pari dei genitori, non possiede la cittadinanza tedesca, può tuttavia vedersi attribuire in Germania un cognome formato ai sensi della normativa tedesca quando la residenza abituale di uno dei suoi genitori si trova in Germania. Una situazione simile a quella del piccolo Leonhard Matthias potrebbe quindi verificarsi anche in

Germania.

35. Il governo tedesco asserisce inoltre che la normativa nazionale non permette l'attribuzione di cognomi composti per motivi di ordine pratico. A suo avviso, deve essere possibile limitare la lunghezza dei cognomi. Esso adduce che il legislatore tedesco ha adottato disposizioni affinché la generazione seguente non sia costretta a rinunciare ad una parte del cognome: ciò che una generazione guadagnerebbe in termini di libertà se i doppi cognomi fossero ammessi sarebbe perso dalla generazione successiva. Quest'ultima, infatti, non disporrebbe più delle stesse possibilità di combinazione a disposizione della generazione precedente.

36. Tuttavia, siffatte considerazioni di praticità amministrativa non sono sufficienti a giustificare un ostacolo alla libera circolazione come quello constatato ai punti 22-28 della presente sentenza.

37. Peraltro, come emerge dalla decisione di rinvio, la normativa tedesca non esclude in toto la possibilità di attribuire cognomi composti a figli di cittadinanza tedesca. Come ha confermato il governo tedesco in udienza, infatti, quando uno dei genitori possiede la cittadinanza di un altro Stato, i genitori possono scegliere di formare il cognome del figlio secondo la normativa di tale Stato.

38. Inoltre, occorre dichiarare che dinanzi alla Corte non è stata dedotta alcuna specifica ragione eventualmente idonea ad ostare al riconoscimento del cognome del piccolo Leonhard Matthias così com'è stato attribuito e registrato in Danimarca, come ad esempio la contrarietà di tale cognome all'ordine pubblico in Germania.

39. Alla luce delle osservazioni che precedono, occorre risolvere la questione sollevata nel senso che, in circostanze come quelle della causa principale, l'art. 18 CE osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio - che, al pari dei genitori, possiede solo la cittadinanza del primo Stato membro - è nato e risiede sin dalla nascita.

(omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'art. 18 CE, in circostanze come quelle della causa principale, osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio - che, al pari dei genitori, possiede solo la cittadinanza del primo Stato membro - è nato e risiede sin dalla nascita.

* * * * *

La creazione della cittadinanza dell'Unione europea ad opera del Trattato di Maastricht ha rafforzato la necessità di tutelare il cittadino comunitario non solo come soggetto singolo, ma come parte di un gruppo familiare avente diritto alla propria

identità. Nell'obbligo di non sottoporre il cittadino comunitario a discriminazioni basate sulla sua nazionalità rientra, infatti, anche l'obbligo di identificarlo allo stato civile con il suo nome che rappresenta la sua identità collegata anche al nucleo familiare. (Sulla nozione di cittadinanza dell'Unione vedi M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, 2° edizione, Milano, 2006; L.S. Rossi, *I cittadini*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, tomo I, II edizione, 2006, p.97 ss. Sul punto vedi anche la sentenza 30 marzo 1993, causa C-168/91, *Kostantinidis*, in *Racc.*, p. I-1191, nella quale il signor Kostantinidis, cittadino greco stabilito in Germania, contestava la translitterazione del suo nome sulla base del diritto tedesco, effettuata in maniera tale da modificare la relativa pronuncia e snaturarne l'identità. La Corte ha ritenuto che la previsione dell'ordinamento tedesco finisse con l'ostacolare il diritto di stabilimento, violando l'art. 52 del Trattato CE.)

Il primo esempio di questa necessità si trova nella pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Garcia Avello* (Sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Racc.*, p. I-11613. Per un commento vedi S. Tonolo, *La legge applicabile al nome dei bipoliti nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 957 ss.) Nel caso in questione due coniugi con diversa cittadinanza, marito spagnolo e moglie belga, contestavano l'impossibilità derivante dalla normativa belga di attribuire ai loro figli il nome derivante dalla normativa spagnola, che prevede che i figli siano designati con un cognome composto da parte del cognome del padre e parte di quello della madre. Essi erano stati invece registrati all'anagrafe con lo stesso cognome del padre, come previsto dalla devoluzione del cognome regolata in base alla legge belga, dove i coniugi risiedevano.

La Corte, richiesta di pronunciarsi in seguito a un rinvio pregiudiziale scaturito dal rifiuto di adeguare il cognome dei figli, ha correttamente stabilito che in questo modo veniva operata una discriminazione basata sulla cittadinanza a carico di cittadini comunitari, i figli, che possedevano sia la cittadinanza belga che quella spagnola e rischiavano di vedersi qualificare con nomi diversi in paesi diversi: la situazione avrebbe così potuto generare nel paese di origine del padre, un equivoco sulla qualificazione dei medesimi come figli del sig. Garcia Avello, essendo il medesimo cognome segno del legame fra fratelli.

Si tratta quindi della necessità di essere identificati con il nome loro spettante in base alla legge nazionale anche al fine di rispettare la loro appartenenza al nucleo familiare. In questo modo l'esigenza di considerare e tutelare la famiglia è considerata connaturata alla creazione della cittadinanza dell'Unione europea e all'attribuzione del relativo status. La sentenza *Garcia Avello* ha conseguentemente prodotto effetti sul sistema italiano di diritto internazionale privato e in particolare sulla sua applicazione da parte dei giudici nazionali (sul punto si rinvia a BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 589 ss. e alle due sentenze Trib. Bologna, decreto 9 giugno 2004 in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 441 ss. con nota di M. N. Bugetti, *L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari* e Tribunale Roma, decreto 15 ottobre 2004, in *Il Corriere Giuridico*, 2005, p. 677, con nota di A. Barone, E. Calò, *Il cognome dei soggetti bipoliti nell'ordina-*

mento comunitario).

La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Grunkin-Paul riprende e meglio specifica questi principi traendo origine dal fatto che il piccolo Matthias Grunkin-Paul, figlio dei coniugi Dorothee Paul e Stefan Grunkin, entrambi cittadini tedeschi, è nato e vive in Danimarca, Paese in cui è possibile portare il doppio cognome. Egli è quindi stato iscritto come tale nel suo atto di nascita danese, mentre le autorità del suo Paese di cittadinanza (la Germania) rifiutano il riconoscimento di tale attribuzione. La Corte dichiara che il fatto di essere obbligati a portare, nello Stato membro di cui si è cittadini, un cognome differente da quello già attribuito e registrato nello Stato membro di nascita e di residenza è idoneo ad ostacolare l'esercizio da parte dei cittadini comunitari del diritto a circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Le argomentazioni della Germania circa l'applicazione delle proprie regole di diritto internazionale privato, che portavano a ritenere applicabile il diritto tedesco e quindi a negare la rilevanza del doppio cognome, non sono sufficienti per ritenere la previsione giustificata. Resta quindi aperto il problema se le affermazioni della Corte possano essere ritenute di una portata tale da incidere direttamente sulla generalità delle norme di diritto internazionale privato degli Stati membri dell'Unione europea, o meglio se sia possibile desumere da queste un principio in base al quale sussista un implicito obbligo di coordinamento fra i sistemi nazionali, finalizzato a riconoscere gli stati giuridici familiari dei cittadini dell'Unione europea.

Si tenga anche presente che sulla questione Grunkin-Paul la Corte di giustizia era stata chiamata a pronunciarsi anche nella causa C-96/04 (sentenza 27 aprile 2006, causa C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*, in *Racc.*, p. I-3561), nella quale però la Corte si era dichiarata incompetente a risolvere la questione sottoposta in quanto il giudice che aveva effettuato il rinvio (l'Amtsgericht Niebüll) era stato adito nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione e quindi agiva in qualità di autorità amministrativa senza essere chiamato a dirimere una controversia: di conseguenza non aveva i requisiti per essere considerato una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE.

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)
13 novembre 2008

“Inadempimento di uno Stato - Art. 141 CE - Politica sociale - Parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile - Nozione di “retribuzione” - Regime pensionistico dei dipendenti pubblici”.

Nella causa C-46/07, avente ad oggetto un ricorso per inadempimento, ai sensi dell’art. 226 CE, presentato il 1° febbraio 2007, *Commissione delle Comunità europee*, contro *Repubblica italiana*, LA CORTE (Quarta Sezione),

(*omissis*)

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Col suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diversa a seconda se siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all’art. 141 CE.

2. La Repubblica italiana conclude per il rigetto del ricorso e la condanna della Commissione alle spese.

Ambito normativo nazionale

3. La legge 23 ottobre 1992, n. 421 (Supplemento ordinario alla GURI n. 257 del 31 ottobre 1992), fornisce il quadro giuridico del regime pensionistico di cui trattasi nella presente causa. Tale regime si applica ai dipendenti pubblici e agli altri lavoratori del settore pubblico nonché ai lavoratori che in passato avevano prestato servizio per un ente pubblico.

4. Tale regime pensionistico è gestito dall’Istituto nazionale della previdenza per i dipendenti dell’amministrazione pubblica (in prosieguo: l’“INPDAP”), istituito con decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 479 (Supplemento ordinario alla GURI n. 178 del 1° agosto 1994, pag. 20).

5. Il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (Supplemento ordinario alla GURI n. 305 del 30 dicembre 1992), disciplina più in dettaglio taluni aspetti del regime pensionistico gestito dall’INPDAP.

6. Ai sensi del suo articolo 5, i dipendenti pubblici hanno diritto alla pensione di vecchiaia nell’ambito del regime gestito dall’INPDAP alla stessa età prevista dal sistema pensionistico gestito dall’Istituto nazionale della previdenza sociale (in prosieguo: l’“INPS”) per le categorie generali di lavoratori. L’età normale per il pensionamento di

vecchiaia nell'ambito di quest'ultimo sistema è di 60 anni per le donne e di 65 per gli uomini, come risulta dal combinato disposto dell'art. 5, n. 1, e della tabella A del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503. Per taluni dipendenti pubblici per i quali era stata precedentemente stabilita un'età pensionabile più elevata, l'art. 2, n. 21, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Supplemento ordinario alla GURI n. 190 del 16 agosto 1995), dispone che, a partire dal 1° gennaio 1996, i dipendenti pubblici di sesso femminile, cui fa riferimento detto art. 5, nn. 1 e 2, possono percepire la pensione di vecchiaia all'età di 60 anni, senza tuttavia prevedere una facoltà analoga per i dipendenti pubblici di sesso maschile.

7. L'articolo 2, n. 9, della legge 8 agosto 1995, n. 335, avente ad oggetto la riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare, precisa che "con effetto dal 1° gennaio 1996, per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (Supplemento ordinario alla GURI n. 30 del 6 febbraio 1993), iscritti alle forme di previdenza esclusiva dell'assicurazione generale obbligatoria, nonché per le altre categorie di dipendenti iscritti alle predette forme di previdenza, si applica, ai fini della determinazione della base contributiva e pensionabile, l'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153 [(Supplemento ordinario alla GURI n. 111 del 30 aprile 1969)] e successive modificazioni e integrazioni (...)".

8. L'articolo 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153, nella versione applicabile alla presente causa, precisa che "per la determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza dal rapporto di lavoro". L'ultimo paragrafo di detto articolo prevede che "la retribuzione come sopra determinata è presa, altresì, a riferimento per il calcolo delle prestazioni a carico delle gestioni di previdenza e assistenza sociale interessate".

9. Il regime pensionistico gestito dall'INPDAP garantisce ai propri iscritti la tutela previdenziale per invalidità, vecchiaia, malattia e superstiti. Esso dispone di un bilancio indipendente finanziato con i contributi e la copertura degli eventuali disavanzi è garantita dalle leggi finanziarie annuali.

La fase precontenziosa del procedimento

10. La Commissione, ritenendo il regime pensionistico gestito dall'INPDAP un regime professionale discriminatorio contrario all'art. 141 CE, in quanto prevede per i dipendenti pubblici che l'età pensionabile sia di 65 anni per gli uomini e di 60 anni per le donne, ha espresso le sue preoccupazioni in una lettera amministrativa del 12 novembre 2004. La Repubblica italiana ha risposto con una lettera in data 10 gennaio 2005, alla quale è stata allegata una relazione dell'INPDAP del 23 dicembre 2004.

11. La Commissione, il 18 luglio 2005, ha inviato alla Repubblica italiana una lettera di costituzione in mora alla quale tale Stato membro non ha risposto.

12. Con lettera del 5 maggio 2006, la Commissione ha inviato un parere motivato invitando detto Stato membro a adottare i provvedimenti necessari al fine di conformarsi a tale parere entro due mesi a decorrere dalla sua ricezione.

13. La Repubblica italiana ha risposto a tale parere motivato con lettera 17 maggio 2006, cui era allegata una nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e

delle politiche sociali, contestando in sostanza la posizione della Commissione relativa alla natura professionale del regime pensionistico gestito dall'INPDAP.

14. La Commissione, non ritenendo soddisfacente la risposta al parere motivato, ha deciso di introdurre il presente ricorso.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

15. La Commissione ritiene che il regime pensionistico gestito dall'INPDAP costituisca un regime discriminatorio contrario all'art. 141 CE in quanto fissa l'età pensionabile a 60 anni per i dipendenti pubblici di sesso femminile, mentre la stessa è fissata a 65 anni per i dipendenti pubblici di sesso maschile.

16. La Commissione sottolinea che la Corte ha confermato, nelle sentenze 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889), e 6 ottobre 1993, causa C-109/91, Ten Oever (Racc. pag. I-4879), che una pensione corrisposta da un datore di lavoro ad un ex dipendente per il rapporto di lavoro tra loro intercorso costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE e che la Corte ha dichiarato, nelle sentenze 28 settembre 1994, causa C-7/93, Beune (Racc. pag. I-4471); 29 novembre 2001, causa C-366/99, Griesmar (Racc. pag. I-9383), nonché 12 settembre 2002, causa C-351/00, Niemi (Racc. pag. I-7007), che le pensioni erogate dallo Stato agli ex dipendenti che hanno prestato servizio nel settore pubblico possono costituire una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE.

17. Nel determinare se una pensione prevista dalla legge, che lo Stato corrisponde ad un ex dipendente, rientri nel campo di applicazione dell'art. 141 CE oppure in quello della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (GU L 6, pag. 24), la Commissione rinvia ai criteri stabiliti nelle sentenze sopra citate Beune e Niemi. Secondo la Commissione, occorre esaminare se, nella presente causa, siano soddisfatti i tre criteri che risultano da questa giurisprudenza affinché un regime pensionistico sia qualificato come regime professionale, vale a dire che la pensione interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, che sia direttamente funzione degli anni di servizio prestati e che il suo importo sia calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico.

18. La Commissione, al fine di qualificare il regime pensionistico in questione, fa riferimento alla relazione dell'INPDAP del 23 dicembre 2004, allegata alla lettera della Repubblica italiana del 10 gennaio 2005 e da cui risulta, secondo la Commissione, che la pensione versata nell'ambito di tale regime risponde a questi tre criteri.

19. Secondo la Commissione, il fatto che il regime pensionistico gestito dall'INPDAP sia disciplinato direttamente dalla legge, non sarebbe sufficiente per escluderlo dal campo di applicazione dell'art. 141 CE. Infatti, nella citata sentenza Beune, la Corte avrebbe esplicitamente respinto questo criterio puramente formale.

20. Inoltre, il fatto che il regime pensionistico gestito dall'INPDAP sia improntato all'obiettivo di politica sociale di tener conto delle regole del sistema pensionistico gestito dall'INPS riguardante categorie generali di lavoratori non sarebbe sufficiente,

secondo la Commissione, per escludere il suddetto regime dal campo di applicazione dell'art. 141 CE.

21. Per di più, secondo la Commissione, che fa riferimento alle sentenze precitate Griesmar e Niemi, è chiaro che la pensione che rientra nel regime pensionistico gestito dall'INPDAP è versata dallo Stato in qualità di datore di lavoro, criterio che la Corte ha ritenuto essenziale.

22. Per quanto riguarda l'argomento della Repubblica italiana relativo alla portata del regime pensionistico gestito dall'INPDAP, la Commissione si basa sulla citata sentenza Niemi in cui la Corte si sarebbe già pronunciata sulla qualifica di un regime professionale che copre diverse categorie di lavoratori concludendo che, qualora siano soddisfatti i tre criteri menzionati al punto 17 della presente sentenza, il fatto che tale regime ricopra diverse categorie di lavoratori non avrebbe alcuna rilevanza.

23. A tal riguardo, la Commissione fa anche riferimento alla sentenza 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, Schönheit e Becker (Racc. pag. I-12575), e osserva che la Corte, nella citata sentenza Niemi, ha qualificato come regime professionale un regime che copre diverse categorie di lavoratori, ma tutti appartenenti al settore pubblico e ha così considerato l'insieme dei dipendenti pubblici come una categoria particolare.

24. Infine, la Commissione contesta l'argomento della Repubblica italiana secondo cui l'introduzione di differenziazioni di disciplina dell'età pensionabile in funzione del regime, sia esso l'INPS o l'INPDAP, comporterebbe un'intollerabile disparità di trattamento tra i lavoratori del settore privato e i dipendenti pubblici. Essa sostiene che tale argomento deriva dalla premessa erronea secondo cui il regime pensionistico gestito dall'INPDAP è un regime legale e non un regime professionale. Inoltre, la Commissione fa notare che le similitudini esistenti tra questi due regimi non sarebbero pertinenti.

25. La Repubblica italiana contesta l'inadempimento addebitato facendo valere il carattere legale del regime pensionistico gestito dall'INPDAP.

26. A tal riguardo, tale Stato membro, richiama, in primo luogo, il contesto delle privatizzazioni e delle riforme nel settore del pubblico impiego nel quale si inquadra il regime in questione.

27. Il processo di privatizzazione che la Repubblica italiana ha condotto, a decorrere dagli anni '90, nel settore del pubblico impiego, avrebbe come conseguenza che, ad eccezione di alcune funzioni particolari, quali la magistratura, le forze armate, la diplomazia, le prefetture e l'avvocatura dello Stato, il rapporto di lavoro pubblico è stato progressivamente attratto nella contrattazione collettiva e, successivamente, assimilato in tutto ad un rapporto di impiego privato.

28. In secondo luogo, la Repubblica italiana sottolinea che i limiti di età, fissati a 65 anni per gli uomini e a 60 anni per le donne, sono uniformemente stabiliti, sia per lavoratori iscritti all'INPS che per i lavoratori iscritti all'INPDAP. Pertanto, la normativa contestata manterrebbe, proprio in quanto conforme a quella applicabile alle categorie di lavoratori iscritti all'INPS, una valenza generale, tale da far considerare il regime pensionistico gestito dall'INPDAP come avente natura legale. Considerata l'avvenuta privatizzazione di quasi tutta l'area del pubblico impiego, l'introduzione di differenziazioni nella fissazione dell'età pensionabile comporterebbe un'intollerabile disparità di trattamento tra i lavoratori.

29. Per evidenziare la natura legale del regime pensionistico gestito dall'INPDAP,

la Repubblica italiana fa valere che l'art. 3 del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 479, prevede un unico e uniforme regime di organizzazione dell'INPDAP e dell'INPS per quanto riguarda gli organi di gestione.

30. A questo stesso fine, la Repubblica italiana sottolinea che l'INPDAP conferisce inoltre ai suoi iscritti prestazioni che non costituiscono il corrispettivo dei contributi versati e pone l'accento sulle modalità di finanziamento del regime pensionistico di cui è causa.

31. In terzo luogo, tale Stato membro contesta il parere della Commissione secondo cui si potrebbero raggruppare in una sola categoria professionale tanti e diversi dipendenti pubblici.

32. La Repubblica italiana fa valere, in quarto luogo, che la Commissione non può basare la sua valutazione del regime pensionistico di cui è causa sulla relazione dell'INPDAP. A tale proposito, questo Stato membro sottolinea che tale relazione si fonda su disposizioni precedenti alla messa in mora e quindi inutilizzabili come elementi di prova. Inoltre, non sarebbe corretto dedurre da tale relazione che la pensione che rientra nel regime pensionistico gestito dall'INPDAP viene calcolata con riferimento agli anni di servizio prestati e allo stipendio percepito. A tal riguardo, il detto Stato membro precisa che il termine "retribuzioni", utilizzato dal legislatore italiano per indicare il sistema di calcolo delle pensioni, dovrebbe essere inteso come riferito ai contributi che su tali retribuzioni sono stati pagati e che, conformemente all'attuazione della riforma che la Repubblica italiana ha condotto a decorrere dagli anni '90, la pensione tiene conto della media delle retribuzioni percepite nel corso degli ultimi 10 anni e dei corrispondenti contributi versati.

33. All'udienza dinanzi alla Corte, la Repubblica italiana ha sostenuto, infine, che la fissazione di un'età pensionabile diversa a seconda del sesso è giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne esistenti ancora nell'evoluzione del contesto socioculturale.

Giudizio della Corte

34. Ai sensi dell'art. 141, n. 1, CE, ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. In base al n. 2, primo comma, di tale articolo, per retribuzione si intende il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

35. Occorre ricordare che, per valutare se una pensione di vecchiaia rientri nel campo di applicazione dell'art. 141 CE, soltanto il criterio relativo alla constatazione che la pensione è corrisposta al lavoratore per il rapporto di lavoro che lo unisce al suo ex datore di lavoro, ossia il criterio dell'impiego, desunto dalla lettera stessa dell'art. 141 CE, può avere carattere determinante (sentenze citate supra Beune, punto 43; Griesmar, punto 28; Niemi, punto 44, nonché Schönheit e Becker, punto 56).

36. Certo, questo criterio non può avere un carattere esclusivo, poiché le pensioni corrisposte da regimi legali previdenziali possono, in tutto o in parte, tener conto della retribuzione dell'attività lavorativa (sentenze citate supra Beune, punto 44; Griesmar,

punto 29; Niemi, punto 46, nonché Schönheit e Becker, punto 57). Ora, siffatte pensioni non costituiscono retribuzioni ai sensi dell'art. 141 CE (v., in tal senso, sentenze 25 maggio 1971, causa 80/70 Defrenne, Racc. pag. 445, punto 13; 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka-Kaufhaus, Racc. pag. 1607, punto 18; Beune, cit., punto 24 e 44; Griesmar, cit., punto 27, nonché Schönheit e Becker, cit., punto 57).

37. Tuttavia, le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica o anche le preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o hanno potuto avere un ruolo nella determinazione di un regime pensionistico da parte di un legislatore nazionale non possono considerarsi prevalenti qualora la pensione interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, sia direttamente funzione degli anni di servizio prestati e il suo importo sia calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico (sentenze citate supra Beune, punto 45; Griesmar, punto 30; Niemi, punto 47, nonché Schönheit e Becker, punto 58).

38. Di conseguenza, gli argomenti della Repubblica italiana, relativi al metodo di finanziamento del regime pensionistico gestito dall'INPDAP, alla sua organizzazione ed alle prestazioni diverse dalle pensioni che esso conferisce, diretti a dimostrare che tale regime costituisce un regime previdenziale ai sensi della citata sentenza Defrenne che non rientra nel campo di applicazione dell'art. 141 CE, non possono essere accolti. Inoltre, il fatto che l'età pensionabile sia fissata in maniera uniforme per i lavoratori che rientrano nel regime di cui è causa e per quelli che rientrano nel regime generale, ossia il sistema pensionistico gestito dall'INPS, non è pertinente per la qualificazione della pensione versata dal regime pensionistico gestito dall'INPDAP.

39. Partendo da queste precisazioni circa il senso del termine "retribuzione" nel settore dei regimi pensionistici occorre esaminare se la pensione versata in forza del regime pensionistico gestito dall'INPDAP corrisponda ai criteri ricordati al punto 37 della presente sentenza.

40. Per quanto riguarda il primo criterio, occorre rilevare che i dipendenti pubblici che beneficiano di un regime pensionistico devono essere considerati come una categoria particolare di lavoratori. Infatti, essi si distinguono dai lavoratori di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un comparto economico o di un settore professionale o interprofessionale soltanto in ragione delle caratteristiche peculiari che disciplinano il loro rapporto di lavoro con lo Stato, con altri enti o datori di lavoro pubblici (sentenze citate supra Griesmar, punto 31, e Niemi, punto 48).

41. Ne deriva che i dipendenti pubblici che beneficiano del regime pensionistico gestito dall'INPDAP costituiscono una categoria particolare di lavoratori.

42. Questo risultato non può essere confutato dagli argomenti dedotti dalla Repubblica italiana. In primo luogo, tale Stato membro fa valere che il regime pensionistico gestito dall'INPDAP comprende, oltre ai dipendenti pubblici, lavoratori del settore pubblico e lavoratori che in passato avevano prestato servizio per un ente pubblico.

43. A tal riguardo, occorre ricordare che il presente ricorso riguarda solo i dipendenti pubblici, per cui, nella presente causa, non si tratta di determinare se i lavoratori del settore pubblico e i lavoratori che in passato avevano prestato servizio per un ente pubblico costituiscano anch'essi una categoria particolare di lavoratori o se costituiscano, considerati unitamente ai dipendenti pubblici, una sola categoria particolare di lavoratori. Inoltre, il fatto che il regime pensionistico gestito dall'INPDAP si applichi

non solo ai dipendenti pubblici ma anche ad altre categorie di lavoratori non può privare i dipendenti pubblici della tutela conferita dall'art. 141 CE allorché gli altri criteri ricordati al punto 37 della presente sentenza sono soddisfatti. Come risulta dal punto 49 della sentenza Niemi sopramenzionata, il fatto che un regime pensionistico comprenda non solo una certa categoria di dipendenti pubblici ma anche l'insieme dei dipendenti dello Stato non ha come conseguenza che la categoria di dipendenti pubblici interessata non possa essere considerata una categoria particolare di lavoratori ai sensi della giurisprudenza della Corte.

44. La Repubblica italiana fa valere, in secondo luogo, che i numerosi e diversi gruppi di dipendenti pubblici non possono essere riuniti in un'unica categoria professionale.

45. A tale riguardo, occorre osservare che, come risulta dal punto 41 della presente sentenza, il regime pensionistico gestito dall'INPDAP si applica ai dipendenti pubblici che costituiscono una categoria particolare di lavoratori. Il fatto che, nell'ambito della categoria dei dipendenti pubblici, si potrebbero identificare diverse categorie non ha rilevanza in quanto questa categoria si distingue, come ricordato al punto 40 della presente sentenza, dagli altri gruppi di lavoratori del settore privato o pubblico per le caratteristiche proprie che disciplinano il rapporto di impiego dei dipendenti pubblici con lo Stato.

46. Di conseguenza, i dipendenti pubblici che rientrano nel regime pensionistico gestito dall'INPDAP costituiscono una categoria particolare di lavoratori ai sensi della giurisprudenza della Corte richiamata al punto 40 della presente sentenza.

47. Per quanto riguarda gli altri due criteri accolti dalla giurisprudenza menzionata al punto 37 della presente sentenza, ossia che la pensione deve essere direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e il suo importo deve essere calcolato in base all'ultima retribuzione del dipendente pubblico, occorre esaminare se essi siano soddisfatti di modo che la pensione versata in forza del regime pensionistico gestito dall'INPDAP possa essere considerata comparabile a quella che verserebbe un datore di lavoro privato ai suoi ex dipendenti.

48. La Commissione si basa a tal riguardo sulla relazione dell'INPDAP del 23 dicembre 2004, che è stata allegata dalla Repubblica italiana alla sua risposta del 10 gennaio 2005 alla lettera amministrativa della Commissione del 12 novembre 2004. Essa deduce da tale relazione che la pensione versata nell'ambito del regime pensionistico gestito dall'INPDAP viene calcolata con riferimento al numero di anni di servizio prestati dal dipendente e allo stipendio base percepito da quest'ultimo prima del suo pensionamento.

49. La Repubblica italiana, pur contestando queste affermazioni per il motivo che tale relazione è basata su disposizioni precedenti alla messa in mora, ammette tuttavia che, conformemente all'attuazione della riforma che la Repubblica italiana ha condotto a decorrere dagli anni '90, la pensione di cui trattasi tiene conto della media delle retribuzioni percepite nell'ultimo decennio e dei contributi versati corrispondenti.

50. Partendo da quest'ultima constatazione, occorre esaminare se questo metodo di calcolo risponda ai due criteri accolti dalla giurisprudenza della Corte.

51. Per quanto riguarda questi due criteri, la Corte, ai punti 33 e 34 della sentenza Griesman, sopramenzionata, ha qualificato come retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE

una pensione il cui importo deriva dal prodotto di una percentuale applicata ad un importo base, il quale è costituito dallo stipendio corrispondente all'ultimo coefficiente retributivo applicabile al dipendente pubblico nel corso degli ultimi sei mesi di attività.

52. Costituisce anche una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE una pensione il cui importo è calcolato sulla base del valore medio della retribuzione percepita nel corso di un periodo limitato ad alcuni anni immediatamente precedenti il ritiro dal lavoro (v. sentenza Niemi, cit., punto 51) nonché una pensione il cui importo è calcolato sulla base dell'importo di tutti i contributi versati durante tutto il periodo di iscrizione del lavoratore e ai quali si applica un fattore di rivalutazione (v. sentenza 1° aprile 2008, causa C-267/06, Maruko, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 55).

53. Ne deriva che la pensione versata in forza del regime pensionistico gestito dall'INPDAP deve essere qualificata come retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE. Infatti, la base di calcolo di tale pensione risponde ai criteri stabiliti dalla Corte nelle citate sentenze Griesmar, Niemi e Maruko.

54. Pertanto, la pensione versata in forza del detto regime pensionistico costituisce una forma di retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE.

55. Come risulta da una costante giurisprudenza, l'art. 141 CE vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, quale che sia il meccanismo che genera questa ineguaglianza. Secondo questa stessa giurisprudenza, la fissazione di un requisito di età che varia secondo il sesso per la concessione di una pensione che costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE è in contrasto con questa disposizione (v. sentenze Barber, cit., punto 32; 14 dicembre 1993, causa C-110/91, Moroni, Racc. pag. I-6591, punti 10 e 20; 28 settembre 1994, causa C-408/92, Avdel Systems, Racc. pag. I-4435, punto 11, nonché Niemi, cit., punto 53).

56. Come sostiene la Commissione, senza essere contraddetta al riguardo dalla Repubblica italiana, il regime pensionistico gestito dall'INPDAP prevede una condizione di età diversa a seconda del sesso per la concessione della pensione versata in forza di tale regime.

57. L'argomento della Repubblica italiana secondo cui la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione di età diversa a seconda del sesso è giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne non può essere accolto. Anche se l'art. 141, n. 4, CE autorizza gli Stati membri a mantenere o a adottare misure che prevedano vantaggi specifici, diretti a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena uguaglianza tra uomini e donne nella vita professionale, non se ne può dedurre che questa disposizione consente la fissazione di una tale condizione di età diversa a seconda del sesso. Infatti, i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione debbono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo [v., per quanto riguarda l'interpretazione dell'art. 6, n. 3, dell'accordo sulla politica sociale concluso tra gli Stati della Comunità europea ad eccezione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (GU 1992, C 191, pag. 91), sentenza Griesmar, cit., punto 64].

58. Ora, la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione d'età diversa a seconda del sesso non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le car-

riere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando queste donne nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante la loro carriera professionale.

59. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre constatare che, mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a ricevere la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 CE.

(*omissis*)

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara e statuisce:

1) Mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 CE.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

* * * * *

Può un trattamento favorevole alle donne, quale il diritto a percepire la pensione di vecchiaia a 60 anni anziché 65, essere tacciato di essere discriminatorio? Secondo la Corte di giustizia europea, il diritto previsto dalla normativa italiana sul regime pensionistico gestito dall'INPDAP per i dipendenti pubblici introduce una forma di disparità di trattamento che è solo apparentemente favorevole alla donna. In particolare, la legge del 23 ottobre 1992, n. 421 prevede il diritto dei dipendenti pubblici di sesso femminile a percepire la pensione di vecchiaia all'età di 60 anni anziché dei 65 anni previsti per i dipendenti pubblici di sesso maschile (per un'analisi sui profili generali con riguardo al tema della parità uomo-donna si veda, Fasano A. Mancarelli P., *Parità e pari opportunità uomo-donna: profili di diritto comunitario e nazionale*, Torino, 2001).

Il giudice di Lussemburgo è stato chiamato a pronunciarsi, su ricorso della Commissione europea contro l'Italia, per l'inadempimento conseguente alla violazione dell'articolo 141 del Trattato sul regime discriminatorio della retribuzione fra lavoratori di sesso maschile e femminile. Per consolidata giurisprudenza si deve considerare la pensione, corrisposta da un datore di lavoro ad un ex dipendente per il rapporto di lavoro tra loro intercorso, alla stregua di una retribuzione ai sensi di una corretta interpretazione del citato articolo (sentenza 28 settembre 1994, causa C-7/93, *Beun*, in *Racc.*, p. I-07007; sentenza 29 novembre 2001, causa C-366/99, *Griesmar*, in *Racc.*, p. I-09383; sentenza 12 settembre 2002, causa C-351/00, *Niemi*, in *Racc.*, p. I-07007, sulla nozione di retribuzione si veda Grandi Z., *Nozione di retribuzione e parità uomo/donna*, in *Orient. Giur. Lav.* 2000).

Occorre aggiungere che una pensione di vecchiaia corrisposta da regimi legali previdenziali, una volta soddisfatte le tre condizioni individuate dalla giurisprudenza (le già citate sentenze *Beune*, *Griesmar* e *Niemi* - specificatamente il regime pensioni-

stico deve (i) interessare solo una categoria di lavoratori, (ii) essere direttamente funzione degli anni di servizio prestati e (iii) il suo importo deve essere calcolato in base all'ultimo stipendio erogato al dipendente), rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 141 e non della direttiva del Consiglio del 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale. Ciò in considerazione del fatto che la pensione è corrisposta al lavoratore in funzione del rapporto di lavoro pregresso - quindi in ragione del criterio dell'impiego indicato dall'articolo.

Per quanto concerne il criterio (i) individuato nel caso *Beune*, non è stata accolta l'obiezione del Governo italiano che il regime pensionistico gestito dall'INPDAP si applichi non solo ai dipendenti pubblici ma anche ad altre categorie di lavoratori. La categoria dei lavoratori pubblici costituisce una categoria particolare di lavoratori per le caratteristiche proprie che disciplinano il rapporto di impiego con lo Stato, differenziandosi così dagli altri gruppi di lavoratori del settore pubblico o privato. Un'altra obiezione è stata sollevata dal Governo italiano in relazione al secondo criterio: la pensione è calcolata sulla media delle retribuzioni percepite nell'ultimo decennio e dei corrispondenti contributi versati, pertanto non rispetterebbe i criteri (ii) e (iii). Anche qui il giudice ha sancito che questo metodo di calcolo rispetta il secondo ed il terzo criterio essendo il risultato finale comparabile all'ammontare che verserebbe un datore di lavoro privato ai suoi ex dipendenti.

Le ragioni che hanno portato alla previsione legislativa italiana oggetto del ricorso, sono il risultato di una concezione della vita lavorativa delle donne, tradizionalmente chiamate a svolgere, in un contesto socio-culturale ancora vivo nel nostro paese, una doppia funzione all'interno delle famiglie, di lavoro domestico e di lavoro retribuito. Questa la ratio di un trattamento più favorevole alle donne che la Commissione europea prima e il giudice poi hanno ritenuto in contrasto con il Trattato, ma che la Repubblica italiana invece riteneva essere giustificato in virtù della previsione dell'articolo 141.4.

In realtà, in un'ottica moderna di lavoro della donna, considerato allo stesso livello di quello maschile, il trattamento di riguardo previsto dalla normativa contestata, ad una più attenta analisi, "non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando queste donne nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante la loro carriera professionale"(punto 58 della sentenza in commento), e dunque non contribuisce ad aiutare la donna ad esercitare la propria professione su un piano paritetico a quello dell'uomo. Questa conclusione è basata su un'interpretazione dell'articolo 141 n. 4 secondo cui i provvedimenti nazionali, aventi lo scopo di ridurre le disparità di fatto che risultano dalla realtà della vita sociale e che pregiudicano la donna nella sua vita lavorativa, devono comunque contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita professionale su di un piano di parità rispetto all'uomo. La fissazione di condizioni di età diverse a seconda del sesso, come correttamente sottolinea il giudice, non contribuisce in alcun modo a compensare gli svantaggi a cui sono esposte le lavoratrici dipendenti pubbliche, né le agevola nella loro vita professionale e, dunque, sono ingiustificatamente discriminatorie.

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
16 dicembre 2008

“Protezione dei dati personali - Cittadinanza europea - Divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza - Direttiva 95/46/CE - Nozione di “necessità” - Trattamento generale di dati personali riguardanti cittadini dell’Unione aventi la nazionalità di un altro Stato membro - Registro centrale degli stranieri”.

Nel procedimento C-524/06, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dall’Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Germania) con decisione 15 dicembre 2006, pervenuta in cancelleria il 28 dicembre 2006, nella causa *Heinz Huber* contro *Bundesrepublik Deutschland*, LA CORTE (Grande Sezione),

(*omissis*)

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l’interpretazione dell’art. 12, primo comma, CE, in combinato disposto con gli artt. 17 CE e 18 CE, dell’art. 43, primo comma, CE e dell’art. 7, lett. e), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU L 281, pag. 31).

2. Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia tra il sig. Huber, cittadino austriaco residente in Germania, e la Bundesrepublik Deutschland, rappresentata dal Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Ufficio federale per l’immigrazione e i rifugiati; in prosieguo: il “Bundesamt”), vertente sulla domanda del sig. Huber diretta ad ottenere la cancellazione dei dati che lo riguardano contenuti nel registro centrale degli stranieri (Ausländerzentralregister; in prosieguo: l’“AZR”).

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. L’ottavo ‘considerando’ della direttiva 95/46 così recita:

“[C]onsiderando che, per eliminare gli ostacoli alla circolazione dei dati personali, il livello di tutela dei diritti e delle libertà delle persone relativamente al trattamento di tali dati deve essere equivalente in tutti gli Stati membri; (...)”.

4. Il decimo ‘considerando’ di tale direttiva aggiunge:

"(...) il ravvicinamento [delle legislazioni nazionali relative al trattamento dei dati personali] non deve avere per effetto un indebolimento della tutela da esse assicurata ma deve anzi mirare a garantire un elevato grado di tutela nella Comunità".

5. L'art. 1, n. 1, della detta direttiva, rubricato "Oggetto della direttiva", dispone quanto segue:

"Gli Stati membri garantiscono, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali".

6. L'art. 2 della stessa direttiva contiene, in particolare, le seguenti definizioni:

"(...)

a) "dati personali": qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile ("persona interessata"); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale;

b) "trattamento di dati personali" ("trattamento"): qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione;

(...)".

7. L'ambito di applicazione della direttiva 95/46 è definito dal suo art. 3 nei seguenti termini:

"1. Le disposizioni della presente direttiva si applicano al trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi.

2. Le disposizioni della presente direttiva non si applicano ai trattamenti di dati personali:

- effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, come quelle previste dai titoli V e VI del Trattato sull'Unione europea, e comunque ai trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale;

- effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico".

8. L'art. 7, lett. e), della detta direttiva stabilisce quanto segue:

"Gli Stati membri dispongono che il trattamento di dati personali può essere effettuato soltanto quando:

(...)

e) è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso

all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il responsabile del trattamento o il terzo a cui vengono comunicati i dati

(...)"

9. L'art. 4 della direttiva del Consiglio 15 ottobre 1968, 68/360/CEE, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità (GU L 257, pag. 13), è così formulato:

"1. Gli Stati membri riconoscono il diritto di soggiorno sul loro territorio alle persone di cui all'articolo 1, che siano in grado di esibire i documenti indicati al paragrafo 3.

2. Il diritto di soggiorno viene comprovato con il rilascio di un documento denominato "carta di soggiorno di cittadino di uno Stato membro della CEE". (...)

3. Per il rilascio della carta di soggiorno di cittadino di uno Stato membro della CEE, gli Stati membri possono esigere soltanto la presentazione dei documenti qui di seguito indicati:

- dal lavoratore:

a) il documento in forza del quale egli è entrato nel loro territorio;

b) una dichiarazione di assunzione del datore di lavoro o un attestato di lavoro;

- dai membri della famiglia:

c) il documento in forza del quale sono entrati nel loro territorio;

d) un documento rilasciato dall'autorità competente dello Stato d'origine o di provenienza attestante l'esistenza del vincolo di parentela;

e) nei casi contemplati dall'articolo 10, paragrafi 1 e 2, del regolamento (CEE) [del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU L 257, pag. 2)], un documento rilasciato dall'autorità competente dello Stato d'origine o di provenienza, da cui risulti che sono a carico del lavoratore o che con esso convivono in detto paese.

(...)"

10. L'art. 10 della direttiva 68/360 così recita:

"Gli Stati membri non possono derogare alle disposizioni della presente direttiva se non per ragioni d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica".

11. L'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 maggio 1973, 73/148/CEE, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi (GU L 172, pag. 14), stabilisce quanto segue:

"Ogni Stato membro riconosce un diritto di soggiorno permanente ai cittadini degli Stati membri che si stabiliscono nel suo territorio per esercitarvi una attività indipendente, quando le restrizioni relative a tale attività siano state soppresse in virtù del Trattato.

Il diritto di soggiorno è comprovato dal rilascio di un documento denominato "carta di soggiorno di cittadino di uno Stato membro delle Comunità europee". Tale documento ha una validità di almeno cinque anni a decorrere dalla data di rilascio; esso è automaticamente rinnovabile.

(...)"

12. L'art. 6 della stessa direttiva così recita:

"Per il rilascio della carta e del permesso di soggiorno lo Stato membro può esigere dal richiedente soltanto:

- a) l'esibizione del documento in forza del quale egli è entrato nel suo territorio;
- b) la prova che egli rientra in una delle categorie di cui agli articoli 1 e 4".

13. L'art. 8 di tale direttiva riprende la deroga di cui all'art. 10 della direttiva 68/360.

14. Il 29 aprile 2004 il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato la direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360, 72/194/CEE, 73/148, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU L 158, pag. 77, e - rettifica - GU 2004, L 229, pag. 35), che doveva essere recepita entro il 30 aprile 2006. L'art. 5 di tale direttiva così dispone:

"1. Senza pregiudizio delle disposizioni applicabili ai controlli dei documenti di viaggio alle frontiere nazionali, gli Stati membri ammettono nel loro territorio il cittadino dell'Unione munito di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità, nonché i suoi familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, muniti di valido passaporto.

(...)

5. Lo Stato membro può prescrivere all'interessato di dichiarare la propria presenza nel territorio nazionale entro un termine ragionevole e non discriminatorio. L'inosservanza di tale obbligo può comportare sanzioni proporzionate e non discriminatorie".

15. L'art. 7, n. 1, di detta direttiva disciplina il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi dei cittadini dell'Unione in uno Stato membro di cui non hanno la nazionalità nei seguenti termini:

"Ciascun cittadino dell'Unione ha il diritto di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro, a condizione:

a) di essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante; o
b) di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante; o

c) - di essere iscritto presso un istituto pubblico o privato, riconosciuto o finanziato dallo Stato membro ospitante in base alla sua legislazione o prassi amministrativa, per seguirvi a titolo principale un corso di studi inclusa una formazione professionale,

- di disporre di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di assicurare all'autorità nazionale competente, con una dichiarazione o con altro mezzo di sua scelta equivalente, di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il suo periodo di soggiorno; o

(...)"

16. Ai sensi dell'art. 8 di detta direttiva:

"1. Senza pregiudizio dell'articolo 5, paragrafo 5, per soggiorni di durata superiore a tre mesi lo Stato membro ospitante può richiedere ai cittadini dell'Unione l'iscrizione presso le autorità competenti.

2. Il termine fissato per l'iscrizione non può essere inferiore a tre mesi dall'ingresso. Un attestato d'iscrizione è rilasciato immediatamente. Esso contiene l'indicazione precisa del nome e del domicilio della persona iscritta e la data dell'avvenuta iscrizione. L'inadempimento dell'obbligo di iscrizione rende l'interessato passibile di sanzioni proporzionate e non discriminatorie.

3. Per il rilascio dell'attestato d'iscrizione, gli Stati membri possono unicamente prescrivere al

- cittadino dell'Unione cui si applica l'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), di esibire una carta d'identità o un passaporto in corso di validità, una conferma di assunzione del datore di lavoro o un certificato di lavoro o una prova dell'attività autonoma esercitata,

- cittadino dell'Unione cui si applica l'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), di esibire una carta d'identità o un passaporto in corso di validità e di fornire la prova che le condizioni previste da tale norma sono soddisfatte,

- cittadino dell'Unione cui si applica l'articolo 7, paragrafo 1, lettera c), di esibire una carta d'identità o un passaporto in corso di validità, di fornire la prova di essere iscritto presso un istituto riconosciuto e di disporre di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi e di esibire la dichiarazione o altro mezzo equivalente di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera c) (...)"

17. L'art. 27 della medesima direttiva, intitolato "Principi generali", stabilisce quanto segue:

"1. Fatte salve le disposizioni del presente capo, gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione [e di soggiorno] di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica. Tali motivi non possono essere invocati per fini economici.

2. I provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza rispettano il principio di proporzionalità e sono adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati. La sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti.

Il comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non sono prese in considerazione.

3. Al fine di verificare se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, in occasione del rilascio dell'attestato d'iscrizione o, in mancanza di un sistema di iscrizione, entro tre mesi dalla data di arrivo dell'interessato nel suo territorio o dal momento in cui ha dichiarato la sua presenza nel territorio in conformità dell'articolo 5, paragrafo 5, ovvero al momento del rilascio della carta di soggiorno, lo Stato membro ospitante può, qualora lo giudichi indispensabile, chiedere

allo Stato membro di origine, ed eventualmente agli altri Stati membri, informazioni sui precedenti penali del cittadino dell'Unione o di un suo familiare. Tale consultazione non può avere carattere sistematico. (...)

(...)"

18. Infine, il regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 11 luglio 2007, n. 862, relativo alle statistiche comunitarie in materia di migrazione e di protezione internazionale e che abroga il regolamento (CEE) n. 311/76 del Consiglio relativo all'elaborazione di statistiche riguardanti i lavoratori stranieri (GU L 199, pag. 23), stabilisce il contesto all'interno del quale gli Stati membri trasmettono alla Commissione delle Comunità europee le statistiche relative ai flussi migratori nei loro rispettivi territori.

La normativa nazionale

19. In conformità all'art. 1, n. 1, della legge 2 settembre 1994, sul registro centrale degli stranieri (Gesetz über das Ausländerzentralregister) (BGBl. 1994 I, pag. 2265), come modificata dalla legge 21 giugno 2005 (BGBl. 1994 I, pag. 1818; in prosieguo: l'"AZRG"), il Bundesamt, che fa capo al Ministero federale dell'Interno, provvede alla gestione dell'AZR, registro centralizzato che raccoglie taluni dati personali relativi agli stranieri che, inter alia, risiedono nel territorio tedesco in modo non esclusivamente temporaneo. Sono interessati gli stranieri che soggiornano in tale territorio per un periodo superiore a tre mesi, come risulta dalla circolare amministrativa generale del Ministero federale dell'Interno 4 giugno 1996, relativa all'AZRG e al regolamento d'applicazione di tale legge (Allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern zum Gesetz über das AZR und zur AZRG-Durchführungsverordnung). Tali informazioni sono raggruppate in due banche dati gestite separatamente, nelle quali sono custoditi dati personali riguardanti, rispettivamente, gli stranieri che vivono o che hanno vissuto in Germania (prima banca dati) e quelli che hanno presentato richiesta di visto (seconda banca dati).

20. A norma dell'art. 3 dell'AZRG, la prima banca dati contiene, in particolare, le seguenti informazioni:

- la denominazione dell'autorità che ha trasmesso i dati;
- il numero di riferimento attribuito dal Bundesamt;
- i motivi dell'iscrizione;
- il cognome, il cognome di nascita, i nomi di battesimo, la data e il luogo di nascita, il sesso, la nazionalità;
- gli altri cognomi e i cognomi precedenti, lo stato civile, le informazioni sui documenti d'identità, l'ultima residenza nello Stato d'origine, le informazioni fornite volontariamente sulla religione e sulla nazionalità del coniuge o del compagno/a;
- le informazioni relative agli ingressi e alle uscite dal territorio, lo status giuridico relativo al diritto di soggiorno, le decisioni dell'Agenzia federale per l'impiego relative al permesso di lavoro, il riconoscimento dello status di rifugiato da parte di un altro Stato, la data di decesso;

- le decisioni relative, tra l'altro, a richieste di asilo, a precedenti richieste di permesso di soggiorno, nonché le informazioni vertenti, in particolare, su procedimenti per espulsione, mandati d'arresto, sospetti di violazione delle leggi sugli stupefacenti o sull'immigrazione o di partecipazione ad attività terroristiche, condanne per siffatte attività, e

- gli avvisi di ricerca.

21. In qualità di autorità incaricata della gestione dell'AZR, il Bundesamt è responsabile dell'esattezza dei dati ivi registrati.

22. A norma dell'art. 1, n. 2, dell'AZRG, mediante la registrazione e la trasmissione dei dati personali degli stranieri il Bundesamt coadiuva le pubbliche amministrazioni incaricate di applicare le disposizioni in materia di immigrazione degli stranieri e di diritto d'asilo, nonché altri organismi pubblici.

23. Ai sensi dell'art. 10, n. 1, di tale legge, la domanda presentata da una pubblica amministrazione e diretta alla consultazione dell'AZR o all'acquisizione di dati personali ivi contenuti deve soddisfare vari requisiti, la cui presenza viene verificata dal Bundesamt caso per caso. Quest'ultimo deve, in particolare, verificare se i dati richiesti da un'amministrazione siano necessari alla realizzazione degli obiettivi di quest'ultima e accertare l'uso preciso che verrà fatto di tali dati. Il Bundesamt è autorizzato a respingere una domanda se essa non soddisfa le condizioni prescritte.

24. Gli artt. 14-21 e 25-27 della detta legge elencano i dati personali che possono essere trasmessi a seconda dell'organismo che ne fa domanda.

25. Così, secondo l'art. 14, n. 1, dell'AZRG, i dati sull'identità e sul domicilio, come pure la data di decesso nonché le informazioni sull'amministrazione incaricata della pratica e la decisione di non trasmettere i dati, possono essere comunicati a tutte le pubbliche amministrazioni tedesche.

26. L'art. 12 di tale legge assoggetta a differenti condizioni di merito e di forma le domande dette "di gruppo", ossia vertenti su un gruppo di persone che presentano una o più caratteristiche comuni. La possibilità di presentare tali domande è concessa solo ad un limitato numero di organismi pubblici. Peraltro, la trasmissione di dati personali in seguito a tale tipo di domanda deve essere notificata ai garanti federali e regionali per la protezione dei dati personali.

27. L'art. 22 della detta legge consente inoltre agli organismi pubblici che dispongano della relativa autorizzazione di consultare direttamente l'AZR avvalendosi di una procedura automatizzata. Tale possibilità, tuttavia, è prevista solo in situazioni tassativamente elencate e previa ponderazione, da parte del Bundesamt, degli interessi della persona in oggetto e dell'interesse generale. Peraltro, siffatta consultazione non è possibile nell'ambito delle domande dette "di gruppo". Gli organismi pubblici autorizzati ex art. 22 dell'AZRG possono altresì, ai sensi dell'art. 7 di tale legge, introdurre direttamente dati e informazioni nell'AZR.

28. Infine, gli artt. 25-27 dell'AZRG individuano i soggetti privati autorizzati ad ottenere taluni dati contenuti nell'AZR.

29. Il giudice del rinvio ha aggiunto che in Germania ogni abitante, a prescindere dal fatto che sia o no cittadino tedesco, deve iscriversi nel registro tenuto dall'amministrazione del comune in cui risiede (Einwohnermelderegister). La Commissione ha precisato in proposito che questo tipo di registro contiene solo una

parte dei dati contenuti nell'AZR, poiché quelli riguardanti, in particolare, lo status giuridico relativo al diritto di soggiorno non vi figurano. Attualmente esistono circa 7 700 registri comunali.

Fatti e questioni pregiudiziali

30. Il sig. Huber, cittadino austriaco, si è stabilito in Germania nel 1996 per esercitarvi la professione di agente assicurativo indipendente.

31. Nell'AZR sono conservati i seguenti dati che lo riguardano:

- cognome, nome, data e luogo di nascita, nazionalità, stato civile, sesso;
- elencazione cronologica degli ingressi nel territorio tedesco e delle uscite da tale territorio, status relativo alla residenza;
- indicazioni sui vari passaporti rilasciati in progresso di tempo;
- elencazione cronologica delle precedenti dichiarazioni di domicilio, e
- dati amministrativi di riferimento del Bundesamt, indicazioni dei servizi che hanno trasmesso i dati, nonché dati amministrativi di riferimento di tali servizi.

32. Ritenendosi discriminato a causa del trattamento dei suoi dati contenuti nell'AZR, in particolare perché per i cittadini tedeschi non esiste una banca dati corrispondente, il 22 luglio 2000 il sig. Huber ha richiesto la cancellazione di tali dati. Detta richiesta è stata respinta il 29 settembre 2000 dall'autorità amministrativa all'epoca responsabile della tenuta dell'AZR.

33. Poiché il reclamo presentato avverso tale decisione è stato a sua volta respinto, il sig. Huber ha presentato un ricorso dinanzi al Verwaltungsgericht Köln (Tribunale amministrativo di Colonia), che ha accolto la sua istanza con sentenza 19 dicembre 2002. Il Verwaltungsgericht Köln ha ritenuto che il trattamento generale, nel contesto di tale registro, dei dati relativi ad un cittadino dell'Unione non avente la nazionalità tedesca costituisca una violazione degli artt. 49 CE e 50 CE non giustificabile dall'obiettivo di un celere trattamento delle questioni in materia di diritto di soggiorno degli stranieri. Tale giudice ha reputato inoltre che la conservazione e il trattamento dei dati controversi fossero in contrasto con gli artt. 12 CE e 18 CE, nonché con gli artt. 6, n. 1, lett. b), e 7, lett. e), della direttiva 95/46.

34. La Bundesrepublik Deutschland, per mezzo del Bundesamt, ha interposto appello contro tale sentenza dinanzi all'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Corte d'appello amministrativa del Land Renania del Nord-Westfalia), il quale ritiene che le varie questioni giuridiche dinanzi ad esso sollevate richiedano un'interpretazione del diritto comunitario da parte della Corte.

35. In primo luogo, il giudice del rinvio rileva che, secondo la giurisprudenza della Corte, un cittadino dell'Unione che risiede legalmente nel territorio di uno Stato membro di cui non ha la nazionalità può avvalersi dell'art. 12 CE in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario. A tale proposito esso ha rinviato alle sentenze 12 maggio 1998, causa C-85/96, Martínez Sala (Racc. pag. I-2691, punto 63); 20 settembre 2001, causa C-184/99, Grzelczyk (Racc. pag. I-6193, punto 32), e 15 marzo 2005, causa C-209/03, Bidar (Racc. pag. I-2119, punto 32). Pertanto, avendo esercitato il suo diritto alla libera circolazione, così come conferitogli dall'art. 18, n. 1, CE, il sig. Huber potrebbe fondare la sua pretesa sul divieto di discri-

minazioni di cui all'art. 12 CE.

36. Orbene, il giudice del rinvio rileva che il trattamento generale dei dati personali relativi al sig. Huber nell'AZR presenta due differenze rispetto al trattamento dei dati relativi ad un cittadino tedesco: da un lato, taluni dei dati relativi al ricorrente nella causa principale non sono conservati unicamente nel registro del comune dove risiede, bensì anche nell'AZR; dall'altro lato, in quest'ultimo figurano dati supplementari.

37. Il giudice del rinvio dubita che una disparità di trattamento di questo genere possa essere giustificata dall'esigenza di controllare il soggiorno degli stranieri nel territorio tedesco. Esso si domanda altresì se il trattamento generale di dati personali relativi a cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità tedesca e che hanno soggiornato o soggiornano nel territorio tedesco sia proporzionato all'obiettivo di tutela della pubblica sicurezza, in quanto l'AZR riguarda la totalità dei detti cittadini e non solo i destinatari di un provvedimento di espulsione dal territorio tedesco o di un divieto di soggiorno in tale territorio.

38. In secondo luogo, il giudice del rinvio ritiene che, nelle circostanze della causa principale, il sig. Huber rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 43 CE. Posto che la libertà di stabilimento non riguarda unicamente l'avvio di un'attività professionale autonoma, bensì anche le condizioni generali del suo esercizio, esso si chiede se il trattamento generale dei dati relativi al sig. Huber nell'AZR sia idoneo ad incidere su queste condizioni in misura tale da comportare una limitazione dell'esercizio di detta libertà.

39. In terzo luogo, il giudice del rinvio si chiede se il criterio di necessità risultante dall'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46 possa fungere da criterio di valutazione di un sistema di trattamento generale di dati come quello istituito nell'ambito dell'AZR. Infatti, detto giudice non esclude l'ipotesi che tale direttiva lasci impregiudicata la competenza del legislatore nazionale a definire autonomamente questo requisito di necessità; tuttavia, se così non fosse, si porrebbe la questione del modo in cui tale requisito deve essere inteso e, in particolare, occorrerebbe chiarire se l'obiettivo della semplificazione amministrativa possa giustificare un trattamento di dati come quello istituito dall'AZRG.

40. Stanti tali premesse, l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se il trattamento generale di dati personali di cittadini dell'Unione in un registro centralizzato degli stranieri sia compatibile con (...) il divieto di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità nei confronti di cittadini dell'Unione che esercitino il loro diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (art. 12, primo comma, CE, in combinato disposto con gli artt. 17 CE e 18, n. 1, CE).

2) [Se un siffatto trattamento sia compatibile con] il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro (art. 43, primo comma, CE).

3) [Se un siffatto trattamento sia compatibile con] il requisito concernente la necessità, di cui all'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46 (...)"

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

41. Con le sue questioni, il giudice del rinvio chiede alla Corte di pronunciarsi in merito alla compatibilità con il diritto comunitario del trattamento di dati personali effettuato nell'ambito di un registro come l'AZR.

42. A tale riguardo occorre rilevare come l'art. 1, n. 2, dell'AZRG stabilisca che, mediante la conservazione nell'AZR di taluni dati personali relativi agli stranieri e la trasmissione di tali dati, il Bundesamt, responsabile della tenuta di tale registro, coadiuva le pubbliche amministrazioni competenti per l'attuazione della normativa in materia di immigrazione degli stranieri e di diritto d'asilo, nonché altri organismi pubblici. Nelle sue osservazioni scritte il governo tedesco ha precisato, in particolare, che l'AZR è utilizzato a fini statistici e in occasione dell'esercizio, da parte dei servizi di sicurezza e di polizia nonché delle autorità giudiziarie, di competenze in materia di azioni giudiziarie e ricerche relative a comportamenti criminali o pericolosi per la pubblica sicurezza.

43. Occorre innanzitutto constatare che dati come quelli contenuti, secondo la decisione di rinvio, nell'AZR e relativi al sig. Huber costituiscono dati personali ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva 95/46, poiché si tratta di "informazion[i] concernent[i] una persona fisica identificata o identificabile". La loro raccolta, conservazione e trasmissione da parte dell'organismo incaricato della gestione del registro che li contiene presentano pertanto carattere di "trattamento di dati personali" ai sensi dell'art. 2, lett. b), di tale direttiva.

44. L'art. 3, n. 2, della direttiva 95/46 esclude tuttavia espressamente dall'ambito di applicazione di quest'ultima, inter alia, i trattamenti di dati personali aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato e le attività dello Stato in materia di diritto penale.

45. Ne consegue che, se certo il trattamento di dati personali ai fini dell'applicazione della normativa in materia di diritto di soggiorno e a fini statistici rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 95/46, lo stesso non può dirsi per quanto riguarda il trattamento di tali dati in vista di un obiettivo connesso alla lotta alla criminalità.

46. Di conseguenza, occorre verificare la compatibilità con il diritto comunitario del trattamento di dati personali effettuato nell'ambito di un registro come l'AZR, assumendo a riferimento, da un lato - per quanto riguarda la sua funzione di sostegno alle pubbliche amministrazioni incaricate dell'applicazione della normativa sul diritto di soggiorno, nonché il suo utilizzo a fini statistici -, le disposizioni della direttiva 95/46 e, più in particolare, vista la terza questione pregiudiziale, il requisito della necessità sancito dall'art. 7, lett. e), di questa medesima direttiva, interpretato in conformità agli obblighi stabiliti dal Trattato, tra cui segnatamente il divieto di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità ai sensi dell'art. 12, primo comma, CE, e, dall'altro lato - per quanto riguarda la funzione di lotta alla criminalità svolta dal menzionato trattamento di dati -, il diritto comunitario primario.

Sul trattamento dei dati personali ai fini dell'applicazione della normativa in materia di diritto di soggiorno e a fini statistici

La nozione di necessità

47. L'art. 1 della direttiva 95/46 prescrive agli Stati membri di garantire la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, in particolare della loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali.

48. Ai sensi del capo II della direttiva 95/46, intitolato "Condizioni generali di liceità dei trattamenti di dati personali", fatte salve le deroghe ammesse dall'art. 13 di tale direttiva, qualsiasi trattamento di dati personali deve essere conforme, da un lato, ai principi relativi alla qualità dei dati, enunciati all'art. 6 di quest'ultima, e, dall'altro, a uno dei principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati elencati all'art. 7 della direttiva stessa (v., in questo senso, sentenza 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, Österreichischer Rundfunk e a., Racc. pag. I-4989, punto 65).

49. In particolare, la lettera e) di detto art. 7 stabilisce che il trattamento di dati personali è lecito se "necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il responsabile del trattamento o il terzo a cui vengono comunicati i dati".

50. In tale contesto, occorre ricordare che la direttiva 95/46 mira, come risulta in particolare dal suo ottavo 'considerando', a rendere equivalente in tutti gli Stati membri il livello di tutela dei diritti e delle libertà delle persone riguardo al trattamento dei dati personali. Il decimo 'considerando' aggiunge che il ravvicinamento delle legislazioni nazionali applicabili in materia non deve avere per effetto un indebolimento della tutela da esse assicurata, ma deve, anzi, mirare a garantire un elevato grado di tutela nella Comunità.

51. La Corte ha così statuito che l'armonizzazione delle suddette legislazioni nazionali non si limita ad un'armonizzazione minima, ma sfocia in un'armonizzazione che, in linea di principio, è completa (v. sentenza 6 novembre 2003, causa C-101/01, Lindqvist, Racc. pag. I-12971, punto 96).

52. Pertanto, considerato l'obiettivo di garantire un livello di tutela equivalente in tutti gli Stati membri, la nozione di necessità come risultante dall'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46, che mira a delimitare con precisione una delle ipotesi in cui il trattamento di dati personali è lecito, non può avere un contenuto variabile in funzione degli Stati membri. Si tratta quindi di una nozione autonoma del diritto comunitario che deve essere interpretata in maniera tale da rispondere pienamente alla finalità di tale direttiva come definita dal suo art. 1, n. 1.

Valutazione della necessità di un trattamento di dati personali come quello effettuato nel contesto dell'AZR ai fini dell'applicazione della normativa sul diritto di soggiorno e a fini statistici.

53. Dalla decisione di rinvio risulta che l'AZR è un registro centralizzato contenente taluni dati personali relativi ai cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità

tedesca, consultabile da diversi organismi pubblici e privati.

54. Per quanto riguarda l'utilizzo di un registro come l'AZR ai fini dell'applicazione della normativa sul diritto di soggiorno, va ricordato che, allo stato attuale del diritto comunitario, il diritto di soggiorno di un cittadino dell'Unione nel territorio di uno Stato membro di cui egli non ha la nazionalità non è incondizionato, ma può essere subordinato alle limitazioni e alle condizioni previste dal Trattato nonché dalle relative disposizioni di attuazione (v., in questo senso, sentenza 10 luglio 2008, causa C-33/07, Jipa, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 21 e giurisprudenza citata).

55. Così, l'art. 4 della direttiva 68/360, in combinato disposto con l'art. 1 di quest'ultima, al pari dell'art. 6 della direttiva 73/148, in combinato disposto con l'art. 1 della stessa, assoggettavano il diritto di un cittadino di uno Stato membro di soggiornare per più di tre mesi nel territorio di un altro Stato membro all'appartenenza ad una delle categorie contemplate da tali direttive e il riconoscimento di detto diritto a talune formalità, connesse alla presentazione o alla comunicazione, da parte del richiedente, di una carta di soggiorno e di vari documenti e informazioni.

56. Inoltre, in forza degli artt. 10 della direttiva 68/360 e 8 della direttiva 73/148, gli Stati membri potevano derogare alle disposizioni delle dette direttive e limitare il diritto di ingresso e di soggiorno di un cittadino di un altro Stato membro nel loro territorio per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

57. La direttiva 2004/38, il cui termine di recepimento è scaduto il 30 aprile 2006, e che quindi non era applicabile all'epoca dei fatti di causa, ha abrogato le due suddette direttive, ma riprende integralmente, al suo art. 7, condizioni equivalenti a quelle stabilite da queste ultime per quanto riguarda il diritto di soggiorno dei cittadini di altri Stati membri, nonché, nel suo art. 27, n. 1, le relative limitazioni. All'art. 8, n. 1, essa prevede inoltre che lo Stato membro ospitante possa obbligare i cittadini dell'Unione aventi la nazionalità di un altro Stato membro che intendano soggiornare nel suo territorio per più di tre mesi ad iscriversi presso le competenti autorità. A tale riguardo, in forza del paragrafo 3 del detto art. 8, lo Stato membro ospitante può richiedere la presentazione di vari documenti e informazioni che consentano a tale autorità di accertare la presenza dei requisiti che conferiscono il diritto di soggiorno.

58. Si può pertanto considerare necessario che uno Stato membro disponga delle informazioni e dei documenti pertinenti per verificare, nel contesto definito dalla normativa comunitaria applicabile, l'esistenza di un diritto di soggiorno nel suo territorio in capo ad un cittadino di un altro Stato membro, nonché l'assenza di motivi atti a giustificare una limitazione di tale diritto. Di conseguenza, l'impiego di un registro come l'AZR al fine di coadiuvare le autorità incaricate di applicare la normativa in materia di soggiorno risulta in linea di principio legittimo e, considerata la sua natura, compatibile con il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità contenuto nell'art. 12, primo comma, CE.

59. Occorre tuttavia rilevare che siffatto registro non può contenere informazioni diverse da quelle a tal fine necessarie. A questo proposito, allo stato attuale del diritto comunitario, il trattamento dei dati personali risultanti dai documenti menzionati agli

artt. 8, n. 3, e 27, n. 1, della direttiva 2004/38 deve essere considerato necessario, ai sensi dell'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46, per l'applicazione della normativa in materia di diritto di soggiorno.

60. È d'uopo inoltre sottolineare che la raccolta dei dati richiesti per l'applicazione della normativa sul diritto di soggiorno si rivelerebbe invero inefficace in assenza di una loro conservazione, poiché un cambiamento della situazione personale del titolare di un diritto di soggiorno può produrre conseguenze sul suo status giuridico relativo a tale diritto, ma l'autorità responsabile di un registro quale l'AZR deve provvedere affinché i dati conservati vengano, all'occorrenza, aggiornati, di modo che, da una parte, essi corrispondano all'effettiva situazione delle persone interessate e, dall'altra, i dati superflui siano cancellati dal detto registro.

61. Per quanto riguarda le modalità di utilizzo di siffatto registro ai fini dell'applicazione della normativa in materia di diritto di soggiorno, solo la concessione dell'accesso alle autorità competenti in tale settore può essere considerata necessaria ai sensi dell'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46.

62. Infine, quanto alla necessità di disporre di un registro centralizzato come l'AZR quale strumento al servizio delle autorità incaricate di applicare la normativa sul diritto di soggiorno, va considerato che, anche ammettendo che registri decentralizzati come i registri comunali dell'anagrafe contengano tutti i dati rilevanti per consentire alle dette autorità di espletare la loro funzione, la centralizzazione di tali dati può risultare necessaria ai sensi dell'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46 se contribuisce ad un'applicazione più efficace di tale normativa per quanto riguarda il diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione che intendano soggiornare nel territorio di uno Stato membro di cui non possiedono la nazionalità.

63. Per quanto concerne la funzione statistica di un registro come l'AZR, occorre rammentare che il diritto comunitario, istituendo la libertà di circolazione delle persone ed attribuendo ai singoli che rientrano nella sua sfera d'applicazione il diritto di accesso al territorio degli Stati membri per gli scopi contemplati dal Trattato, non ha soppresso la competenza di questi ultimi a prendere i provvedimenti atti a consentire alle autorità nazionali di essere correttamente informate circa i movimenti della popolazione sul loro territorio (v. sentenza 7 luglio 1976, causa 118/75, Watson e Belmann, Racc. pag. 1185, punto 17).

64. Parimenti, il regolamento n. 862/2007, prevedendo la trasmissione di statistiche relative ai flussi migratori nel territorio degli Stati membri, presuppone la raccolta da parte di tali Stati delle informazioni che consentono di redigere tali statistiche.

65. Tuttavia, l'esercizio di tale competenza non rende per questo necessaria, ai sensi dell'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46, la raccolta e la conservazione di dati nominativi effettuate nell'ambito di un registro quale l'AZR. Come ha spiegato l'avvocato generale al paragrafo 23 delle sue conclusioni, infatti, per conseguire un obiettivo di questo tipo è sufficiente un trattamento di informazioni anonime.

66. Dal complesso delle considerazioni che precedono discende che un sistema di trattamento di dati personali relativi ai cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità dello Stato membro interessato, quale il sistema istituito dall'AZRG, finalizzato a coadiuvare le autorità nazionali incaricate dell'applicazione della normativa sul diritto di

soggiorno soddisfa il requisito di necessità di cui all'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46, interpretato alla luce del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità, soltanto se:

- contiene unicamente i dati necessari per l'applicazione, da parte di tali autorità, di detta normativa, e

- il suo carattere centralizzato consente un'applicazione più efficace di tale normativa per quanto riguarda il diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità di detto Stato membro.

67. Spetta al giudice del rinvio verificare tali elementi nella fattispecie di cui alla causa principale.

68. In ogni caso, la conservazione e il trattamento di dati personali nominativi a fini statistici nell'ambito di un registro come l'AZR non possono essere considerati necessari ai sensi dell'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46.

Sul trattamento dei dati personali relativi a cittadini dell'Unione aventi la nazionalità di altri Stati membri per finalità di lotta alla criminalità

69. In limine, è opportuno ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi fra loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico (v., in questo senso, sentenze Grzelczyk, citata, punti 30 e 31; 2 ottobre 2003, causa C-148/02, Garcia Avello, Racc. pag. I-11613, punti 22 e 23, nonché Bidar, citata, punto 31).

70. A tale riguardo, un cittadino dell'Unione che risiede legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante può avvalersi dell'art. 12 CE in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario (v. citate sentenze Martínez Sala, punto 63; Grzelczyk, punto 32, nonché Bidar, punto 32).

71. Tali situazioni comprendono in particolare quelle rientranti nell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, tra cui quelle riconducibili all'esercizio della libertà di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri quale conferita dall'art. 18 CE (v., in questo senso, sentenza Bidar, citata, punto 33 e giurisprudenza citata).

72. Dall'art. 1 dell'AZRG, in combinato disposto con la circolare amministrativa generale del Ministero federale dell'Interno 4 giugno 1996, relativa all'AZRG e al regolamento d'applicazione di tale legge, risulta che il sistema di conservazione e trattamento di dati personali istituito nel contesto dell'AZR riguarda tutti i cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità della Repubblica federale di Germania che risiedono per un periodo di più di tre mesi nel territorio tedesco, a prescindere dai motivi di tale soggiorno.

73. Pertanto, posto che il sig. Huber ha esercitato la sua libertà ex art. 18 CE di circolare e soggiornare in tale territorio, e considerato il contesto della fattispecie della causa principale, l'esame della compatibilità di un sistema di conservazione e trattamento di dati personali come quello oggetto della causa principale con il divieto di

discriminazioni fondate sulla nazionalità, per quanto riguarda dati conservati e trattati per finalità di lotta alla criminalità, deve essere svolto con riferimento all'art. 12, primo comma, CE.

74. In tale contesto va rilevato che la decisione di rinvio non contiene indicazioni precise che consentano di stabilire se la situazione oggetto della causa principale ricada sotto le previsioni dell'art. 43 CE. Tuttavia, quand'anche il giudice del rinvio fosse di questo avviso, l'applicazione del divieto di discriminazione non può essere diversa a seconda che egli si fondi su tale disposizione o sull'art. 12, primo comma, CE, letto in combinato disposto con l'art. 18, n. 1, CE.

75. Secondo una giurisprudenza costante, infatti, il divieto di discriminazione, sia esso fondato sull'art. 12 CE o sull'art. 43 CE, impone di non trattare situazioni analoghe in maniera differente e situazioni diverse in maniera uguale. Un trattamento del genere potrebbe essere giustificato solo se fondato su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito (v., in questo senso, sentenza 5 giugno 2008, causa C-164/07, Wood, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 13 e giurisprudenza citata).

76. In un contesto come quello della causa principale occorre quindi comparare la situazione dei cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità dello Stato membro interessato e residenti nel territorio di quest'ultimo con quella dei cittadini di tale Stato membro in rapporto all'obiettivo della lotta alla criminalità. Di fatto, il governo tedesco si è limitato a far valere questo aspetto della tutela dell'ordine pubblico.

77. Tale finalità presenta invero carattere legittimo, tuttavia non può essere addotta per giustificare un trattamento sistematico di dati personali limitato a quelli dei soli cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità dello Stato membro interessato.

78. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 21 delle sue conclusioni, la lotta alla criminalità, nell'accezione generale adottata dal governo tedesco nelle sue osservazioni, riguarda necessariamente la repressione dei reati commessi, a prescindere dalla cittadinanza dei loro autori.

79. Pertanto, per uno Stato membro, la situazione dei suoi cittadini non può differire da quella dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione soggiornanti nel suo territorio per quanto riguarda l'obiettivo della lotta alla criminalità.

80. Dunque, la disparità di trattamento tra i cittadini di tale Stato membro e gli altri cittadini dell'Unione, occasionata dal trattamento sistematico, a fini di lotta alla criminalità, dei dati personali dei soli cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità dello Stato membro in questione, costituisce una discriminazione vietata dall'art. 12, primo comma, CE.

81. Di conseguenza, l'art. 12, primo comma, CE deve essere interpretato nel senso che osta all'istituzione da parte di uno Stato membro, per finalità di lotta alla criminalità, di un sistema di trattamento di dati personali riguardante specificamente i cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità di tale Stato membro.

(omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) Un sistema di trattamento di dati personali relativi ai cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità dello Stato membro interessato, quale il sistema istituito dalla legge 2 settembre 1994, sul registro centrale degli stranieri (Gesetz über das Ausländerzentralregister), come modificata dalla legge 21 giugno 2005, finalizzato a coadiuvare le autorità nazionali incaricate dell'applicazione della normativa sul diritto di soggiorno soddisfa il requisito di necessità di cui all'art. 7, lett. e), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, interpretato alla luce del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità, soltanto se:

- contiene unicamente i dati necessari per l'applicazione, da parte di tali autorità, di detta normativa, e
- il suo carattere centralizzato consente un'applicazione più efficace di tale normativa per quanto riguarda il diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità di detto Stato membro.

Spetta al giudice del rinvio verificare tali elementi nella fattispecie di cui alla causa principale.

In ogni caso, la conservazione e il trattamento di dati personali nominativi a fini statistici nell'ambito di un registro come il registro centrale degli stranieri non possono essere considerati necessari ai sensi dell'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46.

2) L'art. 12, primo comma, CE deve essere interpretato nel senso che osta all'istituzione da parte di uno Stato membro, per finalità di lotta alla criminalità, di un sistema di trattamento di dati personali riguardante specificamente i cittadini dell'Unione non aventi la nazionalità di tale Stato membro.

* * * * *

Nella sentenza in esame la Corte si trova ancora una volta ad affrontare il bilanciamento fra il principio di libera circolazione come previsto dall'ordinamento comunitario e la necessità per lo Stato ospitante di adottare misure di lotta alla criminalità, questione diventata di ancora maggiore interesse a seguito degli eventi dell'11 settembre 2001 e della conseguente politica internazionale in materia di lotta al terrorismo (sul punto per approfondimenti si rinvia a S. Peers, *EU responses to terrorism*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 227 ss; P. Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, II edizione, 2006, p. 450 ss., Naert, Wouters, *Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals. An Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures against Terrorism after '11 September'*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2004, p. 909 ss.)

Nel caso di specie, la Germania, la cui normativa veniva contestata da un cittadino austriaco ivi stabilito, procedeva al trattamento dei dati personali di tutti i soggetti

stranieri, anche provenienti da uno Stato membro della Comunità europea, tramite una banca dati specifica, la *Ausländerzentralregister*, AZR che raccoglie dati personali relativi agli stranieri che soggiornano nel territorio tedesco per un periodo superiore a tre mesi.

Per quanto il trattamento di dati personali finalizzato all'applicazione della normativa in materia di diritto di soggiorno o ad esigenze statistiche rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 95/46 (direttiva relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *GUCE* L 281, p. 31), è difficile far rientrare nella direttiva lo stesso trattamento dati se collegato alla lotta alla criminalità.

Inoltre la direttiva prevede che gli Stati debbano garantire "la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata" (art. 1).

Un ulteriore problema è relativo alla possibilità che la normativa tedesca sia da considerarsi come discriminatoria in base alla nazionalità. Infatti, a fianco della libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, intesa come diritto di ingresso e soggiorno nel territorio di ogni Stato membro, il diritto comunitario prevede il divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità. Questo principio contenuto nell'art. 12 del Trattato CE rende maggiormente efficace il riconoscimento della libertà di circolazione in quanto è evidente che a nulla rileverebbe un formale consenso alla circolazione ove il soggetto cittadino di un diverso Stato membro fosse oggetto di discriminazioni proprio a causa della sua cittadinanza o di elementi a questa indirettamente collegati, come l'aver esercitato la stessa libera circolazione (su questo aspetti si rinvia a M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2005 e L.S. Rossi, *Cittadini*, in A. Tizzano (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2005).

Ai cittadini comunitari deve pertanto essere assicurata la parità di trattamento con i cittadini del Paese dove soggiornano, circostanza che non si verificava in Germania dove i soli stranieri erano sottoposti all'inserimento nella banca dati.

Poiché è evidente che la pericolosità sociale non è un fattore connesso alla nazionalità del soggetto, ossia che i crimini all'interno dello Stato possono essere commessi sia da cittadini nazionali che da stranieri, non si vede come si possa giustificare per ragioni di tutela dell'ordine pubblico il trattamento dei dati dei soli cittadini stranieri (sulle restrizioni alla circolazione vedi L. Daniele, *Non-Discriminatory restrictions to the Free Movement of Persons*, in *European Law Review*, 1997, p. 191 ss.). D'altronde gli attacchi terroristici del 7 luglio 2005 di Londra hanno dimostrato come l'imposizione di barriere sempre più forti alla politica di immigrazione non sia una risposta adeguata al problema terrorismo: gli attentatori erano infatti cittadini dell'Unione europea. La cd. "Fortress Europe" (S. Peers, *Building fortress Europe: the development of EU migration law*, in *CMLR*, 1998, p. 1235 ss), rafforzata dalla politica dell'Unione europea in materia di lotta al terrorismo diretta conseguenza degli attacchi dell'11 settembre 2001, non ha dato i risultati sperati, così come in particolare si è rivelata fallimentare la politica britannica contenuta nel *Prevention of Terrorism Bill* (poi sostituito nel marzo 2005) considerata in violazione dei diritti umani (in particolare dell'art.6 della

CEDU sul diritto a un equo processo) che prevedeva la carcerazione preventiva senza limiti di tempo ed era rivolta unicamente ai soggetti privi di cittadinanza britannica. L'integrazione degli stranieri stabilmente residenti sul territorio comunitario e a maggior ragione di quelli che hanno ormai acquisito la cittadinanza comunitaria sembra pertanto essere una via più efficace verso il raggiungimento dell'obiettivo sicurezza in Europa.