

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Direttore: MAURO NORI

Direttore Responsabile: MARCO BARBIERI

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

In questo numero:

- Corte Cass., SS.UU., 29 maggio 2009, sentenza n. 12718 429**
Controversie in materia di assistenza e previdenza - Ricorso in via amministrativa - Decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali - Art. 47 del D.P.R. n. 639/1970 - Decorrenza - "Dies a quo" - Individuazione - Incidenza del comportamento delle parti sul decorso del termine - Esclusione - Mancanza di provvedimento sulla domanda dell'assicurato - Carenza delle indicazioni di cui all'art. 47, comma 5, D.P.R. n. 639/1970 - Irrilevanza.
- Corte Cass., SS.UU., 29 maggio 2009, sentenza n. 12720 418**
Controversie in materia di assistenza e previdenza - Ricorso in via amministrativa - Decadenza di cui all'art. 47 del D.P.R. n. 639/1970 - Domanda giudiziale rivolta ad ottenere l'adeguamento di una prestazione già riconosciuta in un importo inferiore a quello dovuto - Applicabilità - Esclusione - Conseguenze - Soggezione della domanda al solo termine prescrizione.
- Corte Cass., Sez. Lavoro, 6 maggio 2009, sentenza n. 10397 463**
Lavori socialmente utili - Assegno per l'anno 1999 - Rivalutazione, ex art. 8, comma 8, D.Lgs. n. 468 del 1997 - Esclusione - Fondamento.
- Corte Cass., Sez. Lavoro, 8 maggio 2009, sentenza n. 10640 459**
Assegni familiari - Lavoratore in mobilità - Mese di febbraio - Liquidazione su base giornaliera.

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Redattori:

FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI
GIUSEPPE FABIANI

Comitato di redazione:

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

Segreteria di redazione:

LUCIA COLANTONIO
ALFREDO D'AMATO
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

PRIMAPRINT - Viterbo - Via dell'Industria, 71

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: aprile 2010

SOMMARIO N. 2/2009

| INDICI | | pag. | V |
|--|--|------|-----|
| DOTTRINA | | | |
| SGROI A. | «Previdenza, parità di trattamento, rapporto fra ordinamento comunitario e nazionale». | » | 277 |
| BORLA F. | «Lavoro e famiglia: le tutele sostanziali e previdenziali». | » | 298 |
| VIGNERA G. | «Sulla revocabilità della clausola di provvisoria esecutività ex art. 642 c.p.c.» | » | 328 |
| CASSANO G. | «La giurisprudenza della Cassazione in tema di danno non patrimoniale ed esistenziale dal 2006 alle Sezioni Unite 26972/2008». | » | 341 |
| <hr/> | | | |
| NOTE A SENTENZA | | | |
| D'ALOISIO C. | «L'assegno <i>per</i> il nucleo familiare e l'assegno <i>al</i> nucleo familiare: identica finalità economico-sociale e diversa natura giuridica delle due prestazioni». | » | 374 |
| DE MARCO C. | «Minimale contributivo e individuazione del contratto <i>leader</i> ». | » | 385 |
| <hr/> | | | |
| GIURISPRUDENZA | | | |
| CORTE COSTITUZIONALE - Sentenze | | » | 396 |
| CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Unite Civili | | » | 418 |
| CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili | | » | 441 |
| CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili | | » | 472 |
| TRIBUNALI - Sezioni Civili | | » | 510 |
| TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI | | » | 542 |

- 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 difforni.

INDICE DELLE SENTENZE N. 2/2009

| <i>GIURISDIZIONE</i> | <i>NUMERO DECISIONE</i> | <i>DATA</i> | <i>PAG.</i> |
|--|-----------------------------|-------------|-------------|
| CORTE COSTITUZIONALE | | | |
| (Sentenze) | 125/09 | 22.04.2009 | 396 |
| | 121/09 | 20.04.2009 | 408 |
| CORTE DI CASSAZIONE | | | |
| (Sezioni Unite Civili) | 12720/09 | 29.05.2009 | 418 |
| | 12718/09 | 29.05.2009 | 429 |
| CORTE DI CASSAZIONE | | | |
| (Sezioni Civili) | 13959/09 | 16.06.2009 | 441 |
| | 13240/09 | 9.06.2009 | 443 |
| | 10640/09 | 8.05.2009 | 459 |
| | 10397/09 | 6.05.2009 | 463 |
| | 5720/09 | 10.03.2009 | 465 |
| | 1405/09 | 20.01.2009 | 468 |
| | 24278/08 | 29.09.2008 | 370 |
| CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili) | | | |
| Ancona | 2/09 | 10.01.2009 | 472 |
| Ancona | 528/08 | 5.11.2008 | 475 |
| Brescia | 54/09 | 7.04.2009 | 483 |
| Brescia | 474/08 | 24.01.2009 | 485 |
| Genova | 1041/08 | 21.01.2009 | 488 |
| Genova | 934/08 | 22.12.2008 | 491 |
| Genova | 857/08 | 17.11.2008 | 493 |
| Genova | 840/08 | 20.10.2008 | 494 |
| Milano | 338/09 | 24.04.2009 | 496 |
| Milano | 138/09 | 2.02.2009 | 499 |
| Milano | 96/09 | 2.02.2009 | 502 |
| Palermo | 1299/08 | 29.09.2008 | 504 |
| Torino | 75/09 | 2.02.2009 | 506 |
| TRIBUNALI (Sezioni Civili) | | | |
| Bergamo | 655/08 | 11.05.2009 | 510 |
| Caltanissetta | 486/08 | 8.04.2008 | 515 |
| Como | 43/09 | 9.02.2009 | 522 |
| Como | 41/09 | 13.02.2009 | 524 |
| Como | 369/08 | 19.11.2008 | 527 |
| Forlì | 60/09 | 21.04.2009 | 529 |
| Forlì | 51/09 | 9.03.2009 | 531 |
| Milano | 5489/08 | 24.12.2008 | 533 |
| Milano | 5171/08 | 10.12.2008 | 537 |

| <i>GIURISDIZIONE</i> | <i>NUMERO DECISIONE</i> | <i>DATA</i> | <i>PAG.</i> |
|----------------------|-----------------------------|-------------|-------------|
| Milano | 2456/08 | 12.11.2008 | 538 |
| Nola | ordinanza | 21.10.2008 | 539 |
| Palermo | 3374/07 | 22.11.2007 | 377 |
| T.A.R. | | | |
| Abruzzo | 1181/08 | 30.10.2008 | 542 |
| Puglia | 2258/08 | 2.10.2008 | 548 |

INDICE ANALITICO N. 2/2009**ASSEGNI FAMILIARI**

Assegni familiari - Assegno per il nucleo familiare - Attribuzione - Presupposti - Conseguenze - Natura assistenziale del beneficio - Lavoratori di nazionalità tunisina - Accordo tra Comunità Europea e Tunisia del 17 luglio 1995 - Riconoscibilità - Esclusione - Fondamento. (pag. 370)

Assegni familiari - Lavoratore in mobilità - Mese di febbraio - Liquidazione su base giornaliera. (pag. 459)

ASSOCIAZIONI SINDACALI

Associazioni sindacali a diffusione nazionale - Sindacati intercategoriale - Attribuzione della legittimazione attiva - Requisito della diffusione sul territorio nazionale - Nozione - Configurabilità - Condizioni - Rappresentanze sindacali unitarie - Questioni relative alla ritualità della convocazione dell'organo - Incidenza sulla regolare formazione delle deliberazioni assunte - Fondamento - Fattispecie. (pag. 443)

CONTRATTI PUBBLICI

Contratti pubblici - Appalto - Gara - Aggiudicazione provvisoria - Annullamento in autotutela - Comunicazione avvio procedimento - Necessità - Esclusione - Aggiudicazione definitiva - Annullamento in autotutela - Comunicazione avvio procedimento - Necessità - Regolarità contributiva - Sussistenza - Nella fase di ammissione delle offerte e anche nel successivo momento del perfezionamento del rapporto. (pag. 548)

Contratti pubblici - Gara - Regolarità contributiva - Requisito sostanziale di partecipazione alla gara - Dichiarazione di non aver commesso violazioni gravi né definitive - Acquisizione di un DURC negativo - Esclusione dalla gara - Legittimità - Richiesta di chiarimenti - Mancanza - È irrilevante. (pag. 542)

CONTRIBUTI

Contributi - Contribuzione per disoccupazione involontaria - Esonero - Requisiti -

Stabilità d'impiego - Convenzione privatistica di mantenimento, con scadenza a termine, del personale occupato - Non rileva - Beneficio - Non spetta. (pag. 510)

Contributi - Recupero di crediti contributivi concessi per contratti di formazione lavoro a titolo di aiuto di Stato illegittimo - Prescrizione - Ritenuta prevalenza del termine di prescrizione decennale previsto da normativa comunitaria, anziché di quello breve quinquennale - Asserita violazione dei principi di uguaglianza e di certezza del diritto - Erroneità del presupposto interpretativo, insufficiente motivazione sulla rilevanza e indeterminatezza del petitum - Inammissibilità della questione. (pag. 396)

Contributi - Ripetizione di indebito - Domanda di rimborso in sede amministrativa - Necessità - Eccezione di improponibilità del ricorso giudiziario - Sussistenza. (pag. 529)

Contributi - Sanzioni sul debito contributivo - Decorrenza in caso di accertamento a posteriori del debito - Causa promossa dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro per differenze retributive - Periodo di riferimento originario del credito. (pag. 496)

Contributi - Società cooperativa - Soci lavoratori - Esercizio dell'ordinaria attività dell'impresa - Attività infermieristica e socio assistenziale - Lavoro secondo turni - Collaborazioni coordinate e continuative e a progetto - Insussistenza - Lavoro subordinato - Sussistenza. (pag. 499)

Contributi - Socio accomandatario di s.a.s.- Piena responsabilità gestoria nell'impresa - Obbligo di iscrizione esercenti attività commerciali - Sussistenza. (pag. 538)

Contributi - Imponibile contributivo - Contratto leader - Individuazione. (pag. 377)

CONTROVERSIE IN MATERIA DI ASSISTENZA E PREVIDENZA

Controversie in materia di assistenza e previdenza - Decorso dei termini per l'esaurimento del procedimento amministrativo - Decadenza dall'azione giudiziale - Dies ad quem - Ricorso amministrativo tardivo avverso il diniego - Irrilevanza. (pag. 527)

Controversie in materia di assistenza e previdenza - Ricorso in via amministrativa - Decadenza di cui all'art. 47 del D.P.R. n. 639/1970 - Domanda giudiziale rivolta ad ottenere l'adeguamento di una prestazione già riconosciuta in un importo inferiore a quello dovuto - Applicabilità - Esclusione - Conseguenze - Soggezione della domanda al solo termine prescrizione. (pag. 418)

Controversie in materia di assistenza e previdenza - Ricorso in via amministrativa - Decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali -

Art. 47 del D.P.R. n. 639/1970 - Decorrenza - “Dies a quo” - Individuazione - Incidenza del comportamento delle parti sul decorso del termine - Esclusione - Mancanza di provvedimento sulla domanda dell’assicurato - Carenza delle indicazioni di cui all’art. 47, comma 5, D.P.R. n. 639/1970 - Irrilevanza. (pag. 429)

DISOCCUPAZIONE INVOLONTARIA

Disoccupazione involontaria - Recesso del datore di lavoro dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato - Preavviso non lavorato - Computabilità ai fini del raggiungimento del requisito dei due anni d’iscrizione nell’AGO contro la disoccupazione involontaria ai fini del conseguimento dell’indennità ordinaria - Esclusione. (pag. 441)

HANDICAPS

Handicaps - Congedi parentali ex art. 4, comma 4-*bis*, della legge n. 53 del 2000 - Stato di handicap in condizioni di gravità - Limite quinquennale per l’accertamento - Contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza - Norma soppressa dall’art. 3, comma 106, della legge n. 350 del 2003 - Interpretazione costituzionalmente orientata della soppressione - Effetti - Eliminazione retroattiva della disposizione. (pag. 468)

INTEGRAZIONE SALARIALE

Integrazione salariale - Erogazione del trattamento - Incompatibilità con qualunque attività lavorativa suscettibile di produrre reddito - Fattispecie. (pag. 465)

Integrazione salariale straordinaria - Procedimento per la concessione - Disciplina regolamentare (D.P.R. n. 218/2000) e legislativa (legge n. 223/1991) - Incompatibilità - Esclusione - Fondamento - Spostamento dell’informazione circa i criteri di scelta e le modalità della rotazione dal momento iniziale della comunicazione datoriale di avvio della procedura di integrazione salariale a quello, immediatamente successivo, dell’esame congiunto - Esclusione. (pag. 443)

Integrazione salariale straordinaria - Procedimento per la concessione - Comunicazione di apertura della procedura di trattamento di integrazione salariale - Assoluta genericità - Conseguenze - Illegittimità della sospensione dei lavoratori - Sanatoria in conseguenza dell’effettività del confronto tra organizzazioni sindacali e datore di lavoro - Esclusione - Inosservanza degli obblighi di comunicazione e concertazione previsti in favore del sindacato - Condotta antisindacale - Conseguenze - Repressione ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori e contestuale declaratoria di illegittimità della collocazione dei lavoratori in cassa integrazione - Fondamento. (pag. 444)

INVALIDI CIVILI

Invalidi civili - Domanda giudiziale di prestazione - Decadenza ex art. 42, comma 3, D.L. n. 269/2003 convertito dalla legge n. 326/2003 - Inammissibilità - Delega al Patronato per la trattazione della pratica - Comunicazione al Patronato del verbale di visita della Commissione Medica - Efficacia - Successivo disconoscimento del mandato conferito - Insussistenza. (pag. 531)

Invalidi civili - Procedimento monitorio - Verbale di visita- Prova scritta ai sensi dell'art. 634 c.p.c - Inidoneità. (pag. 504)

Invalidità civile - Azione di mero accertamento -Inammissibilità. (pag. 537)

LAVORI SOCIALMENTE UTILI

Lavori socialmente utili - Assegno per l'anno 1999 - Rivalutazione, ex art. 8, comma 8, D.Lgs. n. 468 del 1997 - Esclusione - Fondamento. (pag. 463)

LAVORO (RAPPORTO DI)

Lavoro (rapporto di) - Assenza di qualificazione contrattuale - Qualificazione secondo l'assetto fattuale del rapporto - Prestazioni discontinue ma rese secondo indici di subordinazione - Lavoro subordinato - Sussistenza - Possibilità del prestatore di rifiutare la prestazione - Non rileva. (pag. 485)

Lavoro (rapporto di) - Subordinazione - Prestazione di attività lavorativa onerosa all'interno dei locali dell'azienda - Utilizzo di materiali ed attrezzature dell'azienda - Modalità tipologiche proprie del lavoro subordinato - Presunzione di subordinazione. (pag. 475)

Lavoro subordinato (rapporto di) - Estinzione e risoluzione del rapporto - Preavviso e indennità sostitutiva - Principio dell'efficacia obbligatoria e non reale del preavviso - Fondamento. (pag. 441)

PENSIONI

Pensioni - Accredito figurativo contributi periodo di maternità - Fondo Telefonico - Prevalenza normativa speciale - Decadenza. (pag. 506)

Pensioni - Benefici per esposizione all'amianto - Assicurato con contributi superiori al

limite di 2080 cumulando la contribuzione da lavoro autonomo - Non spettano. (pag. 488)

Pensioni - Benefici per esposizione all'amianto - Titolare di pensione dopo la legge n. 257 del 1992 e prima della legge n. 271 del 1993 - Requisiti di accesso. (pag. 494)

Pensioni - Invalidità civile - Indennità di frequenza - Presupposti - Indennità di accompagnamento - Differenze. (pag. 502)

Pensioni - Pensione di anzianità - Cumulo con redditi da lavoro - Calcolo dell'anzianità contributiva ex art. 44 comma 1 legge. n. 289/02 - Contribuzione figurativa per disoccupazione - Rilevanza - Esclusione. (pag. 483)

Pensioni - Riduzione della retribuzione settimanale media nell'ultimo quinquennio lavorativo - Incomprimibilità dell'importo della pensione - Riduzione retributiva extra quinquennio - Inapplicabilità del principio ex Corte Cost. n. 264/1994. (pag. 522)

Pensioni - Rivalutazione contributiva per esposizione all'amianto - Requisito dell'ultradecennalità - Difetto di prova dell'esposizione continuativa - Soluzione di continuità di anni tra periodi di esposizione - Non spettanza beneficio. (pag. 533)

PROCEDURE CONCORSUALI

Procedure concorsuali - Stato di insolvenza - Bilancio aziendale - Eccedenza delle poste attive rispetto a quelle passive - Irrilevanza. (pag. 472)

PROCESSO CIVILE

Processo civile - Cartella di pagamento contributi - Opposizione agli atti esecutivi - Eccezione di prescrizione - Inammissibilità. (pag. 491)

Processo civile - Contributi - Opposizione alla iscrizione a ruolo - Motivi - Non contestazione *sull'an* - Costituzione dell'ente previdenziale - Oneri probatori. (pag. 493)

Processo civile - Giudizio di accertamento negativo conseguente ad un verbale ispettivo - Notifica in corso di causa di una cartella esattoriale relativa a parte dei contributi contestati - Mancata opposizione nel termine perentorio previsto dall'art. 24, comma 5, D. Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46 - Definitività del ruolo esattoriale - Decisione del giudizio di accertamento negativo - Sopravvenuta (parziale) carenza di interesse del ricorrente. (pag. 515)

Processo civile - Opposizione a cartella - Riduzione del credito in autotutela - Necessità

di domanda riconvenzionale - Insussistenza - Annullamento cartella - Valenza sostitutiva della sentenza di condanna. (pag. 496)

Processo civile - Opposizione ad intimazione di pagamento emessa dal concessionario della riscossione - Natura di opposizione all'esecuzione - Legittimazione passiva dell'INPS - Insussistenza. (pag. 524)

PROCESSO PENALE

Processo penale - Chiusura delle indagini preliminari - Obbligo per il pubblico ministero di chiedere l'archiviazione se la Corte di cassazione ha ritenuto insussistenti i gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 cod. proc. pen. e non sono stati acquisiti ulteriori elementi a carico dell'indagato - Irragionevolezza nonché violazione dei principi di eguaglianza e dell'obbligatorietà dell'azione penale - Illegittimità costituzionale - Assorbimento degli ulteriori profili di censura. (pag. 408)

PROVVEDIMENTI D'URGENZA

Provvedimenti d'urgenza - A tutela di crediti previdenziali e di lavoro - Condizioni per la concessione - Pregiudizio imminente ed irreparabile. (pag. 539)

ANTONINO SGROI

Avvocato INPS

**PREVIDENZA, PARITÀ DI TRATTAMENTO, RAPPORTO FRA
ORDINAMENTO COMUNITARIO E NAZIONALE***

Sommario: 1. - L'assimilazione del trattamento pensionistico erogato dall'Inpdap ai dipendenti pubblici al concetto comunitario di retribuzione. 2. - La legislazione comunitaria in materia di parità di trattamento nella sicurezza sociale. 3. - Parità di trattamento, convivenze more uxorio e tendenze sessuali nella giurisprudenza della Corte di giustizia. 4. - La giurisprudenza costituzionale in tema di parità di trattamento nella materia previdenziale con riferimento alle persone non sposate.

1. - L'assimilazione del trattamento pensionistico erogato dall'Inpdap ai dipendenti pubblici al concetto comunitario di retribuzione

Il sistema previdenziale italiano è stato messo a soqquadro, almeno così pare leggendo una parte dei commenti apparsi, da una decisione della Corte di Giustizia resa il 13 novembre 2008, nel ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione delle Comunità europee nei confronti dell'Italia (causa C-46/07)¹.

La Commissione assumeva una violazione da parte dell'Italia degli obblighi fissati dall'art. 141 Trattato CE in considerazione della disciplina nazionale secondo la quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia in età diversa a seconda che siano uomini o donne.

La legislazione nazionale che si assumeva violare la regola comunitaria dettata dall'art. 141 CE era rappresentata:

* Il presente testo trae spunto dalla relazione tenuta il 15 maggio 2009 all'incontro di studio tenutosi a Genova e organizzato dal Centro Studi Domenico Napoletano di Genova su "Età di pensionamento differenziata per le donne: una questione aperta, una risposta difficile".

(1) La sentenza la si può leggere, fra l'altro, nella *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, n. 1, 209 e ivi, fra l'altro, le note di: P. SANDULLI, *Età pensionabile e parità di uomo donna per i pubblici dipendenti: la Corte di giustizia fra omissioni e ridenomiazioni*, 97; I. CORTI, *La Corte di giustizia e l'età pensionabile delle donne: alcune osservazioni sull'uguaglianza di genere*, 133; B. GRANDI, *Le interferenze «di fatto» della giurisprudenza della Corte di giustizia sul regime pensionistico dei pubblici dipendenti*, 199. Si v. altresì la nota di A. MAZZIOTTI, *La problematica della diversa età pensionabile per i lavoratori e le lavoratrici tra ambiguità legislative ed equivoci: una discutibile sentenza della Corte di giustizia CE*, in *RGL*, 2009, II, 232.

- dall'art. 5 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, in forza del quale per le forme di previdenza sostitutive ed esclusive² dell'assicurazione generale obbligatoria con riguardo al pensionamento di vecchiaia trovano applicazione le regole fissate nell'A.G.O. all'art. 1 del medesimo testo legislativo (primo comma);
- dall'art. 1 del d. lgs. cit. che fissa, richiamandosi alla tabella A allegata al medesimo testo legislativo (primo comma), a far data dall' 1 gennaio 2000 che l'età richiesta per il diritto a pensione di vecchiaia sia per gli uomini a 65 anni e per le donne a 60 anni;
- dall'articolo 2, nono comma, della legge 8 agosto 1995, n. 335, in forza del quale per i dipendenti delle Amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (ora art. 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), iscritti a forme di previdenza esclusive, nonché per altre categorie di dipendenti iscritti alle medesime forme previdenziali, si applica, ai fini della determinazione della base contributiva e pensionabile, l'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153, e successive modificazioni e integrazioni;
- dall'art. 12 della legge n. 153 del 1969 nel testo applicabile *ratione temporis* che sostituiva, altresì, gli artt. 27 e 28 del T.U. delle norme sugli assegni familiari, approvato con decreto 30 maggio 1955, n. 797, e prevedeva al primo comma, che per la determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, si considerava retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceveva dal datore di lavoro in danaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza del rapporto di lavoro³;
- dall'ultimo comma dell'art. 12 l. ult. cit., o correttamente dall'ultimo comma dell'articolo 27 del T.U. Assegni Familiari, rimasto immutato anche dopo l'intervento legislativo del 1997, che prevede che la retribuzione imponibile è presa a riferimento per il calcolo delle prestazioni a carico delle gestioni di previdenza e di assistenza sociale interessate.

I giudici del Lussemburgo, una volta assimilato il trattamento pensionistico

(2) Mentre l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e superstiti è nata per il lavoro subordinato, con carattere di generalità (art. 37 del regio decreto legge 4 ottobre 1935, n. 1827, conv.to con modificazioni dalla legge 6 aprile 1936, n. 1155), i fondi esclusivi, previsti dall'art. 38 del medesimo testo legislativo, quelli esonerativi (di origine privata e preesistenti all'intervento statale) e quelli sostitutivi (gestiti sempre dall'Inps o da altri enti di previdenza obbligatoria quale è l'Inpdap e che riguardano determinate categorie di lavoratori, con disciplina speciale, che è sostitutiva di quella generale) costituiscono deroga al principio universalistico; principio universalistico che rimane valido anche per queste forme previdenziali quale parametro di legittimità (in questi termini, fra l'altro, Cass. 29 novembre 1999, n. 13343).

(3) Si osservi come anche la Corte di Giustizia sia incorsa, *recte* sia stata indotta, nell'errore in cui si incorre ogni qual volta si menziona la norma previdenziale in tema di retribuzione imponibile: infatti la disciplina di riferimento non è l'art. 12 della legge n. 153 del 1969 per la semplice considerazione che questo articolo si è limitato a sostituire il testo di altro e diverso articolo, l'art. 27 del T.U. Assegni Familiari, ove era ed è contenuta la disciplina in materia di retribuzione imponibile.

Si rammenti che, in forza dell'art. 6 del decreto legislativo 2 settembre 1997, n. 314, a decorrere dall'1 gennaio 1998, il nuovo testo dell'art. 27, al primo comma, prevede che costituiscono redditi di lavoro dipendente ai fini contributivi quelli di cui all'art. 46, primo comma, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, maturati nel periodo di riferimento.

erogato dall'Inpdap ai soli dipendenti pubblici al concetto comunitario di retribuzione⁴ evincibile dall'interpretazione dell'art. 141 CE, hanno concluso che la legislazione italiana violasse il principio di parità di retribuzione a detrimento, si badi, della posizione degli uomini⁵, che sarebbero penalizzati in quanto andrebbero in pensione più tardi delle donne⁶.

La decisione della Corte di giustizia di condanna dello Stato italiano è stata seguita da analoga sentenza emessa nei confronti dello Stato greco (si tratta della decisione del 26 marzo 2009, causa C-559/07, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica); sentenza ove la Corte ha ritenuto che il codice greco delle pensioni, che prevede delle differenze fra lavoratori di sesso maschile e femminile in materia di età per il pensionamento e di servizio minimo, violasse l'art. 141 CE.

Si osservi che, anche in questa decisione, al pari di quella che ha interessato lo Stato italiano, i giudici del Lussemburgo hanno utilizzato il medesimo *iter* motivazionale, assimilando dapprima il trattamento pensionistico al concetto comunitario di retribuzione e indi, conseguentemente, concludendo che tale differenziazione di accesso alla

(4) Per la Corte di giustizia infatti la nozione di retribuzione, al pari di altre nozioni, ha carattere esclusivamente comunitario (si v., fra l'altro, la decisione resa il 28 settembre 1994, causa C-7/93, *Beune*, in Racc., 1994, I, 447). In una precedente decisione, sempre la Corte di giustizia ha stabilito che la nozione di retribuzione *ex art.* 141 (allora 119) CE non può essere estesa ai regimi o alle prestazioni previdenziali, in specie alle pensioni di vecchiaia, direttamente disciplinate dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata, e obbligatorie per categorie generali di lavoratori (si tratta della sentenza del 25 maggio 1971, causa C-80/70, *Defrenne I*, in Racc., 1971, 445).

In quest'opera di ricostruzione del concetto di retribuzione comunitaria la Corte vi ha annoverato altresì e con riguardo alla materia previdenziale: il diritto all'iscrizione a un regime pensionistico aziendale (sentenze del 28 settembre 1994, causa C-57/93, *Vroege* e causa C-128/93, *Fischer*, entrambe in Racc., 1994, I, 4541 e 4583).

(5) La lettura della decisione, così come evidenziato da alcuni commentatori (I. CORTI, *op. cit.*), mette in luce il comportamento processuale non felice tenuto dallo Stato italiano che, in un primo momento, si è affidato a una relazione del medesimo ente previdenziale per i dipendenti pubblici, poi ha contestato l'utilizzo della medesima relazione fatto dalla Commissione, assumendo che "tale relazione si fonda su disposizioni precedenti alla messa in mora e quindi inutilizzabili come elementi di prova" (punto 32, sent.).

(6) Su come adeguarsi a tale decisione e sui costi della medesima da sopportare si vedano, con riguardo al versante economico: T. BOERI e A. BRUGIAVINI, *Pensioni: se i risparmi richiedono flessibilità*; L. TRONTI, *La sentenza europea e la riforma delle pensioni*, entrambi gli scritti in www.lavoceinfo.it.

I primi autori evidenziano che la riforma più equa ed economicamente migliore sarebbe quella che, contestualmente:

a) introduce riduzioni attuariali di tutte le pensioni maturate dal 2010 in poi per chi, uomo o donna, va in pensione prima dei 65 anni previsti dalla cd. Riforma Dini per accedere alla pensione di vecchiaia, applicando i fattori di correzione (i coefficienti di trasformazione) previsti dalla medesima legge n. 335 del 1995 alla sola quota retributiva di pensione;

b) sposta la finestra di uscita, gradualmente, in modo che l'intervallo di età entro cui viene mantenuta libertà di scelta sia 59-67 anni, a partire dal 2011. Quando questa diventa la griglia di età in cui andare in pensione, la riduzione attuariale si applica solo alle prestazioni di coloro che escono dalle forze di lavoro prima dei 67 anni, ed è massima a 59 anni.

La simulazione effettuata dagli autori nell'arco di un decennio, sino al 2020, porta, applicando la prospettata riforma, a un risparmio di spesa di 11.350 milioni di euro.

pensione si ponesse in contrasto con il principio di eguaglianza e di parità di trattamento fissato dalla Comunità (è sufficiente in questa sede rinviare alla lettura dei punti della decisione ove è esposto il giudizio della Corte).

Ma tale argomentare omologo lo si rinviene antecedentemente in una decisione resa dalla Corte di giustizia l'1 aprile 2008, nella causa C-267/06, *Tadao Moruko*⁷. La Corte ha ritenuto che una prestazione ai superstiti concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria fosse assimilabile al concetto comunitario di retribuzione di cui all'art. 141 CE, ricordando che in precedenti decisioni aveva riconosciuto che una pensione ai superstiti prevista da un regime pensionistico di categoria, creato con contratto collettivo, nella specie quello del personale artistico occupato in uno dei teatri tedeschi, rientrasse nella sfera di applicazione del citato articolo 141. Né tale assunto può essere posto nel nulla dalla circostanza che la pensione di reversibilità, per definizione, sia corrisposta non al lavoratore, ma al suo coniuge superstite, poiché la prestazione di reversibilità è un vantaggio che trae origine dall'iscrizione al regime del coniuge superstite, di modo che la pensione spetta a quest'ultimo nell'ambito del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il suddetto coniuge e gli è corrisposta in conseguenza dell'attività lavorativa svolta da questo (punto 45)⁸.

Quanto sin qui sommariamente accennato in merito alla posizione assunta dalla giurisprudenza comunitaria, pare dimostrare che la decisione resa nei confronti dell'Italia - una volta che la Corte da un verso ha confutato le argomentazioni dello Stato italiano afferenti alla natura non retributiva ma previdenziale delle prestazioni erogate dall'Inpdap e, da altro verso, ha riconosciuto la natura retributiva di tali prestazioni; non ritenendo infine che tale diversità di trattamento fosse giustificabile ai sensi dell'ultimo paragrafo dell'art. 141 CE - si pone all'interno di un *trend* giurisprudenziale costante e pertanto non rappresenta alcuna novità. Orientamento che è stato fatto proprio dal legislatore nella direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006.

Ovviamente altro sarebbe il discorso da condurre se si volesse confutare il ragionamento condotto dalla Corte con riguardo all'individuazione nel caso di specie degli elementi costitutivi della categoria "retribuzione comunitaria"⁹ o, ancora più a monte, all'assimilabilità fatta dalla Corte lussemburghese alla previdenza privata della prestazione pensionistica erogata dall'Inpdap; ma non è questo lo scopo che si vuole conseguire con questo scritto, volendosi invece tentare una ricostruzione per quanto possibile:

a) del tessuto legislativo comunitario coinvolto in siffatti tipi di decisione;

(7) La sentenza, a quel che consta, è stata annotata in Italia da A. O. COZZI, *Il diritto alla pensione di reversibilità del partner di un'unione solidale registrata: la Corte di Giustizia al bivio tra il divieto comunitario di discriminazione in base all'orientamento sessuale e il diritto nazionale*, in www.forum-diquadernicostituzionali.it.

(8) Siffatta assimilazione la si rinviene, da ultimo, nella decisione del 9 ottobre 2001, causa C-379/99, *Becker*, in Racc., 1999, I, 7275, punto 18) e nella decisione del 7 gennaio 2004, causa C-117/01, punto 34.

(9) Si veda a tal fine, anche: F. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07)*, in www.lex.unict.it/eurolabor, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 83/2009.

- b) della posizione assunta dalla giurisprudenza comunitaria in materia di eguaglianza nel sistema previdenziale, in specie con riguardo a quei rapporti sociali di confine, che vedono coinvolte le scelte di vita o sessuali dell'individuo;
- c) della posizione assunta dalla Corte costituzionale in materia di eguaglianza nel sistema previdenziale con riguardo alle medesime posizioni soggettive.

Si rilevi che il legislatore italiano, con l'art. 22-ter della legge 3 agosto 2009, n. 102 di conv.ne con modificazioni del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, ha provveduto ad attuare la statuizione della Corte di Giustizia¹⁰, prevedendo un incremento del requisito anagrafico, a decorrere dall'1.1.2010, per l'accesso alla pensione di vecchiaia da parte delle lavoratrici iscritte all'Inpdap. Precisamente l'incremento è di un anno dal 2010, di un altro anno dall'1.1.2012 e di un altro anno per ogni successivo biennio¹¹.

2. - La legislazione comunitaria in materia di parità di trattamento nella sicurezza sociale

Il risultato al quale è approdata la Corte lussemburghese è il frutto dell'interpretazione di una serie di norme comunitarie e dell'individuazione dei rispettivi ambiti di efficacia.

La prima di queste disposizioni, come reso palese dalla lettura della menzionata decisione, è costituita dall'art. 141 CE. Articolo questo che, al suo primo paragrafo e quale regola generale, pone a carico di ciascuno Stato membro l'obbligo di assicurare 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.

(10) Il primo comma di tale articolo ha aggiunto all'art. 2 della legge 8 agosto 1995, n. 335, il comma ventunesimo.

Si rilevi che il secondo comma del predetto articolo 23-ter ha invece introdotto una regola, di ben maggiore rilevanza, valevole per tutti i lavoratori ed efficace dall'1 gennaio 2015, regola in forza della quale i requisiti di età anagrafica per l'accesso al sistema pensionistico italiano sono adeguati all'incremento della speranza di vita accertato dall'ISTAT e validato dall'Eurostat, con riferimento al quinquennio precedente; ma, in sede di prima attuazione, l'incremento dell'età pensionabile riferito al primo quinquennio antecedente non potrà essere superiore a tre mesi.

La normativa tecnica di attuazione di tale regola è affidata a un decreto ministeriale entro il 31.12.2014. Su questa innovazione a valenza strutturale inserita in una legge di conversione di un decreto legge unitamente a una disposizione necessitata di adeguamento dell'ordinamento italiano alla statuizione della Corte di Giustizia in commento, si veda criticamente: F. Fonzo, *Una riforma di soppiatto*, in *www.nuovi-lavori.it, newsletter* n. 31 del 13 ottobre 2009.

Successivamente, e con riguardo al profilo lavoristico, è intervenuta la Corte costituzionale che, con la sentenza del 29 ottobre 2009, n. 275, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 del D. Lgs. 11 aprile 2006 n. 198, nella parte in cui prevede, a carico della lavoratrice che intenda proseguire nel rapporto di lavoro oltre il 60° anno di età, l'onere di dare tempestiva comunicazione della propria intenzione al datore di lavoro, da effettuarsi almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto alla pensione di vecchiaia, e nella parte in cui fa dipendere da tale adempimento l'applicazione al rapporto di lavoro della tutela accordata dalla legge sui licenziamenti individuali.

(11) Lo stesso legislatore ha previsto la salvaguardia dei diritti quesiti nei confronti di quelle lavoratrici che, entro il 31.12.2009, matureranno i requisiti di età e di anzianità contributiva abrogata e il loro diritto a vedersi certificata tale situazione dall'Inpdap.

Il successivo secondo paragrafo contiene l'individuazione del significato da assegnare alla parola retribuzione, intendendosi 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. Lo stesso legislatore comunitario, però, fissa, con la regola dettata all'ultimo paragrafo del medesimo articolo, una deroga alla dianzi sunteggiata regola generale, riconoscendo a ciascuno Stato membro, al dichiarato fine di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il potere di mantenere o adottare misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali¹².

La giurisprudenza comunitaria, con riguardo all'eventuale assimilazione al concetto comunitario di retribuzione di prestazioni pensionistiche, ha osservato che:

- la nozione di retribuzione, come individuata dall'art. 141, secondo paragrafo, primo alinea CE, non include i regimi o le prestazioni di sicurezza sociale direttamente regolate dalla legge - ciò che impedisce qualsiasi accenno di concertazione - sempre che siano imposte a categorie generali di lavoratori e i contributi siano fissati secondo considerazioni di politica generale¹³;
- al contrario rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 141 CE: a) il regime pensionistico aziendale che, sebbene adottato conformemente a disposizioni di legge, trae origine da un accordo stipulato fra il datore di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori, integra i rapporti di lavoro e completa le prestazioni dovute in base alla legislazione nazionale con prestazioni il cui finanziamento è unicamente a carico del datore di lavoro¹⁴, b) il regime pensionistico che, allontanandosi dal regime generale, riguarda i dipendenti di talune imprese, quantunque i lavoratori dipendenti vi apportino contributi¹⁵;

(12) Per un commento a questo articolo e, in generale al principio di parità di trattamento in lingua italiana si v.: C. GULOTTA, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, F. POCAR (a cura di), Padova, 2001, 592; F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto Comunitario del Lavoro*, Padova, 2001, 288; R. FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002, 137; L. GALANTINO, *Diritto Comunitario del Lavoro*, Torino, 2005, 200.

La tutela del principio di parità di trattamento fra uomini e donne in materia lavoristica la si rinviene altresì, da ultimo, nella direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e che ha sostituito la direttiva 76/207/CEE del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

(13) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza del 26 marzo 2009, causa C-559/07, *Commissione c. Repubblica ellenica*, punti 41 e 42 e, ante, la sentenza del 25 maggio 2000, C-50/99, *Podesta*, punto 24 e la sentenza del 25 maggio 1971, causa C-80/70, *Defrenne I*, in Racc., 1971, 445, punti 7 e 8).

(14) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza del 10 febbraio 2000, cause riunite C-234/96 e C-235/96, *Deutsche Telekom*, punto 32.

(15) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza del 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, in Racc., 1990, I, 1889, punto 32.

- la circostanza che talune prestazioni siano corrisposte dopo la cessazione del rapporto di lavoro non esclude che esse possano avere carattere di <retribuzione> ai sensi dell'art. 141 CE¹⁶;
- le modalità di finanziamento da parte della fiscalità generale del trattamento pensionistico, senza alcun versamento di contribuzione da parte dei beneficiari del trattamento pensionistico o dei lavoratori attivi, non costituisce un elemento decisivo per apprezzare l'applicazione o meno del disposto dell'art. 141¹⁷;
- del pari non possono considerarsi prevalenti 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 nazionale¹⁸;
- il criterio dell'impiego, in forza del quale la pensione è corrisposta al lavoratore per il rapporto di lavoro che lo unisce al suo *ex* datore di lavoro, desunto dalla lettera stessa dell'art. 141 CE, può avere carattere determinante per verificare se una pensione di vecchiaia rientri o meno nel campo di applicazione del menzionato articolo¹⁹;
- il criterio dell'impiego 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 e siffatte pensioni non costituiscono retribuzioni ai sensi del predetto art²⁰.;
- i criteri residuali per verificare l'applicabilità o meno del predetto art. 141 CE sono costituiti dalla contestuale esistenza in capo al trattamento pensionistico di tre requisiti: a) la pensione deve interessare una categoria particolare di lavoratori, b) la pensione sia direttamente funzione degli anni di servizio prestati, c) l'importo della pensione sia calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente²¹;
- se ricorrono tutti e tre i citati requisiti e si tratti di un funzionario pubblico, la pensione versata a questi è "assolutamente comparabile" a quella che un datore di lavoro privato verserà ai suoi lavoratori che cesseranno dal servizio²².

Sulla scorta dei predetti criteri, come constatato dall'Avvocato Generale²³, la Corte ha incluso nella menzionata nozione comunitaria diversi regimi pensionistici di

(16) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza dell'1 aprile 2008, causa C-267/06, *Tadao Maruko*, punto 44.

(17) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza del 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione c. Repubblica ellenica*, punti 45 e 46 (traduzione dell'autore).

(18) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza del 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione c. Repubblica ellenica*, punto 50.

(19) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza del 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, punto 35.

(20) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza del 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, punto 36.

(21) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza del 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, punto 37.

(22) In questi termini, da ultimo, si v., la sentenza del 26 marzo 2009, causa C-559/07, *Commissione c. Repubblica ellenica*, punto 50.

(23) Si tratta delle conclusioni rese nella causa C-267/06, *Tadao Maruko*.

pubblici dipendenti olandesi, francesi, finlandesi e tedeschi²⁴; nonché le pensioni di reversibilità, senza che su queste ultime influisca il fatto che la prestazione non sia corrisposta al lavoratore²⁵.

L'art. 141 CE, come reso manifesto dalla stessa giurisprudenza comunitaria, non ha il monopolio del principio di parità di trattamento, limitandosi questo a operare all'interno del diritto del lavoro; lo stesso legislatore comunitario ha espressamente disciplinato l'applicabilità di tale principio nella materia previdenziale con la direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale²⁶.

Secondo la costante giurisprudenza comunitaria la direttiva 79/7/CEE costituisce l'espressione, nell'ambito della sicurezza sociale, del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario. Nel secondo "Considerando" della direttiva si esplicita che occorre attuare il principio della parità di trattamento in materia di sicurezza sociale in primo luogo nei regimi legali che

(24) Si tratta delle seguenti decisioni: sentenza 28 settembre 1994, causa C-7/93, *Beune*, in Racc., 1994, I, 4471; sentenza 29 novembre 2001, causa C-366/99, *Griesmar*; sentenza 13 dicembre 2001, causa C-206/00, *Moufflin*; sentenza 12 settembre 2002, causa C-351/00, *Niemi*; sentenza 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schonheit e Becker*.

Orbene la mera ricognizione di questi precedenti porta a riconsiderare il clamore della decisione resa dalla Corte di giustizia nei confronti dell'Italia, apparendo che la stessa, quanto meno secondo l'ottica utilizzata dalla Corte, si ponga nel solco tracciato dalla medesima in merito alla possibile applicabilità dell'art. 141 CE anche con riferimento a trattamenti pensionistici erogati nei confronti di pubblici dipendenti; tant'è che il principio lo si trova riaffermato dopo poco tempo nei confronti della Grecia, con riguardo al trattamento pensionistico erogato in favore di pubblici dipendenti della medesima nazione (sentenza 26 marzo 2009, causa C-559/07, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*).

(25) Si tratta delle seguenti decisioni: sentenza 25 maggio 2000, causa C-50/99, *Podesta*; sentenza 9 ottobre 2001, causa C-379/99, *Menauer*; sentenza 6 ottobre 1993, causa C-109/91, *Ten Oever*, in Racc., 1993, I, 4879; sentenza 28 settembre 1994, causa C-200/91, *Coloroll Pension Trustees*, in Racc., 1994, I, 4389; sentenza 17 aprile 1997, causa C-147/95, *Evrenopoulos*, in Racc., 1997, I, 2057.

(26) Nella direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, si prevedeva che per garantire la graduale attuazione del principio della parità di trattamento in materia di sicurezza sociale, il Consiglio avrebbe adottato, su proposta della Commissione, disposizioni che ne avrebbero precisato in particolare il contenuto, la portata e le modalità di applicazione (art. 1, 2° prg.).

Sulla parità di trattamento in materia previdenziale nel diritto comunitario si vedano, oltre agli autori *retro cit.* (nota 10), anche: G. CARDONI, *La tutela previdenziale dei lavoratori migranti ed oscillazioni della corte di giustizia tra parità di trattamento e normativa di coordinamento*, in *Dir. lav.*, 2000, II, 224; T. PILEGGI, *Parità di trattamento retributivo e benefici pensionistici: ulteriori precisazioni della giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 677; D. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario*, in *La previdenza complementare*, M. BESSONE e F. CARINCI (a cura di), in *Diritto del Lavoro*, F. CARINCI (diretto da), IV, Torino, 2004, 63; L. PANAIOTTI, *Il diritto antidiscriminatorio di genere al vaglio della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 765; A. CALIGIURI, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2008, n. 1, 209.

assicurano una protezione contro i rischi di malattia professionale e di disoccupazione, nonché nelle disposizioni relative all'assistenza sociale nella misura in cui sono destinate a completare detti regimi o a supplirvi²⁷.

Scopo della direttiva è la graduale attuazione, nell'ambito soggettivo e oggettivo individuato nei successivi artt. 2 e 3, del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale (art. 1), senza che però ciò comporti un abbassamento delle tutele apprestate per la donna in maternità (art. 4, prg. 2).

Il predetto principio comporta l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta-

(27) È opportuno evidenziare, sommariamente, la differenza fra prestazioni previdenziali e assistenziali in ambito comunitario così come ricostruita dalla giurisprudenza comunitaria e che conduce all'applicabilità o meno del regolamento n. 1408 del 1971.

La Corte ha ritenuto che la distinzione fra prestazioni escluse dall'ambito di applicazione del regolamento n. 1408 del 1971 e prestazioni che vi rientrano si fonda essenzialmente sugli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, in particolare i suoi scopi e i requisiti per la sua concessione, e non sul fatto che una prestazione sia qualificata o meno come prestazione di previdenza sociale da una legge nazionale (si veda, da ultimo: sentenza 10 ottobre 1996, cause riunite C-245/94 e C-312/94, *Hoever e Zachow*, in Racc., 1996, I, 4895, punto 17).

Secondo la Corte una prestazione può essere considerata di natura previdenziale se è attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione legalmente definita, e se si riferisce ad uno dei rischi espressamente elencati nell'art. 4, n. 1 del regolamento n. 1408/71 (in questi termini si veda, fra le tante, la sentenza 18 dicembre 2007, cause riunite C-396/05, C-419/05 e C-450/05, *Habelt, Moser e Wachter*, punti 63 e 107).

Esistono poi secondo il legislatore comunitario prestazioni speciali di carattere non contributivo (artt. 4, prgg. 2-bis e 2-ter; 10-bis, specificamente elencate nell'all.to II bis del predetto regolamento).

La giurisprudenza comunitaria definisce una prestazione speciale di carattere non contributivo, secondo la sua finalità. Essa deve rappresentare una sostituzione o un'integrazione di una prestazione previdenziale e presentare i caratteri di un aiuto sociale giustificato da motivi economici e sociali e deciso da una normativa che fissa caratteri obiettivi (si vedano: sentenza 31 maggio 2001, causa C-43/99, *Leclere e Deaconescu*, punto 32; sentenza 29 aprile 2004, causa C-160/02, *Shalka*, punto 25; sentenza 6 luglio 2006, causa 154/05, *Kersbergen-Lap e Dams-Schipper*, punto 30).

La Corte considera come criterio determinante del carattere non contributivo il finanziamento reale della prestazione. Essa esamina se tale finanziamento è assicurato direttamente o indirettamente da contributi sociali o da risorse pubbliche.

Le sentenze 8 marzo 2001, causa C-215/99, *Jauch*, punti 32 e 33; *Shalka*, cit., punto 28, e 16 gennaio 2007, causa C-265/05, *Pérez Naranjo*, punto 36, riguardavano rispettivamente il pagamento di un assegno di assistenza a carattere contributivo e il riconoscimento di un'integrazione compensativa della pensione a carattere non contributivo in Austria, nonché il riconoscimento di un assegno supplementare da parte di un fondo di solidarietà (riconoscimento del carattere non contributivo in linea di principio, valutazione più precisa demandata al giudice nazionale) in Francia.

In ambito nazionale si evidenzia che i diritti sociali previdenziali hanno una funzione di garanzia del reddito di lavoro e la loro funzione è essenzialmente residuale: essi compaiono quando l'impianto offerto dal binomio diritto al lavoro - diritto a una retribuzione adeguata non sia ipotizzabile (per incapacità di lavoro derivante da infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia) o manchi di effettività (per incapacità di guadagno nei periodi di disoccupazione); mentre le prestazioni assistenziali previste dal primo comma dell'art. 38 della Costituzione a favore dell'inabile sprovvisto dei mezzi necessari per vivere hanno natura residuale, in quanto sono soggette al test medico-legale sulla soglia invalidante nonché alla c.d. prova dei mezzi, in ordine al mancato superamento dei limiti di reddito (A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Torino, 2006, 101 e 104).

mente o indirettamente fondata sul sesso, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia, specificamente per quanto riguarda:

- il campo di applicazione dei regimi e le condizioni di ammissione ad essi;
- l'obbligo di versare i contributi e il calcolo degli stessi;
- il calcolo delle prestazioni, comprese le maggiorazioni da corrispondere per il coniuge e per le persone a carico, nonché le condizioni relative alla durata e al mantenimento del diritto alle prestazioni (art. 4, prg. 1)²⁸.

(28) La giurisprudenza comunitaria ha ritenuto che la direttiva possa essere invocata a decorrere dal 22 dicembre 1984 (termine fissato a ciascun Stato membro per adeguarsi alla direttiva) in ogni singolo Stato membro, per impedire la proroga, oltre tale data, dell'efficacia di una disposizione nazionale precedente (sentenza 4 dicembre 1986, causa C-71/85, *Olanda*, Racc., 1986, I, 3855) e che pertanto il principio di parità di trattamento possa essere fatto valere dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, per escludere l'applicabilità di qualsiasi disposizione nazionale difforme (sentenza 1 luglio 1993, causa C-154/92, *Van Cant*, Racc., 1993, I, 3811); ma solo dalle persone che rientrano nell'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva e dalle persone che subiscono gli effetti di una disposizione nazionale discriminatoria a titolo di un'altra persona che rientri nell'ambito della direttiva (sentenza 24 febbraio 1994, Causa C-343/92, *Roks*, in Racc., 1994, I, 571). Ancora, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'art. 4, prg. 1:

- non osta all'applicazione di una normativa nazionale che subordini la concessione di una prestazione per incapacità lavorativa al requisito di aver percepito un determinato reddito derivante da un'attività lavorativa o ad essa collegato nell'anno precedente l'insorgere dell'incapacità, anche qualora risulti che tale requisito interessa un maggior numero di donne che di uomini (sentenza 1 febbraio 1996, Causa C-280/94, *Posthuma*, in Racc., 1996, I, 179);
- non osta a una normativa nazionale che escluda dal regime legale di assicurazione vecchiaia le attività lavorative subordinate prestate per un orario settimanale normale inferiore alle quindici ore e per una retribuzione non superiore al settimo della retribuzione mensile media, anche se interessa un numero notevolmente maggiore di donne che di uomini, allorché il legislatore nazionale ha potuto ragionevolmente ritenerla necessaria al raggiungimento di un obiettivo di politica sociale estraneo a qualsiasi discriminazione basata sul sesso (sentenza 14 dicembre 1995, causa C-317/93, *Nolte*, in Racc., 1995, I, 4625);
- non osta all'applicazione di una normativa nazionale che si limita a circoscrivere il periodo, anteriore alla presentazione della domanda fondata sulla direttiva n. 79/7/CEE, per il quale possono essere ottenuti arretrati di prestazioni, anche se la direttiva predetta non sia stata trasposta entro i termini (sentenza 6 dicembre 1994, causa C-410/92, *Johnson*, in Racc., 1994, I, 5483);
- non osta all'applicazione di una normativa nazionale in materia di assicurazione contro la vecchiaia che, prescindendo dal sesso, fa dipendere la concessione e l'importo di una maggiorazione di cui possono fruire i titolari di una pensione, il cui coniuge a carico non ha ancora raggiunto l'età della pensione, dai soli redditi riscossi dal coniuge per un'attività professionale o in rapporto con un'attività del genere, anche se detta normativa ha l'effetto che un numero di uomini molto più alto delle donne fruisca di tale supplemento (sentenza 19 novembre 1992, causa C-226/91, *Molenbroek*, in Racc., 1992, I, 5943)
- osta all'applicazione di una normativa nazionale che subordini la concessione di una prestazione per incapacità lavorativa al requisito di aver percepito un determinato reddito nel corso dell'anno precedente l'insorgere dell'incapacità e che, pur non distinguendo a seconda del sesso, riguardi un numero molto maggiore di donne che uomini, anche qualora l'adozione di una normativa nazionale siffatta sia giustificata da considerazioni di bilancio (sentenza 24 febbraio 1994, Causa C-343/92, *Roks*, in Racc., 1994, I, 571);
- osta, insieme all'art. 7, n. 1, a che una disciplina nazionale che autorizzi i lavoratori di sesso maschile e femminile ad andare in pensione a partire dalla stessa età, conservi nelle modalità di calcolo della pensione una differenza a seconda del sesso, a sua volta connessa alla differenza dell'età di pensionamento vigente in base alla disciplina precedente (sentenza 1 luglio 1993, causa C-154/92, *Van Cant*, Racc., 1993, I, 3811)

Le regole dettate dalla direttiva si applicano, con riguardo al profilo soggettivo, alla “popolazione attiva”, comprendendo in essa i lavoratori autonomi, i lavoratori la cui attività si trova interrotta per malattia, infortunio o disoccupazione involontaria e le persone in cerca di lavoro, e i lavoratori pensionati o invalidi (art. 2). Si è escluso da parte dei giudici comunitari che in queste categorie vi rientri la persona che svolge un’attività non retribuita consistente nell’occuparsi del coniuge disabile, quali che siano la portata dell’attività e la competenza necessaria per svolgerla, qualora la detta persona, per dedicarsi a tale attività, non abbia abbandonato un’attività lavorativa, né interrotto la ricerca di un posto di lavoro²⁹; mentre vi rientrano nelle predette categorie sia i lavoratori in cerca di occupazione, rimanendone escluse solo le persone che non sono mai state disponibili sul mercato del lavoro o che hanno cessato di esserlo per ragioni diverse dal verificarsi di uno dei rischi considerati dalla direttiva³⁰; sia i lavoratori che svolgono un’attività di breve durata³¹.

Le predette regole, con riguardo al loro ambito oggettivo di efficacia, si applicano:

- ai regimi legali che assicurano una protezione contro: a) la malattia, b) l’invalidità, c) l’infortunio sul lavoro e la malattia professionale, d) la disoccupazione, e) la vecchiaia;
- alle disposizioni afferenti all’assistenza sociale, ma nella misura in cui siano destinate a completare o a supplire ai regimi legali, con riguardo alla protezione da questi assicurata (art. 3, prg. 1)³².

Invece le regole dettate dalla direttiva non si applicano alle disposizioni concernenti le prestazioni ai superstiti, né a quelle concernenti le prestazioni familiari, a meno che non si tratti di prestazioni spettanti per i rischi tutelati nel primo paragrafo (art. 3, prg. 2).

Una volta delineate le regole sistemiche della direttiva, il legislatore passa a individuare gli obblighi e le attività poste a carico di ciascuno Stato membro; nonché i poteri riconosciuti a ciascuno Stato, nonostante le regole comunitarie.

Innanzitutto ciascuno Stato membro deve adottare tutte le misure necessarie alla soppressione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al

(29) Si tratta della sentenza 7 novembre 1996, causa C-77/95, *Hanseatisches Oberlandesgericht*, in *Guida al diritto*, 1996, n. 46, 105.

(30) In questi termini: sentenza 1 febbraio 1996, Causa C-280/94, *Posthuma*, in *Racc.*, 1996, I, 179.

(31) In questi termini: sentenza 14 dicembre 1995, causa C-444/93, *Megner e Scheffel*, in *Racc.*, 1995, I.

(32) Secondo la Corte di giustizia tale disposizione:

- deve essere interpretata nel senso che un regime, quale quello istituito dall’art. 6, paragrafo 1, delle *National Health Service (Charges for Drugs and Appliances) Regulations* 1989, il quale esonera dal pagamento delle spese mediche talune categorie di persone, e, in particolare determinate persone anziane, rientra nella sfera di applicazione della direttiva (sentenza 19 ottobre 1995, causa C-137/94, *The Queen v. The Secretary of State for Health*, in *Racc.*, 1995, I, 3407);

- deve essere interpretata nel senso che un regime in forza del quale sono concesse riduzioni sui trasporti pubblici a talune categorie di persone anziane, non rientra nell’ambito di applicazione della direttiva. Infatti, una prestazione che consiste in riduzioni del genere sui trasporti pubblici non protegge direttamente ed effettivamente contro uno dei rischi elencati in tale disposizione e la circostanza che l’avente diritto ad una siffatta prestazione versi di fatto, per la sua età avanzata, in una delle situazioni menzionate in tale articolo non è sufficiente a far rientrare la detta prestazione, considerata come tale, nell’ambito di applicazione della direttiva (sentenza 11 luglio 1996, causa C-228/94, *Atkins*, in *Racc.*, 1996, I, 3633).

principio di parità di trattamento (art. 5), nonché adottare tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva (art. 8) e, infine, deve introdurre nel proprio ordinamento giuridico le misure necessarie a permettere a tutti coloro che si ritengono lesi dalla mancata applicazione del predetto principio di far valere i propri diritti per via giudiziaria ed eventualmente dopo aver fatto ricorso ad altre istanze competenti (art. 6)³³.

Poi il legislatore comunitario riconosce in capo allo Stato membro il potere di escludere dal campo di applicazione della direttiva:

- la fissazione del limite di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro e le conseguenze che possono derivarne per altre prestazioni³⁴;
- i vantaggi accordati in materia di assicurazione di vecchiaia alle persone che hanno provveduto all'educazione dei figli; l'acquisto di diritti alle prestazioni a seguito di periodi di interruzione del lavoro dovuti all'educazione dei figli;
- la concessione di diritti a prestazioni di vecchiaia o di invalidità in base ai diritti derivati dal consorte;
- la concessione di maggiorazioni delle prestazioni a lungo termine di invalidità, di vecchiaia, di infortunio sul lavoro o di malattia professionale per il consorte a carico;
- le conseguenze risultanti dall'esercizio, anteriormente all'adozione della presente direttiva, di un diritto di opzione allo scopo di non acquisire diritti o di non contrarre obblighi nell'ambito di un regime legale.

Il principio di parità di trattamento trova altresì ulteriore concretizzazione nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, con la direttiva 86/378/CEE del 24 luglio 1986, direttiva che è stata rifiuta, così si esprime il legislatore comunitario, nella direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione)³⁵.

La disciplina del 1986 individuava i regimi professionali in tutti quei regimi non disciplinati dalla direttiva 79/7/CEE che hanno lo scopo di fornire ai lavoratori, subordinati

(33) La Corte di giustizia ha ritenuto che l'art. 6 della direttiva non impone che un singolo possa ottenere il pagamento di interessi versati a titolo di arretrati di prestazioni previdenziali qualora il ritardo nel pagamento sia riconducibile ad una discriminazione vietata dalla predetta direttiva. Spetta al giudice nazionale - nel caso in cui ricorrano i presupposti per un tale obbligo - trarre le conseguenze da questo principio (sentenza 22 aprile 1997, causa C-66/95, *Sutton*).

(34) La giurisprudenza ha ritenuto che tale regola limitativa dell'ambito di efficacia della disciplina sulla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale sia da interpretare in senso restrittivo per quanto riguarda le conseguenze che possono derivarne per prestazioni diverse da quelle di vecchiaia (sentenza 30 marzo 1993, causa C-328/91, *Thomas*, in Racc., 1993, I, 1247; sentenza 16 dicembre 1999, causa C-382/98, *Taylor*) e che, qualora sussista una differenza di età pensionabile tra lavoratori e lavoratrici, è legittimo il calcolo della pensione in modo differenziato, a seconda del sesso del lavoratore (sentenza 22 ottobre 1998, causa C-154/96, *Wolfs*).

(35) Tale rifusione si è resa necessaria secondo il legislatore comunitario per chiarezza e per raggruppare in un unico testo le principali disposizioni in materia, nonché certi sviluppi risultanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (1° "Considerando").

nati o autonomi, raggruppati nell'ambito di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un ramo economico o di un settore professionale o interprofessionale, prestazioni destinate a integrare le prestazioni fornite dai regimi legali di sicurezza sociale o di sostituirsi ad esse, indipendentemente dal fatto che l'affiliazione a questi regimi sia obbligatoria o facoltativa (art. 2, prg. 1).

La disciplina a regime, come detto, sulla materia la si rinviene nella direttiva del 2006, efficace dall'1 agosto 2009 ai sensi dell'art. 34, e pertanto su questa ci si soffermerà nei limiti della presente trattazione. Nel 13° e 14° "Considerando" si ricorda come la Corte di giustizia, con la sentenza del 17 maggio 1990, nella causa C-262/88, ha stabilito che tutte le forme di pensioni professionali costituiscono un elemento di retribuzione a norma dell'art. 141 del trattato e sebbene il concetto di retribuzione ai sensi dell'art. ult. cit. non includa le prestazioni sociali, si ricorda altresì che è stato ormai chiarito che i regimi pensionistici dei dipendenti pubblici rientrano nel campo d'applicazione del principio della parità retributiva se le relative prestazioni sono versate al beneficiario con il datore di lavoro pubblico, e ciò anche nell'ipotesi in cui il regime in questione faccia parte di un regime legale generale³⁶. Scopo della direttiva è assicurare l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, fra l'altro, anche nei regimi professionali di sicurezza sociale (art. 1, prg. 2). Secondo la direttiva:

- per retribuzione si intende il salario o lo stipendio 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 a motivo dell'impiego di quest'ultimo;
- per regimi professionali di sicurezza sociale si intendono i regimi non regolati dalla direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, aventi lo scopo di fornire ai lavoratori, subordinati o autonomi, raggruppati nell'ambito di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un ramo economico o di un settore professionale o interprofessionale, prestazioni destinate a integrare le prestazioni fornite dai regimi legali di sicurezza sociale o di sostituirsi ad esse, indipendentemente dal fatto che l'affiliazione a questi regimi sia obbligatoria o facoltativa (art. 2, prg. 1, lett. e) ed f)).

Alla parità di trattamento nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale è dedicato il Capo 2. Il primo articolo di questo Capo, l'art. 5, sancisce che, in tali regimi, è vietata qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso e specificamente con riguardo:

- al campo di applicazione di tali regimi e alle condizioni di accesso agli stessi;
- all'obbligo di versare i contributi e al calcolo di quanto dovuto a tale titolo;
- al calcolo delle prestazioni, comprese le maggiorazioni da corrispondere per il coniuge e per le persone a carico, nonché alle condizioni relative alla durata e al mantenimento del diritto alle prestazioni.

(36) Secondo la sentenza del 28 agosto 1994, causa C-7/93, *Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds*, in Racc., 1994, I, 4471 e la sentenza del 12 agosto 2002, causa C-351/00, *Pirkko Niemi*, questa condizione è soddisfatta se il regime pensionistico interessa una categoria particolare di lavoratori e se le prestazioni sono direttamente collegate al periodo di servizio e calcolate con riferimento all'ultimo stipendio del dipendente pubblico (14° "Considerando").

Gli articoli 6 e 7, a loro volta, individuano l'ambito soggettivo e oggettivo della disciplina, mentre l'art. 8 elenca, si deve ritenere con elencazione tassativa non suscettibile di interpretazione analogica o estensiva, i campi per i quali non si applica il divieto di parità di trattamento.

Con riguardo all'ambito soggettivo la direttiva si applica alla popolazione attiva, compresi i lavoratori autonomi³⁷, i lavoratori la cui attività è interrotta per malattia, maternità, infortunio o disoccupazione involontaria e le persone in cerca di lavoro, ai lavoratori pensionati e ai lavoratori invalidi, nonché agli aventi causa di questi lavoratori in base alle normative e/o prassi nazionali.

Con riguardo all'ambito oggettivo, la direttiva:

- si applica ai regimi professionali di sicurezza sociale che assicurano una protezione contro: a) la malattia, b) l'invalidità, c) la vecchiaia, compreso il caso di pensionamento anticipato, d) l'infortunio sul lavoro, e) la disoccupazione (art. 7, 1° prg.);
- si applica ai regimi professionali di sicurezza sociale che prevedono altre prestazioni sociali, in natura o in contanti, in particolare prestazioni per i superstiti e prestazioni per i familiari, ove tali prestazioni costituiscano vantaggi pagati dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo (art. 7, 2° prg.);
- si applica ai regimi pensionistici di una categoria particolare di lavoratori come quella dei dipendenti pubblici, se le relative prestazioni sono versate al beneficiario a motivo del suo rapporto di lavoro con il datore di lavoro pubblico e tale regola si applica anche quando il predetto regime faccia parte di un regime legale generale (art. 7, 3° prg.);
- non si applica: a) ai contratti individuali dei lavoratori autonomi, b) ai regimi dei lavoratori autonomi che hanno un solo membro, c) nel caso dei lavoratori subordinati, ai contratti di assicurazione di cui non sia parte il datore di lavoro, d) alle disposizioni facoltative dei regimi professionali di sicurezza sociale offerte individualmente ai partecipanti per garantire: w) prestazioni complementari, y) la scelta della data da cui decorreranno le prestazioni normali a favore dei lavoratori autonomi o la scelta fra più prestazioni, e) ai regimi professionali di sicurezza sociale qualora le prestazioni siano finanziate dai contributi su base volontaria (art. 8, primo prg.)³⁸. Il successivo articolo 9 contiene

(37) Con riguardo ai lavoratori autonomi il legislatore prevede la possibilità di un differimento dell'applicazione del principio della parità di trattamento con riguardo: a) alla fissazione del limite d'età per la concessione di pensioni di vecchiaia e di collocamento a riposo e le conseguenze che possono derivare per altre prestazioni, a loro scelta: w) fino alla data alla quale tale parità sia conseguita nei regimi legali, y) o al più tardi a quando una direttiva imponga tale parità, b) alle pensioni di reversibilità, finché il diritto comunitario non imponga il principio della parità di trattamento nei regimi legali di sicurezza sociale in materia, c) alla fissazione di livelli differenti retributivi, con riferimento all'uso di elementi di calcolo attuariale, fino all'1 gennaio 1999 o, per gli Stati membri la cui adesione ha avuto luogo dopo tale data, fino alla data in cui la direttiva 86/378/CEE è divenuta applicabile nel loro territorio.

(38) Il legislatore afferma che, nonostante il divieto di discriminazione, un datore di lavoro può concedere a determinate persone che hanno raggiunto l'età pensionabile a norma di un regime professionale di sicurezza sociale, ma che non hanno ancora raggiunto l'età pensionabile per la concessione di una pensione legale, un complemento di pensione volto a perequare o a ravvicinare l'importo delle prestazioni globali rispetto alle persone di sesso opposto che si trovino nella stessa situazione, avendo già raggiunto l'età della pensione legale, finché i beneficiari del complemento non abbiano raggiunto tale età (art. 8, 2° prg.).

un elenco, non esaustivo ma meramente esemplificativo, di esempi di discriminazione, fra i quali, rinviando alla lettura del testo della disposizione, si possono ricordare: a) lo stabilire limiti di età differenti per il collocamento a riposo, b) il fissare livelli differenti di contribuzione, c) il fissare livelli differenti per le prestazioni.

Con riguardo alla previsione di una differente età pensionabile si statuisce che il fatto che uomini e donne possano chiedere un'età pensionabile flessibile alle stesse condizioni non è considerato incompatibile con le regole in tema di parità di trattamento (art. 13).

3. - Parità di trattamento, convivenze *more uxorio* e tendenze sessuali nella giurisprudenza della Corte di giustizia

La Corte di giustizia, da ultimo, come fatto cenno nelle pagine precedenti, ha avuto occasione di pronunciarsi con riguardo all'effettiva tutela del principio di parità di trattamento con riguardo alla previdenza complementare e, al suo interno, con riguardo al riconoscimento del trattamento pensionistico nei confronti di soggetti che hanno cambiato sesso o nei confronti di unioni fra persone dello stesso sesso. Sono questi due versanti quelli che appaiono essere gli aspetti di confine della disciplina sul punto e sui quali si potrebbe correre il rischio di uno scollamento fra legislazione comunitaria e legislazione nazionale.

Nell'esaminare il divieto di discriminazione fondata sulle tendenze sessuali è stato osservato, in via generale, che insieme al principio della libera circolazione, il principio di eguaglianza è quello più tradizionale e più radicato nell'ordinamento giuridico europeo; esso si è evoluto nel tempo, andando al di là dei limiti di equiparazione retributiva fra lavoratori dei due sessi, per estendersi ad altri contesti e ad altri soggetti, come dimostra la direttiva 2000/43.

Dalla sua precoce comparsa nel Trattato, successivamente ampliata e rafforzata, esso si è convertito in un «quadro generale mirante a contrastare le disparità ingiustificate e a promuovere un'identità di trattamento reale ed effettiva»³⁹.

Il Trattato di Amsterdam ha avuto quale obiettivo quello di allargare l'ambito di applicazione del principio di eguaglianza, dando la possibilità al Consiglio di prendere tutti i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali (art. 13 [ex art. 6A]). Tale previsione al rispetto delle tendenze sessuali assume maggior rilievo se si pone mente locale alle seguenti circostanze:

- non tutti gli Stati membri ripudiano questo tipo di discriminazione;
- neppure la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ripudia tale discriminazione;

(39) Così ritiene l'Avvocato Generale nelle conclusioni presentate il 6 settembre 2007 nella causa C-267/06, punto 83.

Sul principio di eguaglianza e le donne si v.: L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005.

- la Corte europea dei diritti umani ha considerato tale diritto compreso nell'art. 14 della predetta Convenzione europea⁴⁰;
- il divieto di questo tipo di discriminazione è esplicitamente recepito nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza)⁴¹ ed è stato da ultimo recepito al n. 1 dell'art. II-81 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa⁴².

Il reticolato legislativo così delineato comporta il carattere essenziale di tale tipo di divieto, con la conseguenza che l'Unione europea, ai sensi dell'art. 6, ne deve garantire il rispetto⁴³.

L'ipotesi interpretativa deve ora scontare la verifica della giurisprudenza comunitaria che, nel tempo, è stata chiamata a risolvere questioni ove avevano rilievo le tendenze sessuali del richiedente il beneficio.

Nella sentenza del 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant*, la Corte ha dichiarato che il diniego opposto da un'impresa di concedere uno sconto sul prezzo dei trasporti a favore del compagno o della compagna dello stesso sesso di uno dei suoi dipendenti, anche se siffatta relazione sia concessa a favore della persona di sesso diverso con la quale un lavoratore abbia una relazione stabile fuori del matrimonio, non costituisce una discriminazione vietata dalle norme comunitarie (punto 50). La Corte riteneva che nel caso di specie non sussistesse una discriminazione direttamente fondata sul sesso dal momento che era estesa tanto ai lavoratori quanto alle lavoratrici che avessero un compagno dello stesso sesso (punti 27 e 28) e inoltre rilevava, a sostegno della propria decisione, che, allo stato attuale del diritto comunitario, le relazioni stabili omosessuali non sono assimilabili né alle coppie coniugate, né alle unioni stabili eterosessuali (punto 35). Conseguendone che, mentre una distinzione fondata sul sesso sarebbe illegale, non lo sarebbe una distinzione fondata sull'orientamento sessuale, dato che nessuna norma comunitaria la sanziona.

Nella successiva decisione del 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, *D. e Svezia c/ Consiglio*, è stato esaminato in sede di impugnazione il rifiuto di accordare ad un dipendente delle Comunità europee un assegno di famiglia pensato per le persone sposate, poiché, sebbene questi avesse contratto un'unione di

(40) L'art. 14 della citata Convenzione afferma che "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione."

Si tratta delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 dicembre 1999, *Da Silva Mouta c. Portugal*, punto 28; e del 24 luglio 2003, *Karner c. Austria*, punto 33.

(41) L'art. 21 statuisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, fra l'altro, sulle tendenze sessuali (prg. 2).

(42) L'art. II-81 fissa il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, fra l'altro, sull'orientamento sessuale.

(43) L'art. 6, prg. 2, del Trattato afferma che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

Alla conclusione di cui nel testo approda l'Avvocato Generale nella citate conclusioni (nota 39), punto 78.

coppia con un altro uomo iscritta nel registro svedese, lo Statuto del personale delle Comunità europee non permetteva di equiparare il suo stato con il matrimonio. La sentenza ha individuato nella Comunità una pluralità di regimi di iscrizione di unioni di fatto distinte dal matrimonio (punti 36 e 50), il che complicava l'omologazione (punto 37), spettando al legislatore adottare i provvedimenti pertinenti per modificare la situazione (punto 38)⁴⁴.

Nella decisione del 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B.*, una lavoratrice britannica chiedeva per il proprio compagno, che era stato operato, per trasformarsi da donna in uomo, la pensione di reversibilità che gli sarebbe spettata come coniuge superstite, dal momento che il diritto nazionale non autorizzava le nozze con un transessuale secondo il nuovo sesso di quest'ultimo. La Corte di giustizia ha considerato che la disparità di trattamento non incideva sul riconoscimento della pensione, ma su una condizione preliminare indispensabile alla concessione di questa, ossia la capacità di contrarre matrimonio (punto 30), e ha affermato che l'art. 141 CE osta ad una normativa che, impedendo ai transessuali di contrarre matrimonio secondo il sesso acquisito, li priva di una pensione di reversibilità (punto 34)⁴⁵.

Nella decisione del 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards*, la Corte ha ri-

(44) L'auspicata modifica vi fu con il regolamento (CE, Euratom) del Consiglio del 22 marzo 2004, n. 723, che ha modificato lo statuto dei funzionari delle Comunità europee e il regime applicabile agli altri agenti di dette Comunità.

Nella predetta decisione è stato rilevato che la parola «matrimonio» designa, in genere, un'unione eterosessuale e che, dal 1989, un numero sempre maggiore di Stati membri ha istituito regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unione tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso, attribuendo a tali unioni taluni effetti identici o paragonabili a quelli del matrimonio, tanto fra i conviventi quanto nei confronti dei terzi (punti 34 e 35).

(45) L'Avvocato Generale, nelle conclusioni al predetto procedimento giudiziario, ricordava come da uno studio comparativo della situazione giuridica degli Stati membri risultava che il matrimonio dei transessuali in conformità del loro nuovo sesso è globalmente ammesso, vuoi mediante un intervento esplicito del legislatore, vuoi a seguito di prassi amministrative o attraverso un'interpretazione giurisprudenziale (punto 28), mentre solo gli ordinamenti irlandesi e britannico sembrano opporsi a tale tendenza generale, il che in ogni caso non impedisce di individuare una tradizione giuridica sufficientemente uniforme, tale da poter costituire la fonte di un principio generale del diritto comunitario.

È interessante notare come l'Avvocato Generale, da una ricognizione di tal fatta, inferisca l'esistenza di un principio generale; potendosi ritenere che tale regola possa costituire criterio di estrapolazione di principi generali di diritto comunitario, purché la regola esista nella maggioranza degli Stati membri.

Nelle medesime conclusioni l'Avvocato Generale si chiede se sia ragionevole scegliere il rapporto coniugale come vincolo dal quale dipenda la concessione, a momento debito, di una pensione di reversibilità per vedovi. Un tale esame richiederebbe che ci si interrogasse sull'obiettivo perseguito da una pensione di questa natura e, parallelamente, sull'idoneità di un mero contratto formale a rappresentare una comunione solidale. In alternativa, almeno, si dovrebbe valutare la possibilità che rapporti di altra natura meritino una simile tutela. Questo tipo di analisi, caratteristico di una società matura, in cui la sostanza prevale sulla forma, si sta facendo nella pratica. Così da un lato, è consentito sindacare il carattere effettivo del matrimonio nell'ambito, per esempio, del diritto dell'immigrazione e, nel contempo, situazioni caratterizzate da una coabitazione effettiva, non riconosciute ufficialmente, vengono, per motivi di equità, equiparate al matrimonio (punto 63).

tenuto che l'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7/CEE ostasse a una normativa che negava il beneficio di una pensione di vecchiaia ad una persona che, in conformità alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, fosse passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto l'età di 65 anni, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale⁴⁶.

L'ultima delle decisioni rilevanti ai fini qui investigati è la sentenza dell'1 aprile 2008, causa C-267/06, *Tadao Maruko*⁴⁷. Nel caso di specie l'intervento della Corte si è incardinato sul rifiuto da parte dell'ente previdenziale tedesco di categoria di riconoscere la pensione di reversibilità a un soggetto di sesso maschile per non essersi sposato con il proprio compagno e per non essere «vedovo», *status* riservato *ope legis* al coniuge del deceduto; non risultando altresì che tale beneficio fosse stato concesso ad altri in una situazione analoga o identica. La Corte, essendo incontrovertibile la circostanza che una coppia registrata è titolare di un sistema di diritti e di doveri analogo a quello del matrimonio ed avendo assimilato la prestazione previdenziale per cui era causa alla retribuzione, ha concluso che il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78 osta ad una normativa nazionale in forza della quale, dopo il decesso del partner con il quale ha contratto un'unione solidale, il partner superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite; mentre, nel diritto nazionale, l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti.

A conclusione di tale sommaria disamina pare potersi concludere che la giurisprudenza comunitaria nella sua opera di applicazione e interpretazione della legislazione comunitaria in tema di parità di trattamento nella sicurezza sociale abbia fatto proprio l'auspicio secondo il quale se vogliamo che il diritto comunitario non sia soltanto una meccanica disciplina dell'economia, ma costituisca invece un ordinamento a misura della società che deve reggere, se vogliamo che sia un diritto rispondente all'idea di giustizia sociale e alle esigenze dell'integrazione europea a livello non solo dell'economia, ma anche dei popoli, non si può deludere l'aspettativa che viene riposta nella Corte⁴⁸.

(46) In questa decisione, fra l'altro, si ricorda la costante giurisprudenza della medesima Corte, secondo la quale il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare i loro sistemi previdenziali, e che, in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario, spetta alla normativa di ciascuno Stato membro determinare, da un lato, le condizioni del diritto o dell'obbligo di iscriversi a un regime di previdenza sociale e, dall'altro, le condizioni cui è subordinato il diritto a prestazioni (punto 33).

(47) La si v. in *RGL*, 2009, I, 237, con nota di L. CALAFA', *Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso TADAO MARUKO dinanzi alla Corte di Giustizia CE*, 248.

(48) Tale auspicio è stato fatto proprio, da ultimo, dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni della causa C-117/01, *K.B.* (punto 80), che ricorda come lo stesso fosse stato per la prima volta pronunciato dall'Avvocato Generale Trabucchi nella causa C-7/75, *Coniugi* e ripreso dall'Avvocato Generale Tesauero.

4. - La giurisprudenza costituzionale in tema di parità di trattamento nella materia previdenziale con riferimento alle persone non sposate

La situazione in tema di parità di trattamento nel diritto comunitario, limitatamente al diritto del lavoro, della sicurezza sociale e dei regimi professionali di sicurezza sociale, con riguardo alle tendenze sessuali e specificamente al possibile riconoscimento della pensione:

- a) nei confronti delle persone per le quali vi è stata una rettificazione di attribuzione di sesso;
- b) nei confronti dei conviventi *more uxorio* dello stesso sesso;
- c) nei confronti dei conviventi *more uxorio* di sesso diverso⁴⁹;

trova nella giurisprudenza della Corte costituzionale delle soluzioni, per lo più negative, per la constatazione che il nostro ordinamento non riconosce *tout court* la rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio*; mentre esiste una disciplina giuridica afferente alla rettificazione di attribuzione di sesso.

Prendendo le mosse da questa disciplina essa prevede la possibilità di rettificazione di attribuzione di sesso in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona un sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali (art. 1 legge 14 aprile 1982, n. 164)⁵⁰. In conseguenza della rettificazione di sesso i diritti previdenziali che sorge-

(49) La dottrina manualistica, nel compiere una rilevazione del tessuto normativo italiano e delle posizioni assunte dalla giurisprudenza, ha costatato come esistano disposizioni legislative che riconoscano diritti ai componenti la famiglia (per la nostra materia basti ricordare: a) la disciplina nazionale che riconosce il diritto a pensione di guerra alla convivente da almeno un anno con il militare deceduto per causa bellica, b) la disciplina regionale che ha considerato il convivente far parte del nucleo familiare dell'assegnatario dell'alloggio di edilizia economica e popolare, anche agli effetti del diritto a subentrare in esso) e, del pari, come la stessa giurisprudenza abbia riconosciuto la possibilità del convivente di subentrare nella locazione dell'appartamento stipulata dall'altro (Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404) (M. Comporti, in *Istituzioni di diritto privato*, M. BESSONE (a cura di), Torino, 2008, 172).

Il legislatore nazionale, per quel che attiene alle prestazioni previdenziali e assistenziali, ha:

- riconosciuto, con l'art. 42 della legge 18 marzo 1968, n. 313 il diritto alla pensione di guerra in favore del convivente *more uxorio* a condizione che il militare durante lo stato di guerra abbia dichiarato di volere contrarre matrimonio, purché risulti da apposito atto stragiudiziale o da altro documento certo uno stato preesistente di convivenza da almeno un anno e purché le circostanze che impedirono la celebrazione del matrimonio non risultino imputabili a volontà delle parti;

- riconosciuto, con l'art. 4 della legge 20 ottobre 1990, n. 302 il diritto all'elargizione per le vittime di atti di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico anche ai conviventi *more uxorio*.

La questione da risolvere attiene però alla valenza da assegnare a tale sistema di tutela del convivente *more uxorio*, ovverosia se le citate disposizioni (nel tempo innestate dal legislatore nel nostro ordinamento), interne e non al sistema micro previdenziale ma che in ogni caso costituiscono posizioni di vantaggio a favore del convivente *more uxorio*, costituiscono o meno la spia di una regola generale esistente nell'ordinamento applicabile a qualsivoglia fattispecie che vede coinvolti i componenti la famiglia di fatto; discendendo dal tipo di risposta un ampliamento o meno dello spazio di tutela assicurato dal nostro ordinamento a nuove modelli sociali.

(50) La sentenza non ha effetto retroattivo e provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso (art. 4, l. cit.).

ranno o che sono in corso di erogazione, si fonderanno su tale rettifica, conseguendone, a titolo esemplificativo, in ipotesi di requisito anagrafico per l'accesso alla pensione di vecchiaia, che esso sarà quello scaturente dalla predetta rettificazione.

Con riguardo invece alla convivenza *more uxorio* la stessa non ha nel sistema previdenziale alcuna rilevanza, almeno con riguardo alla posizione economica dei conviventi; pertanto la Corte costituzionale, chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 13 del Regio decreto legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 1939, n. 1272 e dell'art. 9, 2° e 3° comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, con riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione, nella parte in cui non includono il convivente *more uxorio* tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità⁵¹, ha osservato:

- come la distinta considerazione costituzionale della convivenza *more uxorio* e del rapporto coniugale non esclude affatto «la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'art. 3 Costituzione», richiamando la propria sentenza n. 8 del 1996;
- come gli attuali caratteri della convivenza *more uxorio* rendano non irragionevole la scelta, operata dal legislatore in ambito previdenziale, di escludere il convivente dal novero dei soggetti destinatari della pensione di reversibilità;
- che, diversamente dal rapporto coniugale, la convivenza *more uxorio* è fondata esclusivamente sull'*affectio* quotidiana - liberamente e in ogni istante revocabile - di ciascuna delle parti e si caratterizza per l'inesistenza di quei diritti e doveri reciproci, sia personali che patrimoniali, che nascono dal matrimonio;
- che, conseguentemente, la mancata inclusione del convivente fra i soggetti beneficiari del trattamento di reversibilità rinviene allora una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che tale pensione si ricollega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che qui per definizione manca;
- che nemmeno può dirsi violato il principio di tutela delle formazioni sociali in cui si sviluppa la persona umana e ciò in quanto la riferibilità dell'art. 2 Costituzione «anche alle convivenze di fatto, purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità» (sentenze n. 310 del 1989 e n. 237 del 1986) non comporta un necessario riconoscimento al convivente del trattamento pensionistico di reversibilità, che non appartiene certo ai diritti inviolabili dell'uomo presidiati dall'art. 2 Costituzione;
- che le esigenze solidaristiche evidenziate dal rimettente possono trovare la sede idonea alla loro realizzazione nell'attività del legislatore e non già nel giudizio di legittimità costituzionale.

A fronte di quanto sin qui evidenziato, di irrilevanza della convivenza *more uxorio* con riguardo al riconoscimento della pensione di reversibilità, la stessa Corte costituzionale ha, per certi versi, riconosciuto nella materia previdenziale rilevanza alla

(51) Si tratta della sentenza del 3 novembre 2000, n. 461, in *Giust. civ.*, 2001, I, 295.

Nella successiva ordinanza del 22 dicembre 2006, n. 444, i giudici delle leggi osservano come la convivenza manchi di una certezza dei rapporti familiari che non è dato riscontrare e tanto meno è dato verificare, certezza dei rapporti che può essere solo affermata dagli interessati.

predetta convivenza con riguardo non già ai conviventi ma ai figli nati dall'unione⁵².

La Corte costituzionale chiamata a vagliare la legittimità costituzionale dell'art. 85, primo comma, numeri 1 e 2, del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 11, 30, 31, 38 e 117 Costituzione e agli artt. 12 e 13 del Trattato CE, ha:

- da un verso, dichiarato manifestamente infondata la prima questione afferente alla mancata equiparazione del convivente al coniuge del lavoratore agli effetti della corresponsione della rendita Inail in caso di infortunio sul lavoro e che abbia avuto per conseguenza il decesso dello stesso lavoratore, reiterando la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio, in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo, individuando le ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi nella circostanza che il rapporto coniugale trova tutela diretta nell'art. 29 Costituzione⁵³;
- da altro verso, dichiarata l'illegittimità costituzionale della predetta disposizione, nella parte in cui, nel disporre che, nel caso di infortunio mortale dell'assicurato, agli orfani di entrambi i genitori spetta il quaranta per cento della rendita, esclude che essa spetti nella stessa misura anche all'orfano di un solo genitore naturale;
- a sostegno di tale declaratoria di illegittimità costituzionale, rilevato, fra l'altro, che la prospettata questione atteneva all'interesse del minore figlio naturale riconosciuto, nonostante fosse stata sollevata nell'ambito di una fattispecie concernente il figlio nato da una coppia convivente *more uxorio*, si doveva considerare riferita in generale al figlio naturale riconosciuto.

(52) Si tratta della sentenza dell'11 marzo 2009, n. 86 (in Giust. Civ., 2009, I, 817, con nota redazionale e 1488, con nota di R. Marini, Rendita INAIL e principio di eguaglianza (Note critiche a C. cost. 27 marzo 2009, n. 86)).

(53) Si osservi che la Corte non ha preso in considerazione la censura del giudice *a quo* che assumeva un presunto *vulnus* degli artt. 11 e 117 della Costituzione sotto il profilo del contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (Trattato CE, Carta dei diritti fondamentali) e dagli obblighi internazionali (Convenzione sui diritti dell'infanzia), dato che detti vincoli ed obblighi non erano stati individuati in modo preciso.

Ciò comporta che una migliore individuazione di tali vincoli e obblighi, la prossima volta non permetterà alla Corte un *non liquet* e la stessa, forse, a quel punto dovrà tenere conto della ricostruzione che la giurisprudenza comunitaria fa della tutela nella materia previdenziale e nella materia di diritto del lavoro della parità di trattamento anche nei confronti dei soggetti conviventi.

E in tale quadro può essere utile ricordare che il giudice dell'udienza preliminare di Roma, con provvedimento del 19 luglio 2007, ha riconosciuto il diritto a costituirsi parte civile nel processo penale a carico del presunto omicida in capo al compagno omosessuale (si v. M. DI MARZO, *Conviventi omosessuali, quando i diritti sono gli stessi di quelli eterosessuali*, in www.dirittoegiustizia.it, 25.7.2007). Ancora che la stessa Suprema Corte, nella decisione n. 15760 del 2006, nell'affrontare il tema del c.d. danno parentale ha osservato come l'attuale movimento per l'estensione della tutela civile ai PACS (patti civili di solidarietà ovvero stabili convivenze di fatto) conduca all'estensione della solidarietà umana a situazioni di vita in comune, e dunque prima o poi anche i «nuovi parenti» vittime di rimbalzo lamenteranno la perdita del proprio caro.

Se poi si fa una capatina nel diritto di altri Stati membri può essere utile ricordare la decisione resa in Spagna dal *Tribunal Supremo* il 24 settembre 2008 (la si veda in www.poderjudicial.es), secondo la quale, nel rispetto del principio di eguaglianza previsto dall'art. 14 CE, i figli naturali dei genitori conviventi *more uxorio* hanno diritto non solo alla pensione spettante agli orfani (*pension de orfanidad*), ma anche all'incremento di questa rappresentato dalla pensione spettante al coniuge superstite (*pension de viudead*) che, nel caso di convivenza *more uxorio*, non viene percepita dal genitore superstite.

FRANCA BORLA

Avvocato INPS

LAVORO E FAMIGLIA: LE TUTELE SOSTANZIALI E PREVIDENZIALI*

Sommario: 1. - Premessa. 2. - Il congedo di maternità. 3. - L'astensione anticipata. 4. - Il congedo di paternità. 5. - Il congedo parentale. 6. - I riposi giornalieri. 7. - Congedi per malattia del figlio. 8. - Congedi, riposi e permessi per figli con handicap grave. 9. - Congedi, riposi e permessi per genitori adottivi e affidatari. 10. - Dipendenti di pubbliche amministrazioni.

1. - Premessa.

La tutela della famiglia e del lavoro nel nostro ordinamento è garantita *in primis* dalla Costituzione (artt. 3, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37 e 38), che ha dato rilievo costituzionale all'istituto familiare, anche se - letteralmente - soltanto alla famiglia cd. "regolare" fondata sul matrimonio, lasciando così aperti molti problemi relativi alla tutela giuridica della famiglia cd. "di fatto", e questo con particolare riferimento al convivente privo di ogni diritto previdenziale come la pensione ai superstiti.

La tutela sostanziale e previdenziale della famiglia in relazione all'attività lavorativa si è concretizzata soprattutto nella protezione della madre lavoratrice e dei genitori lavoratori, oltre che dei lavoratori con familiari handicappati, ma va considerato che tutele "storiche" strettamente previdenziali e assistenziali relative ai lavoratori, come la pensione di reversibilità o l'assegno al nucleo familiare sono garanzie connesse al proprio *status* familiare e indipendenti da ogni principio di corrispettività bensì basati sul principio di solidarietà, come nella tipica ipotesi della moglie casalinga titolare della pensione di reversibilità.

Nell'ordinamento previdenziale italiano le prestazioni a tutela della maternità sia di carattere economico che giuridico sono sempre state trattate unitamente alle forme di tutela contro le malattie (vedasi la formulazione dell'art. 2110 c.c.): questo perché la maternità era considerata al pari della malattia come una temporanea limitazione della capacità di produrre reddito meritevole di adeguata protezione da parte dello Stato.

* Relazione svolta nell'incontro-dibattito del 22 aprile 2009 organizzato a cura del Centro Nazionale Studi Diritto del Lavoro Domenico Napolitano, Sezione Piemonte.

L'art. 37 della Costituzione ha rafforzato la tutela della maternità intesa soprattutto come protezione della salute della lavoratrice madre e come diritto per il bambino ad una adeguata assistenza nel primo periodo della sua vita, e quindi anche l'astensione per maternità sia obbligatoria che facoltativa veniva riconosciuta come prestazione previdenziale destinata esclusivamente alla madre in considerazione del carico personale e familiare da lei sostenuto per la gestazione, il parto e l'allattamento.

Tuttavia il legislatore italiano, anche in ottemperanza alle norme Comunitarie, si è negli ultimi anni adeguato ad una nuova visione dell'evento maternità tutelandola di per sé (e quindi rispettando il disposto dell'art. 31 della Costituzione che è collocato nel titolo II - Rapporti etico-sociali - della parte I - Diritti e doveri dei cittadini - della Costituzione, a differenza dell'art. 37 che è collocato nel titolo III - Rapporti economici -), e rivalutando altresì la figura paterna, per cui a seguito delle leggi n. 104/1992 (legge-quadro che regola l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate) e n. 53/2000 (che costituisce il recepimento della Direttiva 96/34/CE¹) e, da ultimo, il D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (T.U. delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), ora nel nostro ordinamento vengono tutelati la "genitorialità", intesa non solo in senso biologico, ed il rapporto genitori-figli, e non solo più quello madre-figlio.

Tale normativa, fra l'altro, ha ampliato la tutela dei genitori impegnati in attività lavorativa consentendo la fruibilità dei congedi ad entrambi i genitori fino agli otto anni di età del figlio, e prevedendo la flessibilità del congedo di maternità, oltre ad aver risolto in via normativa vari problemi interpretativi sorti durante la precedente legislazione.

Il T.U. n. 151/2001 ha non solo adempiuto ad un'indispensabile esigenza di semplificazione e coordinamento della materia indicando espressamente la normativa abrogata e quella ancora vigente, ma ha altresì provveduto a definire i concetti di congedo di maternità, di paternità, parentale e per malattia del figlio, nonché la nozione di lavoratore e lavoratrice a tali fini.

L'art. 2 del predetto T.U., riprendendo peraltro quanto già indicato dalla legge n. 1204/1971, ha precisato che l'ambito di applicazione della legge si estende a tutti i lavoratori subordinati, ivi compresi quelli dipendenti da pubbliche amministrazioni, quelli con contratto di apprendistato e i soci lavoratori di cooperative.

Il T.U. si occupa di alcune particolari tipologie di rapporti di lavoro subordinato indicando le modalità applicative relative ai congedi parentali, e provvedendo altresì a disciplinare alcuni aspetti del lavoro autonomo, per il quale, com'è intuitivo stante la natura stessa del rapporto, esso si limita a individuare la disciplina economica.

Peraltro va considerato che già in precedenza tutta una serie di norme (ad es. la L. n. 546/1987 sulle lavoratrici autonome, e la n. 379/1990 sulle libere professioniste entrambe abrogate dall'art. 86 T.U.) aveva introdotto una tutela economica anche per le lavoratrici non subordinate.

(1) Sulle origini e la "ratio" della normativa comunitaria in materia di congedi parentali vedi M. L. Vallauri, *I congedi parentali*, in S. Sciarra - B. Caruso (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, 261- 271.

Un'estensione più sostanziale delle tutele non solo economiche è avvenuta con l'art. 1, comma 791, della legge n. 296/2006 (finanziaria 2007), in attuazione del quale il D.M. 12/07/2007 ha previsto l'estensione in favore delle lavoratrici a progetto e categorie assimilate, associate in partecipazione e libere professioniste iscritte alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della L. n. 335/1995, delle disposizioni di cui agli artt. 16, 17 e 22 del D. Lgs. n. 151/2001: sono assimilate alle collaboratrici a progetto le collaboratrici coordinate e continuative, mentre ad esse non possono essere equiparate le lavoratrici che svolgono prestazioni occasionali (cioè inferiori a trenta giorni di durata nell'anno solare e con un compenso inferiore a cinquemila euro con lo stesso committente).

In forza del citato decreto, è fatto divieto ai committenti ed agli associanti in partecipazione di adibire al lavoro, rispettivamente, le collaboratrici a progetto e le collaboratrici assimilate nel senso sopra specificato nonché le associate in partecipazione durante i periodi in cui, ai sensi dell'art. 16 del T.U. maternità, è inibito alle lavoratrici subordinate lo svolgimento dell'attività lavorativa.

L'estensione effettiva dal lavoro nei periodi di cui al citato art. 16 è prevista anche per le libere professioniste iscritte alla medesima gestione separata come condizione per accedere all'indennità di maternità eventualmente spettante alle stesse per il titolo in questione (art. 2)².

L'art. 1 della legge n. 104/2006 ha esteso a partire dal 1 aprile 2006 la tutela previdenziale di cui al T.U. anche ai dirigenti del settore privato: sul problema della concreta determinazione del congedo parentale e dei riposi giornalieri la circolare INPS n. 76/2006 ha precisato che vanno applicati i criteri e le modalità previsti per la generalità dei lavoratori dipendenti dagli artt. 32 e segg. del T.U., tenendo conto che, ai fini della determinazione dei periodi di riposo giornalieri e della relativa indennità, nel caso in cui la contrattazione individuale o collettiva non preveda espressamente la durata della prestazione lavorativa del/la dirigente, l'orario lavorativo da prendere a riferimento è quello in vigore per gli impiegati di massima categoria dipendenti dall'azienda cui il dirigente appartiene.

Il D. Lgs. n. 151/2001 provvede anche ad estendere, ove possibile, le tutele previste per i genitori naturali anche a quelli adottivi ed affidatari, anche quando si tratti di adozioni o affidamenti internazionali, oltre a prevedere più ampie tutele nell'ipotesi di figli o familiari con handicap grave in accordo con la legge n. 104/1992.

L'emanazione della nuova legge n. 54/2006 sull'affido condiviso ha creato difficoltà interpretative per i genitori separati, in quanto la normativa del T.U. prevede alcune tutele esclusivamente nel caso di affido esclusivo, che con la nuova legge è diventato l'eccezione e non più la regola per l'affidamento dei figli minori: si rende necessaria pertanto una modifica normativa del T.U. alla luce della nuova disciplina sull'affido, al fine di escludere disparità di trattamento fra famiglie "regolari" e non.

Da ultimo va segnalato il recentissimo Protocollo d'intesa tra Dipartimento Politiche della Famiglia della Presidenza del Consiglio dei Ministri e INPS in materia di maternità e assegno al nucleo familiare³, che prevede la realizzazione di una col-

(2) Sul punto vedasi Circolare INPS n. 137/2007.

(3) Vedasi Circolare INPS n. 56 del 14 aprile 2009 cui è allegato il Protocollo firmato il 25 marzo 2009 e la determinazione INPS del 4 marzo 2009.

laborazione sistematica per l'ottimizzazione delle informazioni collegate alle tutele previste a sostegno della maternità/paternità nonché al nucleo familiare con tre figli minori concesso dai Comuni: ciò in considerazione - come richiamato espressamente nel preambolo del Protocollo - *“della legge 9 marzo 1989, n. 88, che definisce l'INPS ente pubblico erogatore di servizi e individua, quale “missione” istituzionale dello stesso, le attività di acquisizione dei contributi e di pagamento delle prestazioni previdenziali ed assistenziali, ossia pensioni e prestazioni conseguenti ad una diminuzione della capacità lavorativa, alla cessazione del rapporto di lavoro o di sostegno del reddito familiare”*.

Per quanto riguarda gli aspetti di carattere strettamente previdenziale e contributivo si richiamano le considerazioni esposte nella precedente relazione *“I congedi parentali”*⁴: la novità più rilevante deriva dalla disposizione di natura interpretativa contenuta nell'art. 2, comma 504, della legge n. 244/2007 (finanziaria 2008), a seguito della quale deve ritenersi che, ai fini della sussistenza del diritto all'accredito e al riscatto dei periodi corrispondenti al congedo di maternità e al congedo parentale (art. 25, comma 2 e art. 35, comma 5, D. Lgs. n. 151/2001), l'unico requisito ulteriore, assieme al possesso del quinquennio contributivo al momento della domanda di accredito e riscatto, sia la condizione di soggetto attivo⁵, alla data del 27.4.2001 data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo.

Conseguentemente l'INPS, in conformità al più recente orientamento della giurisprudenza (in particolare a quanto indicato nella sentenza della Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 7385 del 19 marzo 2008), ha precisato con la circolare n. 100/2008 che il diritto all'accredito ed al riscatto di cui agli art. 25, comma 2, e 35, comma 5, citati dovrà essere riconosciuto prescindendo dalla collocazione dell'evento e dal fatto che, antecedentemente o successivamente al periodo oggetto di domanda, sia stata svolta attività lavorativa in settori che non prevedevano o non prevedano l'accredito figurativo o il riscatto per maternità. Analogamente, la durata dei periodi da accreditare e riscattare sarà quella fissata dai menzionati artt. 25, comma 2, e 35, comma 5, del D. Lgs. n. 151 del 2001.

(4) Relazione svolta per l'incontro-dibattito tenutosi l'11 aprile 2002 a cura del Centro Naz. Studi Dir. Lavoro D. Napolitano, Sezione Piemonte, a Torino, e poi pubblicata con aggiornamenti su *Inf. Prev.*, 2002, 5, 1041.

(5) La circolare INPS precisa che per “soggetto attivo” si intende l'iscritto in servizio che alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 151/2001 non sia titolare di trattamento pensionistico.

Conseguentemente, la facoltà di accredito o riscatto è preclusa a tutti coloro che alla predetta data del 27.4.2001 risultino pensionati, salvo si tratti di soggetti titolari di assegno di invalidità o di pensione di invalidità stante la particolarità dello *status* di titolare di trattamento di invalidità.

La facoltà di accredito e riscatto può essere quindi esercitata anche da coloro che, non pensionati al 27.4.2001, siano cessati dall'attività e ciò indipendentemente dalla data di cessazione della stessa. Analogamente potranno esercitare la facoltà in parola coloro che, iscritti alla data 27.4.2001 e indipendentemente dalla data di presentazione della domanda di accredito o riscatto, si siano pensionati successivamente a tale data.

2. - Il congedo di maternità.

L'art. 2 del D. Lgs. n. 151/2001 definisce il congedo di maternità come astensione obbligatoria dal lavoro della lavoratrice, e l'art. 16 lo prevede per i due mesi antecedenti la data presunta del parto ed i tre successivi: nel caso di parto prematuro i giorni non goduti in precedenza vengono recuperati dopo la nascita.

Tuttavia, nel caso di ipotesi di parto prematuro di oltre due mesi con ospedalizzazione del neonato, l'intero periodo di congedo di maternità (cinque mesi) decorre dalla data di dimissione del neonato dall'ospedale e di ingresso nella casa familiare: la giurisprudenza⁶ ha correttamente risolto la questione richiamandosi alla sentenza della Corte Costituzionale n. 270 del 30 giugno 1999, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale "*dell'art. 4, primo comma, lettera c) della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri) nella parte in cui non prevede per l'ipotesi di parto prematuro una decorrenza dei termini del periodo dell'astensione obbligatoria idonea ad assicurare una adeguata tutela della madre e del bambino*".

La Corte, in particolare, muovendo dal presupposto che "*l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro post partum previsto dalla norma impugnata... - oltre ad essere volto a tutelare la salute della donna, considera e protegge il rapporto che, in tale periodo, necessariamente si instaura tra madre e figlio, anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono decisive sia per un corretto sviluppo del bambino, sia per lo svolgimento del ruolo della madre*", aveva osservato che nelle ipotesi di parto prematuro "*è notoriamente indispensabile che il bambino - per un periodo talvolta lungo - sia affidato alle cure di specialisti ed all'apparato sanitario, mentre la madre, una volta dimessa e pur in astensione obbligatoria dal lavoro, non può svolgere alcuna attività per assistere il figlio ricoverato nelle strutture ospedaliere; ed è invece obbligata a riprendere l'attività lavorativa quando il figlio deve essere assistito a casa. È pertanto innegabile che detta situazione contrasti sia col principio della parità di trattamento, sia col valore della protezione della famiglia e con quello della tutela del minore, con violazione dei parametri costituzionali invocati*".

Quindi, l'interpretazione della norma vigente (art. 16, lett. d) del D. Lgs. n. 151/2001 a proposito dell'individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del congedo di maternità nelle ipotesi in cui il bambino nato prematuramente sia ricoverato in ospedale, non può prescindere dall'autorevole principio fissato dal Giudice delle leggi, pena l'illegittimità costituzionale anche della nuova disciplina del Testo Unico del 2001.

L'art. 20 del D. Lgs. n. 151/2001 ha introdotto la flessibilità del congedo di maternità, prevedendo la possibilità per la lavoratrice di assentarsi dal lavoro il mese precedente il parto ed i quattro mesi successivi, previa produzione della doppia certificazione medica favorevole sia da parte del medico del servizio sanitario pubblico che del medico competente ai fini della prevenzione e della salute sul luogo di lavoro ai sensi del D. Lgs. n. 626/1994: nel caso di assenza di quest'ultimo sarà ovviamente sufficiente un'unica

(6) Trib Palermo 13 luglio 2005, *Inf. Prev.*, 2005, 723.

certificazione. Trattandosi di scelta lasciata alla piena discrezionalità della lavoratrice, quest'ultima potrà in ogni momento entrare in maternità obbligatoria con interruzione dell'attività lavorativa, prolungando il congedo obbligatorio post-partum per i giorni effettivamente lavorati in precedenza⁷.

Da ultimo va segnalato che la giurisprudenza ha ritenuto applicabile la tutela giuridica ed economica del congedo di maternità indipendentemente dalla sorte del rapporto stesso nel caso di lavoratrice assunta a tempo determinato⁸.

La nuova normativa sui congedi parentali (art. 22, comma 6, D. Lgs. n. 151/2001) ha provveduto a disciplinare l'ipotesi di concomitanza fra congedo di maternità e le ferie o altre assenze giustificate spettanti alla lavoratrice, stabilendone l'incompatibilità, e ciò anche nel caso di coincidenza con il periodo feriale di chiusura aziendale stabilito dalla contrattazione collettiva a titolo generale⁹.

Sul problema della sospensione del congedo parentale per godere di altri permessi retribuiti - nella specie "per gravi motivi" come previsto dal CCNL del comparto Università ma anche da molti altri CCNL - il Ministero del Lavoro con il recente interpello n. 31 del 20 marzo 2009¹⁰ ha risposto in senso positivo, riconoscendo la possibilità di mutare il titolo giustificativo dell'assenza dal servizio senza che a ciò osti la diversa natura giuridica del titolo stesso, così argomentando: "*... una lettura orientata dell'art 22, comma 6, del D. Lgs. n. 151/2001 (trattamento economico e normativo del congedo di maternità) cui l'art 34, comma 6, dello stesso D. Lgs. (trattamento economico e normativo del congedo parentale) fa rinvio, secondo cui le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità o di congedo parentale. Se ne deduce che i predetti congedi potranno essere sospesi da ferie o assenze ad altro titolo, stante la non contemporaneità del loro godimento. Ai fini del mutamento del titolo giustificativo dell'assenza da congedo parentale a permesso retribuito rileva, pertanto, esclusivamente la sussistenza dei requisiti di legge per la fruizione dell'uno o dell'altro. In particolare, per la ricorrenza del permesso retribuito di cui al comma 2 dell'art 30 del CCNL del 9 agosto 2000 l'amministrazione dovrà valutare la ricorrenza dei "gravi motivi" nella fattispecie concreta, quale presupposto legittimante per la fruizione del detto permesso retribuito, dal momento che non esiste una precisa casistica declinata dal Legislatore.*

Appare dunque legittima la possibilità di concedere il permesso retribuito per gravi motivi nell'ipotesi di malattia del figlio tra i 3 e gli 8 anni in quanto, dalla sua fruizione consegue un trattamento più favorevole al lavoratore. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, pertanto, può considerarsi legittima la sospensione del congedo parentale

(7) In tal senso M. Salvalaio, *La maternità e la funzione parentale*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Utet, Torino, 2007, 1737.

(8) Trib. Arezzo, 4 maggio 2004, in *Lav. nelle p.a.*, 2004, 1206; T.A.R. Puglia Bari, 9 aprile 2003, n.1662, *Foro Amm. TAR*, 2003, 1367.

(9) In questo senso Corte giustizia CE, sez. VI, 18 marzo 2004, n. 342, *Giust. Civ.*, 2005, 1, I, 3

(10) Reperibile in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello.

nei casi in cui l'interessato chieda di poter fruire dei tre giorni di permesso retribuiti, a causa dell'insorgenza della malattia del figlio di età compresa tra i tre e gli otto anni, debitamente documentata ed integrante il requisito dei "gravi motivi" di cui al citato art. 30 del CCNL del 9 agosto 2000. Ciò in quanto, in tale ipotesi, come già detto, si riconosce al lavoratore un trattamento di maggior favore sotto il profilo economico rispetto alla fruizione di un permesso non retribuito o parzialmente non retribuito".

Tale interpello riveste una notevole importanza ben oltre il caso concreto, in quanto fornisce chiare indicazioni valide per tutte le fattispecie non esattamente disciplinate dalla normativa, primaria o secondaria (circolari INPS *in primis*), in cui si venga a creare una sovrapposizione fra congedi parentali e altre assenze giustificate ma meglio retribuite del congedo stesso: in tal caso dovrà prevalere l'ipotesi più favorevole al lavoratore, previa – com'è ovvio – giustificazione dell'assenza ed eventuale verifica dell'esistenza dei presupposti che la motivano da parte del datore di lavoro.

3. - L'astensione anticipata.

Il D. Lgs. n. 151/2001 (artt. 6, 7, 16 e 17) si occupa dell'astensione anticipata e prolungata dal lavoro per motivi di salute della madre o per le condizioni dell'ambiente di lavoro, facendo proprie alcune soluzioni indicate dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza, come ad esempio il prolungamento del congedo di maternità obbligatorio fino al settimo mese del bambino nell'ipotesi in cui la lavoratrice non possa essere spostata a mansioni non pericolose.

Nel caso di gravidanza cd. "a rischio" di cui all'art. 17 del T.U., la lavoratrice ha l'onere di rivolgersi al servizio ispettivo del Ministero del Lavoro per ottenere il provvedimento di interdizione dal lavoro: *"la ricorrenza delle condizioni per accogliere o negare un'istanza, da parte di una lavoratrice madre, di prolungamento del periodo di astensione obbligatoria dev'essere accertata, ai sensi dell'art. 17, 4 comma, del d.lg. 26 marzo 2001 n. 151, dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, in esito alla propria attività di vigilanza e non in base a informazioni, non controllate, assunte dal datore di lavoro"*¹¹.

Benché l'ultimo comma dell'art. 17 affermi che i provvedimenti del servizio ispettivo sono definitivi, tuttavia tale disposizione va letta come impossibilità di esperire gravame in via amministrativa, ma non un ricorso giudiziario nei confronti del Ministero del Lavoro quando il servizio ispettivo di quest'ultimo abbia negato l'astensione anticipata dal lavoro: una diversa interpretazione sarebbe *contra legem*, anche se parte della dottrina sembrerebbe non escludere questa possibilità¹².

In vigenza della precedente normativa la giurisprudenza aveva comunque ammesso tale possibilità¹³: peraltro l'esistenza della stessa giurisprudenza prima citata, suc-

(11) T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, 1 marzo 2005, n. 46, *Foro amm. TAR*, 2005, 3, 662.

(12) M. Salvalaio, *op. cit.*, 1731.

(13) Cass.civ., sez. lav., 7 novembre 1998, n.11250, in *Orient. giur. lav.* 1998, I,1026.

cessiva all'entrata in vigore della nuova disciplina, conferma la possibilità dell'esperimento di un ricorso giudiziario.

“L'interdizione dal lavoro anticipata (rispetto all'inizio del periodo di astensione obbligatoria) delle lavoratrici in stato di gravidanza per uno o più periodi determinati dall'Ispettorato del Lavoro, costituisce una fattispecie normativa a struttura complessa in quanto richiede non soltanto la ricorrenza di una delle previste ragioni di astensione anticipata, ma anche l'ulteriore presupposto costituito dal provvedimento dell'Ispettorato del Lavoro il quale costituisce una “condicio iuris” della riconducibilità dell'assenza dal lavoro alla stato di gravidanza e della sua riconoscibilità come assenza determinata da uno degli eventi protetti. Il provvedimento autorizzatorio, adottabile anche d'ufficio ove ricorrano le condizioni considerate nelle lett. b) e c) dell'art. 5 l. n. 1204/1971 (ora art. 1, secondo comma, T.U.), richiede invece, per le ipotesi considerate dalla lett. a), l'iniziativa della lavoratrice, la quale, per poter fruire dell'astensione anticipata, deve dare corso agli adempimenti prescritti dall'art. 18 del d.P.R. n. 1026/1976”¹⁴.

A questo proposito la giurisprudenza ha anche avuto modo di precisare che è da escludere che la lavoratrice con complicanze nel periodo di gravidanza possa scegliere - per assentarsi dal lavoro - di seguire la normale pratica di malattia, oppure richiedere all'Ispettorato del lavoro l'astensione anticipata dal lavoro ex art. 18 D.P.R. n. 1026/1976. Ne consegue che la lavoratrice potrà, in presenza di gravi complicanze della gestazione, avvantaggiarsi del trattamento di maggior favore rispetto al termine bimestrale di assenza pre-parto, soltanto adempiendo agli oneri di cui al citato art. 18 D.P.R. n. 1026/1976: in assenza di richiesta all'Ispettorato del Lavoro la lavoratrice non può fruire del trattamento economico relativo all'astensione anticipata¹⁵.

E proprio in considerazione della particolarità delle motivazioni che sostengono l'istituto dell'astensione anticipata, *“in materia di tutela delle lavoratrici madri mentre l'istituto dell'astensione obbligatoria, di cui all'art. 4 della l. n. 1204 del 1971, è collegato alla normale evoluzione della gestazione e alla necessità di tutela della donna nelle fasi della maternità che precedono e immediatamente seguono il momento del parto (per cui, sotto tale profilo, lo stato di salute e il comportamento della lavoratrice in tale periodo possono risultare indifferenti al datore di lavoro, considerata l'obbligatorietà, in ogni caso, dell'astensione dal lavoro e le ragioni che la giustificano); invece, l'istituto dell'anticipazione del periodo di interdizione dal lavoro, di cui all'art. 5, lett. a), della l. n. 1204 del 1971 cit., trova la sua giustificazione in una situazione patologica di accertata insorgenza di complicanze della gestazione nel periodo che precede quello dell'astensione obbligatoria, sicché per esso assumono rilievo non soltanto il concreto stato di salute della lavoratrice (la cui considerazione costituisce il presupposto per l'applicazione dell'istituto e per la determinazione della sua durata) ma anche il comportamento tenuto dalla lavoratrice stessa durante il periodo o i periodi di interdizione anticipata dal lavoro in quanto, ove esso sia idoneo ad aggravare le complicanze della*

(14) In tal senso Cass.civ., sez. lav., 20 gennaio 2000, n. 603, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 94.

(15) In tal senso Pretura Forlì, 5 febbraio 1988, *Notiz. Giur. Lav.*, 1988, 363; Pret. Bari, 16 maggio 1987, *Notiz. Giur. Lav.*, 1987, 594.

gestazione o a ritardarne il superamento, può determinare l'esigenza di rinnovare o prorogare i periodi di interdizione anticipata"¹⁶.

Nello stesso senso la C. Conti. Reg. Trentino Alto Adige, sez. giurisd., 21 aprile 2008, n. 21¹⁷, che sottolinea come lo stato patologico che legittima il ricorso all'istituto dell'astensione anticipata dal lavoro giustifica l'assenza retribuita alle sole condizioni che sussista uno stato morboso in atto e che esso sia tale da impedire l'attività lavorativa. A tali condizioni corrisponde il dovere di curarsi e di non prestare altre attività - ancorché solo assimilabili a quelle lavorative - anche al fine di non aggravare la durata e l'entità della malattia stessa in applicazione sia del principio di cui all'art. 2104 c.c., che prescrive l'obbligo di diligenza del prestatore di lavoro, sia comunque del più generale dovere di eseguire il contratto in buona fede, imposto dall'art. 1375 c.c..

La giurisprudenza¹⁸ ha ritenuto applicabile la tutela in esame anche alla lavoratrice assunta a tempo determinato nel caso in cui, pur nella sussistenza di un rapporto di lavoro formalmente costituito, non vi sia stata prestazione lavorativa per effetto della coincidenza dell'inizio del rapporto con l'astensione anticipata, attesa la mancanza, nella normativa, di qualsiasi elemento dal quale possa desumersi la necessità di una prestazione lavorativa già iniziata, ovvero l'esistenza di particolari requisiti contributivi.

L'ordinamento tutela anche la lavoratrice madre con l'istituto della proroga dell'astensione obbligatoria quando la stessa sia impegnata "in attività di trasporto e sollevamento pesi" ovvero in "lavori pericolosi, faticosi e insalubri" (art. 7 D. Lgs. n. 151/2001): con l'interpello n. 28 dell'8 agosto 2008¹⁹ il Ministero del Lavoro ha precisato che "nei casi in cui il datore di lavoro valuti la sussistenza di rischi per la salute e la sicurezza della lavoratrice madre addetta ad attività di trasporto e sollevamento pesi e non possa destinarla ad altre mansioni, ai sensi degli artt. 7 e 17 del D. Lgs. n. 151/2001, il Servizio Ispezione del Lavoro competente per territorio potrà disporre l'interdizione dal lavoro della lavoratrice madre.... L'intervento del Servizio Ispezione Lavoro risponde ad un'esigenza di tutela della lavoratrice madre attraverso valutazione sostanziale e diretta delle condizioni di lavoro e dell'organizzazione aziendale, che il suddetto Servizio svolge direttamente. Resta inteso che ove un accertamento medico risultasse necessario, l'Ispezzato del lavoro potrà rivolgersi ai servizi delle aziende sanitarie".

4. - Il congedo di paternità.

Nella già indicata estensione della tutela della genitorialità e non più esclusivamente della maternità, l'art. 2 del D. Lgs. n. 151/2001 definisce il congedo di paternità

(16) Così recita Cass.civ., sez. lav., 4 marzo 2000, n. 2466, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 65.

(17) In *Riv. corte conti*, 2008, 2, 208.

(18) Cass. civ., sez. lav., 24 agosto 1995, n. 9871, *Lav. e Prev. Oggi*, 1995, 2238; nello stesso senso Cass. civ., sez. lav., 9 ottobre 1997, n. 9800, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1885; T.A.R. Puglia Bari, 9 aprile 2003, n. 1662, *Foro amm. TAR*, 2003, 1367.

(19) Reperibile in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello.

come l'astensione dal lavoro del lavoratore fruito in alternativa al congedo di maternità: l'art. 28 del predetto decreto, facendo propri i principi posti dalla giurisprudenza costituzionale, permette al padre lavoratore di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità che sarebbe spettato alla madre quando quest'ultima sia deceduta o sia gravemente inferma, ovvero nel caso di abbandono del bambino o di affidamento esclusivo al padre. In quest'ultimo caso l'affidamento esclusivo al padre va certificato da un provvedimento giudiziale del Tribunale ordinario, se il figlio legittimo è nato in costanza di matrimonio, ovvero dal Tribunale dei Minori nel caso di figlio nato fuori dal matrimonio e riconosciuto da entrambi i genitori, mentre nel caso di abbandono, che sia esso di fatto o di diritto, e cioè nell'ipotesi di esclusivo riconoscimento da parte del padre, è sufficiente la dichiarazione di cui all'art. 47 D.P.R. n. 445/2000.

Tuttavia l'entrata in vigore della legge n. 54/2006, che applica alla separazione personale dei genitori o alla separazione di fatto dei conviventi il regime dell'affido condiviso ad entrambi i genitori, ha come necessaria conseguenza – stante il chiaro dettato normativo – che il padre non abbia più diritto a tale congedo: superfluo sottolineare la necessità di un cambiamento del T.U. n. 151/2001 in relazione alla nuova disciplina di cui alla legge n. 54/2006 in considerazione della disparità di trattamento che si è venuta a creare fra genitori separati e non²⁰.

5. - Il congedo parentale.

L'estensione della tutela della genitorialità e della parità uomo-donna, che comporta il diritto-dovere del padre lavoratore di accudire il proprio figlio, è stata riconosciuta dalla nuova normativa che ha assunto anche in queste fattispecie le istanze della giurisprudenza costituzionale²¹.

L'art. 2 del D. Lgs. n. 151/2001 definisce il congedo parentale come l'astensione facoltativa della lavoratrice o del lavoratore, e l'art. 32 stesso decreto ne disciplina le modalità (che - va segnalato - sono state anche sostanzialmente integrate da circolari del Pres. Cons. Min. e dell'INPS).

L'astensione dal lavoro di entrambi i genitori può essere goduta in via frazionata ma non può superare complessivamente i dieci mesi fino all'ottavo anno di età del bambino, tranne quando il padre abbia usufruito del congedo per un periodo non inferiore a tre mesi: in tale caso la nuova normativa estende il limite del congedo a undici mesi complessivi, premiando così la coppia genitoriale nel perseguimento dei principi ispiratori della nuova normativa che pongono in posizione paritaria la madre e il padre per quanto concerne l'assistenza ai bambini.

In caso di parto gemellare il diritto del genitore lavoratore di assentarsi dal lavoro,

(20) In proposito vedasi D. Cirioli, *Affido condiviso, tutele in crisi, Disparità di trattamento per congedi e permessi di maternità*, su *Italia oggi* del 25.8.2008.

(21) Sull'evoluzione storica dei congedi parentali P. Fabris, *Tutela della maternità o tutela del mercato?*, su *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2008, 11, 1104.

previsto dall'art. 32 del D. Lgs. n. 151 del 2001, deve ritenersi riferito a ciascun figlio e quindi il periodo base (fino a sei mesi per la madre, fino a sette mesi per il padre, nel limite complessivo di dieci o undici mesi per la coppia) è moltiplicato per ciascun figlio²².

In applicazione di tali principi la circolare INPS n. 109/2000 ha precisato che il padre può utilizzare il congedo parentale anche durante i primi tre mesi di congedo per astensione obbligatoria dopo il parto della madre, mentre l'ultimo comma dell'art. 32 del D. Lgs. n. 151/2001 stabilisce che il padre può godere del congedo anche quando la madre non ne abbia diritto, e cioè quando quest'ultima sia lavoratrice autonoma ovvero anche semplicemente non svolga alcuna attività retribuita, provvedendo così a dirimere in via definitiva un problema che era stato risolto in modo non uniforme dalla giurisprudenza.

Va segnalato che in caso di separazione legale dei genitori o di fatto dei conviventi, l'entrata in vigore della legge n. 54/2006 sull'affido condiviso è irrilevante, dal momento che il diritto al congedo parentale spetta autonomamente ad entrambi i genitori.

Nel caso di presenza di un solo genitore la norma prevede un prolungamento del congedo parentale fino a dieci mesi: in merito valgono le osservazioni espresse in precedenza nel paragrafo sul congedo di paternità, per cui nel caso di affido condiviso tale prolungamento non spetterebbe a nessuno dei due genitori.

Con l'entrata in vigore della legge n. 54/2006 sorge il problema dell'abbandono di fatto del bambino da parte di un genitore: anche in questo caso, tuttavia, la soluzione può essere esclusivamente quella di ottenere un provvedimento giudiziale di affido esclusivo del minore al genitore che si occupa del figlio e che pertanto intende usufruire del congedo parentale.

La nuova normativa sui congedi parentali non ha disciplinato l'ipotesi di sovrapposizione di differenti cause sospensive del rapporto, per cui valgono le regole generali: in caso di malattia del soggetto richiedente il congedo ovvero di altro motivo che comporti un congedo o permesso retribuito, quale il decesso o la grave infermità del coniuge o di un parente stretto, la malattia o l'evento luttuoso debitamente documentati interrompono il periodo di fruizione del congedo, analogamente a quanto previsto per il periodo feriale (*"Qualora l'evento che giustifica il congedo per lutto si verifichi durante il periodo di fruizione delle ferie da parte del lavoratore, in relazione al principio della effettività delle ferie ampiamente ribadito anche dalla giurisprudenza della Cassazione ed alla considerazione che la situazione è analoga a quella che si viene a creare in ipotesi di malattia che insorga durante il periodo di ferie, occorre fare applicazione dello stesso principio già affermato con riferimento a tale ultima ipotesi dalla Corte costituzionale, con la conseguenza che il lutto sospende il godimento delle ferie"*²³).

Il titolare del diritto ai congedi parentali può scegliere quando fruirne, nell'ambito dei primi otto anni di vita del bambino, salvo l'obbligo di preavvisare il datore di lavoro²⁴, secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva e comunque con un

(22) In tal senso Trib. Savona, sez. lav., 31 marzo 2006, *Redazione Giuffrè*.

(23) Così Trib. Milano, 23 aprile 2003, *Lav. nella Giur.*, 2003, 1167.

(24) In tal senso Trib. Venezia, 7 settembre 2001, *Lav. nella Giur.*, 2001, 1052; Trib. Venezia, 3 luglio 2001, *Lav. nella Giur.*, 2001, 956.

preavviso non inferiore a quindici giorni²⁵, salvo i casi di oggettiva impossibilità, e cioè le ipotesi di serie difficoltà indipendenti dalla volontà del lavoratore (art. 32, 3° comma, D. Lgs. n. 151/2001)²⁶. Peraltro, spetta al lavoratore provare l'oggettiva impossibilità: in caso contrario il datore di lavoro potrebbe legittimamente negare il congedo, anche perché diversamente argomentando il termine di preavviso stabilito dal legislatore perderebbe ogni significato.

L'esigenza della preventiva comunicazione trae la sua fonte normativa dall'art. 8 del D.P.R. n. 1026/1976²⁷ (*Regolamento di esecuzione della l. 30 dicembre 1971, n. 1204, sulla tutela delle lavoratrici madri*)²⁸: *“la lavoratrice che intende esercitare la facoltà di astenersi dal lavoro per il periodo previsto dall'art. 7 comma 1 l. 1204 del 1971 ha l'onere di darne preventiva comunicazione al datore di lavoro e all'istituto assicuratore interessato; pertanto, l'indennità di maternità per l'astensione facoltativa non può essere riconosciuta per i periodi anteriori alla data di tale comunicazione. Né tale normativa può essere derogata da circolari con le quali l'istituto impartisce istruzioni alle sedi periferiche, trattandosi di atti interni che non possono sostituirsi a disposizioni regolamentari di rango normativo”*²⁹).

Scopo dell'esercizio del diritto al congedo parentale è la tutela delle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino (e che vanno soddisfatte anche nel caso dell'affidamento, garantendo una paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura ed educazione della prole, senza distinzione o separazione dei ruoli fra uomo e donna), e non le esigenze organizzative della famiglia nei primi anni di vita del bambino, assumendo invece rilievo se i congedi siano o meno utilizzati nella cura del bambino (*“In tema di congedo parentale, l'art. 32, comma 1, lett. b, del d.lg. n. 151 del 2001, nel prevedere - in attuazione della legge delega n. 53 del 2000 - che il lavoratore possa astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del figlio, percependo dall'ente previdenziale un'indennità commisurata ad una parte della retribuzione, configura un diritto potestativo che il padre lavoratore può esercitare nei confronti del datore di lavoro, nonché dell'ente tenuto all'erogazione dell'indennità, onde garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bam-*

(25) Ichino P., *Il contratto di lavoro*, in P. Schlesinger (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Giuffrè, Milano, 2003, 124, ritiene legittima la clausola collettiva che stabilisce termini di preavviso maggiori e che prevede criteri ragionevoli di temperamento fra le esigenze familiari e quelle organizzative aziendali, dal momento che la norma ammette la possibilità che dette circostanze siano stabilite dalla contrattazione collettiva.

(26) Sull'argomento vedasi M. Salvalaio, *op. cit.*, p. 1739-1740 e autori ivi citati.

(27) La norma così recita: *“La lavoratrice che intenda avvalersi del diritto di assentarsi dal lavoro disposto dall'articolo 7, primo comma, della legge, deve darne comunicazione al datore di lavoro e all'istituto assicuratore ove quest'ultimo sia tenuto a corrispondere la relativa indennità, precisando il periodo dell'assenza, che è frazionabile”*.

(28) Le disposizioni del presente decreto che fanno riferimento alla disciplina della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, sono da intendersi riferite alle corrispondenti disposizioni del testo unico 26 marzo 2001, n. 151 (art. 87, comma 2, D. Lgs. 151/2001).

(29) Così Cass. Civ., sez. lav., 25 novembre 2004, n. 22239, in *Not. giur. lav.* 2005, 262.

bino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia; pertanto, ove si accerti che il periodo di congedo viene utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo svolgimento di tale attività (nella specie, presso una pizzeria di proprietà della moglie) contribuisca ad una migliore organizzazione della famiglia”³⁰).

La legge non subordina la possibilità di fruizione del diritto ai congedi parentali alle necessità dell’impresa, e “... il congedo parentale, di cui all’art. 32 del d.lg. n. 151/2001 costituisce un diritto del dipendente (pur non costituzionalmente garantito, come quello relativo al congedo ordinario per ferie ex art. 36 Cost.), in rapporto alla cura dei figli in tenera età, ed esso non può che essere esercitato in relazione alle esigenze dei figli stessi, prescindendo da ogni rapporto con un contesto programmato della p.a. di appartenenza in base alle particolari esigenze di servizio. In altre parole, mentre si riconosce all’amministrazione il potere di programmare lo stesso congedo ordinario, ciò non vale per il congedo parentale, considerando la diversa funzione di quest’ultimo, innegabilmente rilevante sul piano socio-familiare (dove la sua obbligatorietà), benché diversa da quella insita nel primo e tesa al recupero delle energie del lavoratore sul piano fisico e psichico”³¹.

Tuttavia, in presenza di interessi di rilievo costituzionale come quello della salute, l’esigenza della fruizione del congedo parentale può subire limitazioni: in tal senso è infatti la risposta del Ministero del Lavoro che con l’interpello n. 64 del 23 dicembre 2008³² ha precisato che nel caso di contratto di formazione annuale per medici specializzandi “... le finalità formative dello stesso sono compiutamente salvaguardate nelle ipotesi in cui il congedo parentale sia fruito per periodi **non inferiori**³³ ai quaranta giorni lavorativi consecutivi, in quanto solo in detti casi la norma prevede la sospensione della formazione con possibilità del recupero delle assenze da parte del medico”.

La frazionabilità del congedo parentale è espressamente prevista dalla normativa (art. 8 D.P.R. n. 1026/1976³⁴): la circolare INPS n. 82/2001 (“Astensione obbligatoria e fa-

(30) In tal senso Cass., sez. lav., 16 giugno 2008, n. 16207 (che ha cassato App. Milano, 30 agosto 2004, *Foro Italiano*, 2004, I, 2868), in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2008, 4, 853, con nota di B. Caponetti “Abuso del diritto al congedo parentale e licenziamento per giusta causa”, che condivide la decisione della Corte di legittimità, ritenendo che il rapporto di lavoro debba essere informato, in via generale, ai principi di correttezza, lealtà e buona fede, per cui, anche con riguardo ai congedi parentali, da un lato il datore di lavoro deve considerare la prevalente rilevanza del dovere di assistenza ai figli dei lavoratori e, dall’altro, questi ultimi devono esercitare il loro diritto in modo conforme alla funzione che l’ordinamento vuole realizzare con l’attribuzione del diritto stesso.

(31) Così C.d.S., sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3564, *Foro Amministrativo*, 2007, 6, 1920. In senso conforme le già citate Trib. Venezia, 7 settembre 2001, *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2001, 1052; Trib. Venezia, 3 luglio 2001, *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2001, 956, mentre T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, 24 febbraio 2003, n. 79, *Foro Amministrativo*, 2003, 430, ritiene invece che il congedo parentale, benché costituisca un diritto del dipendente, tuttavia esso non possa esser esercitato *ad libitum* bensì nell’ambito di un contesto programmato dall’amministrazione di appartenenza.

(32) Reperibile in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello.

(33) L’evidenziazione è contenuta nel testo dell’interpello.

(34) Per il testo vedasi precedente nota n. 27.

coltativa per maternità. Nuovi moduli di domanda”), che ne disciplina gli aspetti burocratici, richiede che vi sia un’effettiva ripresa del lavoro fra una frazione del congedo e l’altra, ripresa - peraltro - non rinvenibile nelle ferie. Esistono tuttavia eccezioni: sulla conseguenzialità fra riposi per il personale di volo e congedi parentali, è intervenuto il Ministero del Lavoro con l’interpello n. 37 del 28 dicembre 2007³⁵, sottolineando che “... *le norme non prevedono alcun divieto o limite alla fruizione, da parte del personale di volo, di entrambi gli istituti in esame, trattandosi di disposizioni di diversa natura, volte a realizzare interessi distinti e, precisamente, la tutela della salute psicofisica del lavoratore, con riferimento all’art. 5, D. Lgs. n. 185/2005 ed il sostegno della maternità e della paternità in relazione alle esigenze, anche a carattere discontinuo, di cura del figlio, relativamente all’art. 32 del T.U. n. 151/2001. Pertanto, i giorni di astensione dal lavoro per congedo parentale possono essere fruiti dal lavoratore interessato, in modo continuativo o frazionato, nei primi otto anni di vita del figlio, senza incidere sul numero dei giorni di riposo spettanti al medesimo dipendente in base ai turni di servizio a sviluppo mensile previsti per il personale di volo dell’aviazione civile. Di conseguenza, i giorni di riposo successivi al termine del periodo di congedo, sia esso fruito in modo continuativo o frazionato, rientrando nell’ambito dei turni di servizio predisposti mensilmente per il personale di volo, possono considerarsi, a tutti gli effetti, come ripresa dell’attività lavorativa”*.

La nuova legge sull’affido condiviso ha posto problemi anche per le limitazioni del lavoro notturno: infatti l’art. 53, primo comma, lett. c) del T.U. stabilisce il divieto del lavoro notturno per il genitore unico affidatario e convivente di un minore di anni dodici. In materia è intervenuto il Ministero del lavoro con l’interpello n. 29 dell’8 agosto 2008³⁶ che ha precisato che “... *qualora il Giudice abbia disposto che il minore conviva, a periodi alterni, con entrambi i genitori, questi ultimi potranno beneficiare di tale esenzione nel periodo in cui dimostrino al proprio datore di lavoro di convivere con il minore. La prova della convivenza può essere facilmente raggiunta esibendo copia del dispositivo della sentenza di affidamento congiunto al datore di lavoro il quale, nel rispetto dei diritti sanciti dal D. Lgs. n. 196/2003, ne prende atto e modifica la propria organizzazione del lavoro notturno. Peraltro, tale onere probatorio sarà di facile assolvimento per il lavoratore, in quanto le sentenze in materia decretano le modalità, anche temporali, attraverso le quali può esplicarsi l’affidamento congiunto”*.

Sempre a proposito di separazione legale dei coniugi o dei conviventi, nel caso di sovrapposizione dei giorni e/o degli orari del diritto di visita ai figli con gli eventuali turni di lavoro, ci si chiede se esista un diritto del genitore ad ottenere turni di lavoro compatibili con i giorni di affidamento dei figli. Allo stato della normativa la risposta sembra essere negativa, anche se un intervento del Ministero del Lavoro come quello appena visto sull’esenzione dal lavoro notturno sarebbe auspicabile: l’unica soluzione - al momento - sembra essere quella di ottenere un calendario dei giorni di affidamento compatibile con i propri turni di lavoro.

Il periodo di astensione facoltativa per maternità, ora congedo parentale, così

(35) Reperibile in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello.

(36) Reperibile in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello.

come il periodo di congedo obbligatorio per maternità vanno valutati - ai fini dell'accreditamento della progressione automatica di carriera - come servizio effettivamente prestato: una valutazione diversa comporterebbe, secondo la più recente giurisprudenza³⁷, un comportamento discriminatorio che svantaggia in modo proporzionalmente maggiore le lavoratrici, circostanza questa che accomuna sia il datore di lavoro pubblico che quello privato.

6. - I riposi giornalieri.

L'attuale dizione (artt. 39, 40 e 41 T.U.) sostituisce i cd. "riposi per allattamento" di cui alla precedente normativa, definizione che appariva ormai superata in quanto, al di là delle parole utilizzate, essa non teneva conto del progressivo inserimento della donna nel mondo del lavoro e del mutamento del costume. L'ampliamento della funzione dei riposi, concepiti al fine di "assicurare alla lavoratrice la possibilità di provvedere all'assistenza diretta del bambino", era già stato previsto dall'art. 10 D.P.R. n. 1026/1976. La Corte Costituzionale aveva tenuto in considerazione la tutela del bambino, sostenendo che i riposi cd. "per allattamento" non erano più finalizzati soltanto all'allattamento del neonato bensì a qualsiasi forma di assistenza del minore: questo perché nel primo anno di vita l'interesse del figlio esige il maggior apporto fisico e psicologico non solo della madre bensì anche del padre. In considerazione di tali esigenze la Corte era intervenuta per sancire la fruizione di detti riposi cumulativamente nel corso della giornata, in via alternativa con la madre, anche dal padre: dapprima solo in caso di decesso o di grave infermità della madre (Corte Cost. n. 1/1987), e poi in via generale con piena interscambiabilità dei ruoli (Corte Cost. n. 179/93).

La nuova normativa sui congedi parentali si è uniformata a tali principi, ormai insiti nella mentalità comune e fatti propri dalla giurisprudenza, adeguando la legislazione alla nuova realtà sociale. L'art. 39 del D. Lgs. n. 151/2001 ("*Riposi giornalieri della madre*") stabilisce che durante il primo anno di vita del bambino la madre possa usufruire di due periodi di riposo giornalieri di un'ora ciascuno anche cumulabili durante la giornata, ridotti ad uno se l'orario di lavoro sia inferiore a sei ore, mentre il successivo art. 40 ("*Riposi giornalieri del padre*") ha posto fine ad un contenzioso molto frequente, prevedendo che anche il padre lavoratore possa usufruire dei riposi giornalieri, oltre che negli stessi casi di cui al congedo di paternità (decesso o grave infermità della madre, abbandono del bambino o affidamento esclusivo al padre), anche quando la madre non sia una lavoratrice dipendente, ovvero quando quest'ultima non intenda avvalersene.

Sull'espressione "*madre che non sia lavoratrice dipendente*" (art. 40, lett. c) T.U.) recentemente il Consiglio di Stato³⁸ ha stabilito che tale "*ultima fattispecie possa*

(37) Corte d'Appello di Torino, Sez. Lav., 14 maggio 2008; Trib. Prato, 21 novembre 2007, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2008, 4, 810, con nota di S. Zitti "*Donne, accesso al lavoro e progressioni di carriera*", 799, che rileva come ai fini della progressione di carriera, pertanto, non vi sia ragione di distinguere fra i due tipi di astensione.

(38) C.d.S., sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4293, in *Foro Amm. CDS*, 2008, 9, 2437, che ha confermato il Tar Toscana, 25 novembre 2002, n. 2737.

dirsi comprensiva della “lavoratrice” casalinga. Posto, infatti, che la nozione di lavoratore assume diversi significati nell’ordinamento, ed in particolare nelle materie privatistiche ed in quelle pubblicistiche, è a quest’ultimo che occorre fare riferimento, trattandosi di una norma rivolta a dare sostegno alla famiglia ed alla maternità, in attuazione delle finalità generali, di tipo promozionale, scolpite dall’art. 31 della Costituzione. In tale prospettiva, essendo noto che numerosi settori dell’ordinamento considerano la figura della casalinga come lavoratrice (sul punto un’interessante ricostruzione è fornita da Cass. 20324/05, al fine di risolvere il problema della risarcibilità del danno da perdita della relativa capacità di lavoro), non può che valorizzarsi la ratio della norma, volta a beneficiare il padre di permessi per la cura del figlio allorquando la madre non ne abbia diritto in quanto lavoratrice non dipendente e pur tuttavia impegnata in attività che la distolgano dalla cura del neonato”.

La disciplina in esame sancisce definitivamente la piena parità nella fruizione di tali riposi per entrambi i genitori, e l’alternatività dell’esercizio di tale diritto comporta che il padre possa godere dei permessi giornalieri anche contemporaneamente alla fruizione del congedo parentale da parte della madre e viceversa (circolare INPS n. 109/2000).

In caso di parto plurimo l’art. 41 stabilisce che i periodi di riposo sono raddoppiati, e “... il diritto a usufruire dei riposi giornalieri nella misura doppia prevista all’art. 41 d. lg. 26 marzo 2001 n. 151 deve essere riconosciuto al padre lavoratore subordinato indipendentemente dalla titolarità del relativo diritto in capo alla madre che non se ne avvale, con la conseguenza che tale diritto spetta al padre lavoratore subordinato anche quando la madre sia una lavoratrice autonoma”³⁹.

La nuova normativa non ha chiarito espressamente tutti i problemi relativi ai permessi giornalieri: rimane infatti aperto il problema del cumulo giornaliero di questi ultimi con il cumulo di altri permessi orari (ad esempio il cd. “permesso banca”), quando la somma dei vari permessi orari esaurisca il totale della giornata lavorativa. Una totale esclusione della prestazione lavorativa parrebbe contraria alla *ratio legis* della disposizione, dal momento che la norma intende favorire il rapporto affettivo genitore-figlio garantendo al genitore-lavoratore la facoltà di astensione parziale giornaliera dal lavoro, ma nella relativa giornata dovrebbe pur sempre rimanere una pur residua attività lavorativa da svolgere, venendo altrimenti a mancare il presupposto stesso richiesto dalla norma, e cioè la prestazione lavorativa (seppure in misura ridotta).

Peraltro, il problema del cumulo giornaliero dei riposi in esame con il recupero delle eventuali ore eccedenti l’orario giornaliero contrattuale ordinario accumulate con il sistema della “banca ore”, è stato risolto in senso positivo dalla circolare INPS n. 95 bis/2006 anche quando la somma delle ore comporti l’assenza totale dall’attività lavorativa.

Anche nel caso dei riposi giornalieri - stante il preciso dato testuale dell’art. 40 T.U. - la nuova normativa sull’affido condiviso comporta l’esclusione dalla fruizione degli stessi da parte del padre che non sia affidatario esclusivo: una soluzione, tuttavia, potrebbe essere la fruizione alternata dei permessi da parte di entrambi i genitori, purché - ovviamente - vi sia l’accordo di entrambi.

(39) In tal senso Trib. Genova, 13 ottobre 2005, *Redazione Giuffrè*.

Va peraltro precisato che, nel caso di contratto di formazione annuale per medici specializzandi, valgono le stesse considerazioni esposte già in precedenza nel paragrafo sui congedi parentali⁴⁰, per cui va data prevalenza all'attività formativa rispetto alla fruizione frazionata dei riposi giornalieri.

7. - Congedi per malattia del figlio.

L'art. 47 del D. Lgs. n. 151/2001 stabilisce che entrambi i genitori, alternativamente, possano godere di congedi per malattia del figlio, distinguendo due ipotesi in base all'età del figlio: fino ai tre anni il congedo è illimitato, mentre fra i tre e gli otto anni il congedo è riconosciuto fino a un massimo di cinque giorni per ciascun genitore, per un massimo quindi di dieci giorni complessivi per coppia genitoriale. Tale interpretazione è stata recentemente confermata dal Ministero del Lavoro con l'interpello n. 33 del 19 agosto 2008⁴¹.

Dal momento che per la prima ipotesi la norma non prevede alcun limite temporale, si ritiene che l'assenza possa avere una durata illimitata fino al compimento dei tre anni del bambino, anche in considerazione del fatto che il successivo art. 54, 6° comma, prevede la nullità del licenziamento intimato a causa della domanda o della fruizione del congedo per malattia del bambino⁴².

La norma usa il termine "ogni figlio", con ciò dirimendo all'origine ogni dubbio sulla possibilità che per ciascun figlio spetti cumulativamente ai genitori il numero di giorni previsto dalla legge per il periodo fra i tre e gli otto anni d'età del bambino: peraltro, a differenza del congedo parentale che può essere fruito anche contemporaneamente da entrambi i genitori, ciò non vale per il congedo per malattia, dal momento che la legge usa il termine "alternativamente". Tuttavia la norma (art. 47, 6° comma) precisa altresì che il congedo per malattia spetta al genitore lavoratore anche quando l'altro genitore non ne abbia diritto, e cioè quando sia lavoratore autonomo ovvero prestante attività non retribuita (casalinga).

Sul concetto di malattia del bambino la prevalente giurisprudenza formatasi sulla normativa abrogata riteneva che per tale doveva intendersi, "*tenuto conto delle finalità della legge citata, attuativa del precetto costituzionale secondo cui le condizioni di lavoro devono consentire alla lavoratrice l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e devono assicurare alla madre una speciale adeguata protezione, non soltanto la fase acuta di alterazione patologica in atto, ma anche quella della convalescenza in cui il bambino, dopo il superamento dei sintomi acuti, deve ancora recuperare le proprie normali condizioni biopsichiche e quindi ha necessità dell'assistenza materna per prevenire ricadute ed assicurare il completo suo ristabilimento*"⁴³.

(40) Vedi l'interpello n. 64/2008 del Min. del Lavoro, reperibile in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello.

(41) Reperibile in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello.

(42) Così M. Cagarelli, 2002, *I congedi parentali*, Giappichelli, Torino, 38; M. Salvaio, *op. cit.*, 1742.

(43) Così Cass.civ., sez. lav., 4 aprile 1997, n. 2953, *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, 779. Nello stesso senso Cass. civ., sez. lav., 6 febbraio 1988, n. 1293, *Inf. Prev.*, 1988, 869; *contra*, da ultimo C.d.S., sez. IV, 17 ottobre 2000, n. 5550, *Foro Amm. CDS*, 2000, 10, che nega l'ammissibilità dei permessi in esame allorché si tratti di malattia cronica che possa comportare l'assenza dal servizio per l'intero triennio di vita del bambino.

Peraltro, parlando pur sempre l'art. 47 del D. Lgs. n. 151/2001 di "malattia", si ritiene che debba continuare a negarsi l'ammissibilità di un congedo per quest'ultima quando manchi una patologia sia essa acuta o cronica⁴⁴.

Nel caso di malattia del bambino che dia luogo a ricovero ospedaliero durante il periodo per ferie del genitore, l'art. 47, 4° comma, prevede che quest'ultimo possa interrompere il godimento delle stesse: ciò in osservanza del dettato costituzionale (art. 36 Cost.) che garantisce comunque sempre il diritto all'effettività del congedo per ferie.

La nuova normativa (art. 47, 5° comma) prevede che ai congedi per malattia del figlio non si applichino le disposizioni vigenti in materia di controllo sullo stato di malattia del lavoratore, con ciò dirimendo il contrasto giurisprudenziale che si era venuto a creare sul punto in precedenza.

Per quanto riguarda la documentazione medica l'art. 47, 3° comma, provvede a precisare che condizione per la fruizione del congedo è la presentazione di un certificato rilasciato da un medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato, così modificando *in peius* la precedente disciplina che ammetteva qualunque certificazione anche rilasciata da un medico non specialista.

La nuova normativa sull'affido congiunto non incide in caso di separazione legale dei genitori o di fatto dei conviventi, dal momento che il diritto al congedo per malattia del figlio spetta autonomamente ad entrambi i genitori ("*entrambi i genitori, alternativamente, hanno diritto di astenersi dal lavoro ...*" art. 47 T.U.) senza alcuna limitazione per il genitore solo.

Va peraltro precisato che, nel caso di contratto di formazione annuale per medici specializzandi, valgono le stesse considerazioni esposte già in precedenza nel paragrafo sui congedi parentali e sui riposi giornalieri⁴⁵, per cui va data prevalenza all'attività formativa rispetto alla fruizione dei congedi per malattia inferiori ai quaranta giorni lavorativi consecutivi.

8. - Congedi, riposi e permessi per figli con handicap grave.

Il T.U. (artt. 33 e 42) ha provveduto ad ampliare e coordinare anche le norme relative ai congedi per figli handicappati già previsti dalla legge n. 104/1992.

L'art. 42 ("*Riposi e permessi per i figli con handicap grave*"), al quinto comma, dove tratta del congedo straordinario biennale retribuito (fruibile - peraltro - anche in forma frazionata), ha subito vari interventi della Corte Costituzionale, che ha provveduto ad estendere l'ambito dei soggetti aventi diritto, da ultimo con la sentenza n. 19 del 6 gennaio 2009 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 42, comma 5, nella parte in cui non prevede per il figlio convivente con la persona in situazione di disabilità grave, il diritto a fruire del congedo in assenza di altri soggetti idonei a prendersene cura, mentre prima erano intervenute la sentenza n. 233/2005⁴⁶ che aveva esteso tale diritto a fratelli o

(44) In senso conforme M. Salvalaio, *op. cit.*, 1742.

(45) Vedi l'interpello n. 64/2008 del Min. del Lavoro, reperibile in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello.

(46) In *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2005, 4, 787, con nota della scrivente ("*Estensione della tutela giuridico-economica per i fratelli/sorelle conviventi dei portatori di handicap*").

sorelle conviventi nel caso di inabilità (e non solo decesso) dei genitori, e la n. 158/2007 al coniuge convivente.

Pertanto, hanno ora diritto a fruire del congedo per familiare con handicap grave, secondo un ordine di priorità, il coniuge convivente, i genitori, i fratelli e sorelle conviventi e i figli conviventi (vedasi in proposito la circolare INPS n. 41/2009), ciò - peraltro - in conformità all'elencazione di carattere tassativo stabilita dal codice civile in materia di obblighi alimentari⁴⁷.

Il quinto comma del citato art. 42 nella versione originale limitava il diritto al congedo straordinario biennale al caso di handicap grave accertato da almeno cinque anni, ma la legge n. 350/2003 (art. 3, comma 106) è intervenuta a modificare la norma abrogando tale disposizione. L'efficacia retroattiva della norma *abrogans* è stata recentemente affermata dalla Corte di Cassazione (Sez. Lav., 20 gennaio 2009, n. 1405⁴⁸).

L'art. 42, comma 5, ha previsto per il congedo straordinario biennale un'indennità economica e una contribuzione figurativa fino ad un massimo di Euro 36.151,99 annui rivalutabili annualmente: in materia, nonché sul calcolo dell'indennità economica, è intervenuta la circolare INPS n. 14/2007⁴⁹ anche per i periodi pregressi alla sua emanazione.

Il comma 4 dell'art. 42 del T.U. precisa che i riposi e i permessi di cui alla legge n. 104/1992 sull'handicap possono essere cumulati con il congedo parentale ordinario e con il congedo per malattia del figlio: in proposito la giurisprudenza⁵⁰ ha avuto modo di ribadire che “*Stante l'equiparazione, ai fini del permesso trigiornerale, operata dall'art. 33 comma 3 l. n. 104 del 1992 dei genitori di minori portatori di handicap in situazione di gravità ai familiari conviventi che assistano parenti entro il 3 grado nella medesima situazione e stante il rinvio operato dall'art. 33 comma 4 al cumulo dei permessi di cui ai commi 2 e 3 con quelli previsti dall'art. 7 l. n. 1204 del 1971, deve ritenersi che anche al soggetto che assista il familiare handicappato compete il diritto all'astensione al lavoro per malattia del predetto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 7 comma 4 l. n. 1204 del 1971, il quale prevede la facoltà di astensione dal lavoro dei genitori in caso di malattia del bambino con durata indeterminata fino al compimento del terzo anno di età e di cinque giorni all'anno per ciascun genitore quando il figlio abbia tra tre ad otto anni*”.

Sorge peraltro il dubbio - stante l'assenza in tale ipotesi di precisazione normativa - della possibilità di cumulo del congedo straordinario biennale retribuito di cui al comma 5 dell'art. 42 con il congedo ordinario non retribuito per malattia del figlio (art. 4, comma 2, L. n. 53/2000): la scarsa giurisprudenza in materia⁵¹ ha ritenuto che “*sussiste il diritto alla cumulabilità del congedo straordinario dal lavoro della durata di anni due per i congiunti di soggetti portatori di gravi handicap ex 42 d.lg. 26 marzo 2001 n. 151 con i benefici di cui all'art. 4 comma 2 l. 8 marzo 2000 n. 53, trattandosi di fattispecie*

(47) In tal senso M. Salvalaio, *op. cit.*, 1749.

(48) In questo numero p. 468.

(49) Per i nuovi importi vedasi ora le circolari INPS n. 36 e 38 del marzo 2009.

(50) Vedasi T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 24 gennaio 2005, n. 68, *Foro amm.*, TAR, 2005, 1, 261.

(51) Trib. Milano, 14 febbraio 2006, *Riv. critica dir. lav.*, 2006, 3, 953.

diverse, caratterizzate da reciproca integrazione di tutela, senza che possa configurarsi abrogazione per antinomia giuridica”.

Va segnalato che l'art. 1, comma 1266, della legge n. 296/2006 ha aggiunto all'art. 42, comma 5, del T.U. la disposizione secondo la quale i soggetti che usufruiscono dei permessi per handicap grave per un periodo continuativo non superiore a sei mesi hanno diritto ad usufruire di permessi non retribuiti in misura pari al numero dei giorni di congedo ordinario (e cioè per maternità, paternità, parentale) che avrebbero maturato nello stesso arco di tempo lavorativo, senza riconoscimento del diritto a contribuzione figurativa. Con tale disposizione il legislatore ha voluto permettere al lavoratore di trasformare in congedo ordinario (permesso a motivo della mera genitorialità) i giorni maturati durante il periodo di congedo straordinario retribuito - purché esso sia continuativo e non superi i sei mesi - concesso per motivi connessi al disagio dell'handicap.

Infine va ricordato che la giurisprudenza⁵² ha avuto modo di precisare che *“L'applicabilità del comma 2 dell'art. 4, l. n. 53 del 2000 (congedo ordinario non retribuito) non è subordinata all'emanazione di un regolamento, ed il diritto al congedo per motivi familiari non necessita di alcuna specificazione poiché la stessa norma indica il presupposto per l'esercizio di tale diritto (gravi e documentati motivi familiari)”*. Peraltro in materia è intervenuto il D.P.C.M. n. 278 del 21 luglio 2000 (*“Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'art. 4 della legge n. 53/2000 concernente congedi per eventi e cause particolari”*) che ha provveduto a regolare le modalità per la concessione delle assenze per “gravi motivi” (all'art. 2) nonché per “permessi retribuiti” (art. 1) e la documentazione necessaria (art. 3)⁵³.

Per quanto riguarda i permessi per familiari con handicap, l'INPS⁵⁴, adeguandosi all'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato⁵⁵, ha precisato che:

“1) a nulla rileva che nell'ambito del nucleo familiare della persona con disabilità in situazione di gravità si trovino conviventi familiari non lavoratori idonei a fornire l'aiuto necessario;

2) che la persona con disabilità in situazione di gravità - ovvero il suo amministratore di sostegno ovvero il suo tutore legale - possa liberamente effettuare la scelta su chi, all'interno della stessa famiglia, debba prestare l'assistenza prevista dai termini di legge;

(52) Trib. Firenze, 16 ottobre 2001, *Redazione Giuffrè*.

(53) Correttamente P. Ichino, *op.cit.*, 130, ha rilevato che il diritto al permesso trigiornaliero sorge per il solo fatto del decesso o infermità, e ciò indipendentemente dalla durata del rapporto di lavoro, a differenza di quanto avviene per le ferie annuali.

(54) Vedi Circolare n. 90/2007.

(55) Cass., sez. lav., 16.05.2003, n. 7701; Id., 20.07.2004, n. 13481; Trib. Velletri, sez.lav., ordinanza 27 ottobre 2007, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2008,1, 269, con nota di R. Cultrera, *“Permessi ex art. 33 della legge n. 104/1992: continuità dell'assistenza e lontananza geografica”*, che rileva il cambiamento radicale di posizione dell'Istituto che si è adeguato alla giurisprudenza in ordine all'interpretazione dei requisiti della continuità e dell'assistenza, nonché in ordine al concetto di “lontananza” fra l'abitazione o la sede di lavoro di chi presta assistenza e quella del disabile da assistere. Con la Circolare n. 90/2007 l'INPS ha precisato che ai fini del requisito della continuità non è più richiesta un'assistenza quotidiana bensì un'assistenza sistematica e adeguata alle concrete esigenze della persona disabile.

- 3) che tale assistenza non debba essere necessariamente quotidiana, purché assuma i caratteri della sistematicità e dell'adeguatezza rispetto alle concrete esigenze della persona con disabilità in situazione di gravità;
- 4) che i benefici previsti dai commi 2 e 3 (dell'art. 33 della L. n. 104/1992) si debbano riconoscere altresì a quei lavoratori che - pur risiedendo o lavorando in luoghi anche distanti da quello in cui risiede di fatto la persona con disabilità in situazione di gravità (come, per esempio, nel caso del personale di volo delle linee aeree, del personale viaggiante delle ferrovie o dei marittimi) - offrano allo stesso un'assistenza sistematica ed adeguata, stante impregiudicato il potere organizzativo del datore di lavoro, non attenendo la fruizione dei benefici de quo all'esercizio di un diritto potestativo del lavoratore. A tal fine, in sede di richiesta dei benefici ex art. 33 della legge 104/92, sarà prodotto un "Programma di assistenza" a firma congiunta del lavoratore richiedente e della persona con disabilità in situazione di gravità che dell'assistenza si giova - ovvero del suo amministratore di sostegno ovvero del suo tutore legale -, sulla cui eventuale valutazione di congruità medico legale si esprimerà il dirigente responsabile del Centro medico legale della sede INPS competente;
- 5) che il requisito dell'esclusività della stessa non si debba far coincidere con l'assenza di qualsiasi altra forma di assistenza pubblica o privata, essendo compatibile con la fruizione dei benefici in questione il ricorso alle strutture pubbliche, al cosiddetto "non profit" ed a personale badante;
- 6) che, per esplicita previsione legislativa, non dia titolo ai benefici il solo caso del ricovero a tempo pieno, per ciò intendendosi il ricovero per le intere ventiquattro ore;
- 7) che al caso di cui al punto precedente, faccia eccezione quello rappresentato dal ricovero a tempo pieno, finalizzato ad un intervento chirurgico oppure a scopo riabilitativo, di un bambino di età inferiore ai tre anni con disabilità in situazione di gravità, per il quale risulti documentato dai sanitari della struttura ospedaliera il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un familiare (parente o affine entro il 3° grado) nonché, su valutazione del dirigente responsabile del Centro medico legale della Sede INPS, quello della persona con disabilità in situazione di gravità in coma vigile e/o in situazione terminale, contesti questi assimilabili al piccolo minore;
- 8) che l'accettazione da parte del portatore di handicap in situazione di gravità dell'assistenza continuativa ed esclusiva offerta dal familiare possa rientrare tra le fattispecie previste dal T.U. n. 445/2000 sulla documentazione amministrativa per la cui prova è ammessa dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà".

La concessione dei permessi mensili è fondata sul principio di solidarietà sociale avente rilievo costituzionale, principio che informa tutti gli istituti relativi alla tutela dei lavoratori con familiari in situazioni di handicap. Tale principio tuttavia non si applica con la stessa valenza a tutte le forme di tutela⁵⁶: infatti il comma 5 dello stesso art. 33 L. 104/1992 che prevede il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio per il lavoratore che assista con continuità un familiare handicappato,

(56) In tal senso T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2878, *Foro amm. TAR*, 2008, 4, 1017.

ha ricevuto dalla giurisprudenza assolutamente prevalente⁵⁷ un'interpretazione restrittiva che ne ha precisato i limiti, stabilendo - *in primis* - che la norma riserva, in capo al datore di lavoro, un potere di valutazione dell'istanza dell'interessato, potere chiaramente scolpito dalla norma nell'inciso «ove possibile» che segue le parole «[il lavoratore] ha diritto di scegliere», di tal che è evidente che l'interesse individuale contemplato dalla norma - lungi dal configurarsi come pretesa oggettiva ed assoluta in capo al dipendente - è suscettibile di recedere rispetto alle esigenze organizzative del datore di lavoro⁵⁸ (pubblico e privato, anche se - va rilevato - la giurisprudenza formatasi sulla norma è prevalentemente relativa al rapporto di pubblico impiego⁵⁹). Ne consegue che è legittimo il diniego fondato sulla motivazione secondo cui la situazione di organico degli uffici dislocati nelle sedi presso le quali il lavoratore abbia chiesto di essere destinato non consenta un'utile collocazione del medesimo⁶⁰, così come vanno ritenute prevalenti le esigenze di copertura e continuità del servizio della sede di provenienza rispetto alla valutazione dell'impatto sulla sede richiesta⁶¹: in ogni caso, tuttavia, la giurisprudenza ritiene che il provvedimento di diniego vada preceduto da un approfondimento istruttorio⁶².

(57) Da ultimo vedasi Cass. civ., sez. un., 27 marzo 2008 n. 7945, *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2008, 4, 886: “Il diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, disciplinato dall'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992, non si configura come assoluto ed illimitato, giacché esso - come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso “ove possibile” - può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico - in un danno per l'interesse della collettività, gravando sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto”, con nota di L. Calafà, “Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore (non solo) pubblico”, che rileva come le varie questioni interpretative collegate all'art. 33 comma 5 L. n. 104/1992 acquisiscano una fisionomia più chiara e precisa con la pubblicazione della sentenza delle SS. UU., dal momento che, se dalla dizione letterale della norma si evince chiaramente che i benefici in essa previsti vanno riconosciuti anche al lavoro privato, tuttavia dalla lettura della giurisprudenza formatasi dopo l'entrata in vigore della norma stessa emerge che - di fatto - essa è saldamente legata alle vicende del pubblico impiego.

La sentenza delle SS. UU. consente quindi di ottenere un importante risultato, e cioè quello del definitivo abbandono del linguaggio dei giudici amministrativi ancorato all'uso di interesse legittimo.

(58) T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 24 settembre 2008, n. 10745, *Foro amm. TAR*, 2008, 9, 2539; Cass. civ., sez. lav., 25 gennaio 2006, n. 1396, in *Noti. Giur. Lav.*, 2006, 4, 489; Cass. civ., sez. lav., 29 agosto 2002, n. 12692, *Redazione Giuffrè*.

(59) Come rilevato anche da L. Calafà nella citata nota a sentenza.

(60) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 11 settembre 2008, n. 2540, *Foro amm. TAR*, 2008, 9, 2570; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 dicembre 2007, n. 12886, *Foro amm. TAR*, 2007, 12, 3770.

(61) Giurisprudenza costante: *ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 14 luglio 2008, n. 8745, *Foro amm. TAR*, 2008, 7-8, 2159; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 25 settembre 2006, n. 9237, *Foro amm. TAR*, 2006, 9, 2909; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 19 luglio 2004, n. 10575, *Foro amm. TAR*, 2004, 2309.

(62) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1 ottobre 2008, n. 8663, *Foro amm. TAR*, 2008, 10, 2758.

L'interpretazione giurisprudenziale della norma in esame - anche a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 325/1996 - è restrittiva in quanto subordina l'accoglimento della richiesta al duplice requisito dell'esclusività e della continuità dell'assistenza al familiare affetto da handicap - requisiti di cui il lavoratore deve fornire prova⁶³-, e non deve essere finalizzata alla costituzione di un rapporto di assistenza continuativa a seguito di esigenze successivamente determinatesi, che esulano dalla previsione legislativa⁶⁴. Infatti, il requisito dell'esclusività dell'assistenza, benché non contenuto nella lettera dell'art. 33, comma 5, L. 5 febbraio 1992 n. 104, è sicuramente desumibile dalla sua *ratio*, che non è quella di assegnare dei benefici a soggetti che hanno un parente portatore di handicap e che inoltrino la domanda di trasferimento per futuri fini di assistenza, bensì quella di garantire al portatore di handicap un'assistenza, per il caso che non ne abbia, o di garantirgli la continuità dell'assistenza già in atto, per il caso che già vi sia un parente che se ne occupi, e ciò avvalendosi di una discrezionalità legislativa conforme alla Costituzione che ha accordato il beneficio del trasferimento soltanto a chi già "assisti con continuità" un familiare⁶⁵, anche al fine di evitare rotture traumatiche e dannose della convivenza⁶⁶.

La giurisprudenza, a proposito del requisito dell'esclusività dell'assistenza, ha avuto modo di precisare che "... a tale formula deve essere riconosciuto il significato dell'indisponibilità (e non dell'inesistenza) oggettiva e soggettiva di altre persone in grado di sopperire alle esigenze assistenziali; circostanza da provare con ogni mezzo consentito dall'ordinamento, salvo l'onere di verifica da parte della p.a., poiché una più rigorosa interpretazione vanificherebbe la tutela offerta dal Legislatore ai sogget-

(63) Giurisprudenza costante: *ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 14 luglio 2008, n. 8745, *Foro amm. TAR*, 2008, 7-8, 2159; T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 11 aprile 2008, n.546, *Foro amm. TAR*, 2008; C.d.S., sez.VI, 27 luglio 2007, n. 4182, *Foro amm. CDS*, 2007, 7-8, 2264.

(64) Va tuttavia segnalata la recente Cass. civ., sez. lav., 27 gennaio 2009, n. 1895, Redazione Giuffrè, che così dispone: "In materia di mobilità volontaria, è adeguata e logicamente coerente secondo i canoni letterali e sistematici - e, quindi, incensurabile in sede di legittimità - l'interpretazione del giudice di merito dell'accordo sindacale del 23 ottobre 2001 per il personale delle poste - secondo il quale i dipendenti in possesso dei requisiti di cui all'art. 33 l. n. 104 del 1992 inseriti nella graduatoria di mobilità hanno "la precedenza nella scelta della destinazione" - come inteso ad attribuire un trattamento di favore più ampio di quello legale, in quanto rivolto pure nei confronti dei lavoratori che intendano instaurare una situazione di assistenza di un congiunto portatore di handicap, attesa l'inutilità, rispetto ad una vicenda di trasferimento geografico, della previsione pattizia ove interpretata come diretta a favorire solo i lavoratori con situazione di assistenza in atto".

(65) Giurisprudenza costante: *ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 2 ottobre 2008, n. 8709, *Foro amm. TAR*, 2008, 10, 2759; T.A.R. Campania, Napoli, sez.VI, 4 agosto 2008, n. 9726, *Foro amm. TAR*, 2008, 7-8, 2164; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 luglio 2008, n. 6609, *Foro amm. TAR*, 2008, 7-8, 2043; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 giugno 2008, n. 5419, *Foro amm. TAR*, 2008, 6, 1674; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 28 maggio 2008, n. 5124, *Foro amm. TAR*, 2008, 5, 1324; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 3 aprile 2008, n. 18256, *Foro amm. TAR*, 2008, 4, 1094; C.d.S., sez.VI, 25 giugno 2007, n. 3566, *Foro amm. CdS*, 2007, 6, 1920; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 2 maggio 2007, n. 3798, *Foro amm. TAR*, 2007, 5, 1631; Trib. Bari, sez. lav., 12 marzo 2007, Redazione Giuffrè; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 marzo 2007, n. 2175, *Foro amm. TAR*, 2007, 3, 941; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 13 febbraio 2007, n. 1034, *Foro amm. TAR*, 2007, 2, 657.

(66) T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 17 aprile 2008, n. 1324, *Foro amm. TAR*, 2008, 4, 1001.

ti portatori di handicap, già assistiti dal lavoratore richiedente, tanto più che la tutela dell'assistenza ai soggetti bisognosi può essere naturalmente favorita nell'ambito dell'autonomia organizzativa di ciascuna amministrazione entro i limiti del rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità, sempre che la p.a. stessa riconosca un interesse pubblico specifico da perseguire coniugabile con quello di tutela dell'assistenza al soggetto portatore di handicap"⁶⁷.

Tuttavia, "... la dimostrazione che i parenti del richiedente, pur se residenti nelle sue vicinanze, non sono in grado di occuparsi dell'assistenza al disabile non può trovare attuazione per mezzo di semplici dichiarazioni di carattere formale, attestanti impegni di vita di carattere ordinario e comune, bensì necessita della produzione di dati ed elementi di carattere oggettivo, concernenti eventualmente anche stati psico-fisici connotati da una certa gravità, idonei a giustificare l'indisponibilità sulla base di criteri di ragionevolezza tali da concretizzare un'effettiva esimente da vincoli di assistenza familiare, nel temperamento delle posizioni dei soggetti interessati"⁶⁸.

Il quesito se possa il genitore di un figlio minore con grave handicap accertato ai sensi dell'art. 33, comma 1, T.U., godere del prolungamento del congedo parentale di cui all'art.33 stesso, (ovviamente fruendo dell'indennità al 30%), ha avuto esito positivo da parte della giurisprudenza⁶⁹, che con provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art 700 c.p.c. ha accolto il ricorso proposto da una madre lavoratrice con figlio minore riconosciuto handicappato grave: "Il genitore di un figlio minore con grave handicap accertato gode del prolungamento del congedo parentale per la durata di un ulteriore triennio, con pagamento dell'indennità nella misura ridotta del 30%, fino al raggiungimento degli 8 anni di età del minore".

La tutela dei lavoratori con familiari in condizioni di disagio si esplica anche nei confronti dei tossicodipendenti: infatti l'art. 124, secondo comma, del D.P.R. n. 309/1990 prevede che "I lavoratori, familiari di un tossicodipendente, possono a loro volta essere posti, a domanda, in aspettativa senza assegni per concorrere al programma terapeutico e socio-riabilitativo del tossicodipendente qualora il servizio per le tossicodipendenze ne attesti la necessità". La norma non stabilisce la durata massima di questa aspettativa, ma sembra ragionevole ritenere che essa possa protrarsi per lo stesso periodo durante il quale il familiare è sottoposto al trattamento riabilitativo⁷⁰.

9. - Congedi, riposi e permessi per genitori adottivi e affidatari.

La nuova formulazione apportata dalla legge n. 244/2007 (legge finanziaria 2008) - anche a seguito di vari interventi della Corte Costituzionale e della giurispru-

(67) C.d.S., sez. VI, 25 giugno 2007, n.3566, *Foro amm. CdS*, 2007, 6, 1920.

(68) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 8 gennaio 2008, n.73, *Foro amm. TAR*, 2008, 1,110.

(69) Trib. Roma, I aprile 2003, in *Riv. giur. Lav.*, 2003, II, 458, con nota della scrivente ("Prolungamento del congedo parentale per i genitori di minori affetti da grave handicap").

(70) In tal senso Ichino P., *op. cit.*, 131.

denza di merito - agli art. 26 T.U. (congedo di maternità in caso di adozioni e affidamenti) e art. 31 (congedo di paternità in caso di adozioni e affidamenti)⁷¹, nonché dell'art. 36 (congedo parentale in caso di adozioni e affidamenti) con l'abrogazione dell'art. 37 (adozioni e affidamenti preadottivi internazionali), ha comportato la piena equiparazione dei genitori cd. "biologici" con quelli adottivi e affidatari eliminando ogni riferimento all'età del minore. Anzi, nel caso di adozione internazionale il congedo di maternità e di paternità può essere fruito - anche frazionatamente - anche prima dell'ingresso del minore in Italia, permettendo così l'incontro fra futuri genitori e "adottando" nel suo paese di origine, al fine di agevolare l'ingresso del minore nella sua nuova famiglia.

Anche il nuovo testo dell'art. 36 sui congedi parentali prevede la completa equiparazione fra genitori biologici e adottivi/affidatari di minori italiani e stranieri: "*Il congedo parentale di cui al presente Capo spetta anche nel caso di adozione, nazionale e internazionale, e di affidamento.*

Il congedo parentale può essere fruito dai genitori adottivi e affidatari, qualunque sia l'età del minore, entro otto anni dall'ingresso del minore in famiglia, e comunque non oltre il raggiungimento della maggiore età".

I genitori adottivi o affidatari possono usufruire dei riposi giornalieri entro il primo anno di ingresso del minore in famiglia⁷², nonché dei permessi per malattia del bambino (art. 50 T.U.).

In merito all'affidamento non preadottivo (L. n. 184/1983), l'INPS ha preci-

(71) In materia di flessibilità del congedo di maternità (art. 20 T.U.) la giurisprudenza, prima della legge n. 244/2007, non era univoca: infatti mentre da una parte il T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 21 settembre 2006, n. 9049, *Foro amm. TAR*, 2006, 9, 2906, lo ammetteva affermando che "*L'astensione obbligatoria dal lavoro post partum non assolve all'unica funzione di favorire il recupero psico-fisico della partoriente, ma è diretta a consentire alla madre di attendere ai bisogni del figlio, in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed effettive collegate allo sviluppo della personalità del bambino, sicché la flessibilità del congedo di maternità di cui all'art. 20 d. lgs. 26 marzo 2001 n. 151 (c.d. testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità) può essere considerata alla stregua di uno strumento attraverso il quale alla madre è consentito di allocare la disponibilità del suo tempo laddove ritiene che ve ne sia maggiore bisogno e non abbisogna, ai fini del suo esercizio, dell'autorizzazione sanitaria*", dall'altra, a contrario, la Corte di Appello di Roma, sez. lav., 20 agosto 2007, n. 5213, *Redazione Giuffrè*, stabiliva che "*Nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge o regolamentare sia sufficiente a individuarne, in modo chiaro e univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca della "mens legis", qualora, attraverso tale procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma così come inequivocabilmente espressa dal legislatore. (Nella specie, la Corte d'appello di Roma, in applicazione del richiamato principio di diritto, ha affermato che l'interpretazione letterale delle norme sul congedo di maternità di cui al D. Lgs. 26 marzo 2001 n. 151, è sufficiente a individuarne, in modo chiaro e univoco, il significato e la connessa portata precettiva, che sono tali da escludere, con evidenza, la madre adottiva dalla facoltà di astenersi dal lavoro per un ulteriore mese oltre i tre mesi di cui al comma 1, lett. c), dell'art. 16 del richiamato decreto)*".

(72) La Corte Cost. con sentenza n. 104 del 1 aprile 2003 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui prevede che i riposi di cui agli articoli 39, 40 e 41, del presente decreto, si applichino, anche in caso di adozione e di affidamento, "entro il primo anno di vita del bambino" anziché "entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia".

sato nella sua ultima circolare (la n. 16/2008) relativa ai congedi per genitori adottivi e affidatari, che la lavoratrice che prende in affidamento un minore ai sensi della legge n. 184/1983 artt. 2 e ss. ha diritto all'astensione dal lavoro per un periodo complessivo pari a tre mesi entro l'arco temporale di cinque mesi decorrenti dalla data di affidamento del minore all'interessata; entro i predetti cinque mesi, il congedo in esame è fruito dall'interessata in modo continuativo o frazionato. Il congedo spetta a prescindere dall'età del minore all'atto dell'affidamento, in ciò uniformandosi ai criteri posti dalla legge n. 244/2007 sugli affidamenti preadottivi, e va pertanto riconosciuto anche per minori che, all'atto dell'affidamento, abbiano superato i sei anni di età.

10. - Dipendenti di pubbliche amministrazioni.

Per quanto riguarda i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, per i quali in linea generale la contrattazione collettiva prevede un trattamento di maggior favore, l'art. 42 bis del T.U. (articolo inserito dall'art. 3, comma 105, L. n. 350/2003) aggiunge alla disciplina ordinaria una norma a favore degli stessi con figli minori ai tre anni⁷³: i lavoratori possono essere assegnati, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione⁷⁴.

In materia è tuttavia sorto il problema dell'applicabilità della norma ai dipendenti pubblici per i quali vigono norme speciali a causa del loro *status*, e cioè personale dirigenziale, militare, della Polizia di Stato, dei Carabinieri, della Guardia di Finanza e della magistratura.

(73) Esiste una pronuncia (Trib. Lecce, sez. lav., 30 giugno 2005, Redazione Giuffrè) - allo stato isolata - secondo la quale "Il termine del compimento dei tre anni del figlio, per il quale è chiesta l'assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche, vale solo come termine ultimo entro il quale effettuare l'istanza, e non indica invece il limite entro il quale deve necessariamente concludersi l'assegnazione provvisoria, essendo definita la durata massima dell'agevolazione senza alcun riferimento all'età dei minori".

(74) Così T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 12 maggio 2008, n. 249: "La norma prevede, pertanto, il previo assenso di entrambe le amministrazioni". "...Esso, pertanto, non può che essere considerato funzionale a consentire all'amministrazione di esprimere le esigenze datoriali che non possono che essere quelle di servizio ovvero di corretta e funzionale organizzazione degli uffici di appartenenza del prestatore di lavoro. Altre esigenze il datore non può esprimere attraverso l'atto di assenso poiché valutazioni premiali o punitive nei confronti del dipendente sono estranee all'istituto in esame, stante la sua funzione di tutelare i vincoli parentali. Dunque, l'assenso previsto dalla norma non può che inserirsi nell'ottica della comparazione delle esigenze datoriali di funzionale organizzazione degli uffici con quelle del lavoratore tutelate dall'istituto de quo. Anche a voler ammettere l'applicabilità della norma all'interno di un'unica amministrazione, il requisito del previo assenso non potrebbe essere escluso interpretativamente, perché non vi sarebbe alcuna valida giustificazione per non consentire la ponderazione delle esigenze datoriali". In *Foro amm. TAR*, 2008, 5, 1454.

Per il personale appartenente alla magistratura ordinaria la giurisprudenza ormai ammette pacificamente l'applicabilità dell'istituto "*preordinato alla tutela del valore costituzionalmente garantito dell'unità familiare, non contrastando tale norma né con specifiche disposizioni espressamente dettate per i magistrati né con il peculiare status riconosciuto agli stessi dall'ordinamento*"⁷⁵.

Lo stesso vale per il personale dirigenziale: "*La disciplina dell'art. 42 bis d.lg. n. 151 del 2001 riferita all'assegnazione temporanea a richiesta dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per ricongiungimento al nucleo familiare, in presenza degli specifici requisiti, configura un diritto soggettivo in capo allo stesso lavoratore richiedente e non una mera facoltà in capo all'amministrazione di concedere discrezionalmente il trasferimento di sede, alla luce del principio di completezza dell'ordinamento giuridico che non ammette vuoti normativi né norme inutili o ridondanti. Pertanto la tutela prevista per i lavoratori dipendenti va estesa a tutto il personale compreso quello dirigenziale, non essendo contenute espresse esclusioni e, in caso di trasferimento, il datore di lavoro, in presenza di soluzioni organizzative per lui equivalenti, adotti ove possibile quella meno gravosa per il lavoratore: la carenza di una congrua motivazione nel diniego al trasferimento temporaneo, consente quindi al giudice di disapplicare gli atti amministrativi posti in essere dall'amministrazione di destinazione, oltre che di ordinare l'invocata temporanea assegnazione, lasciando al potere discrezionale dell'ente di individuare l'incarico dirigenziale compatibile con le esigenze di organizzazione e funzionalità dell'ente*"⁷⁶.

Il contrario vale per gli appartenenti all'arma dei Carabinieri⁷⁷ e al Corpo della Guardia di Finanza⁷⁸, per i quali la giurisprudenza ritiene che destinatario del beneficio in oggetto sia in realtà il solo personale civile dipendente delle pubbliche amministrazioni disciplinate dal D. Lgs. n. 165 del 2001.

In generale, l'art. 1 comma 2 del citato decreto qualifica come amministrazioni pubbliche "*tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie....*".

Senonché non può non essere osservato che proprio in tema di disciplina del rapporto di lavoro, nel successivo art. 3 dello stesso decreto viene chiarito che "*rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle*

(75) Così T.A.R. Lazio, sez. I, 4 gennaio 2006, n. 57, *Foro amm. TAR*, 2006, 1, 112; T.A.R. Lazio, sez. I, 14 febbraio 2008, n. 1349, *Foro amm. TAR*, 2008, 7-8, 2067.

(76) Trib. Reggio Emilia, 9 novembre 2005, *Redazione Giuffrè*.

(77) C.d.S., sez. IV, 28 dicembre 2005, n. 7472, *Foro Amm. CDS*, 2005, 12, 3625.

(78) Così C.d.S., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3876, *Foro amm. TAR*, 2007, 7-8, 2139.

leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287 ...". Ne deriva che l'ampia individuazione delle pubbliche amministrazioni, contenuta nel secondo comma dell'articolo 1 del D. Lgs. n. 165 del 2001, va integrata - ai fini dell'applicazione dell'art. 42-bis del decreto n. 151 del 2001 - col peculiare disposto del successivo art. 3, per il quale " il personale militare e le Forze di polizia di Stato", rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti.

Per il personale militare e della Polizia di Stato la giurisprudenza per ora maggioritaria sembra ritenere che la disposizione dell'art. 42 bis, D. Lgs. n. 151/2001 rientri tra le norme dettate a tutela dei valori costituzionalmente garantiti, inerenti la famiglia ed in particolare la cura dei figli minori fino a tre anni d'età, con entrambi i genitori impegnati in attività lavorativa. Una discriminazione, sotto tale profilo, del personale militare e degli appartenenti alle forze di Polizia (peraltro, pacificamente destinatari di altre norme a tutela della famiglia, come quella - inerente ai congiunti disabili - di cui all'art. 33 comma 5, L. n. 104 del 1992) presenterebbe, con ogni evidenza, problemi di costituzionalità⁷⁹.

Il rinvio operato dalla disposizione in esame alla norma di cui al comma II dell'art. 1 del D. Lgs. n. 165 del 2001 (quanto al novero delle Amministrazioni pubbliche nei confronti dei cui dipendenti trovano applicazioni le disposizioni di favore che consentono al genitore di chiedere la temporanea assegnazione a sede di servizio compatibile con l'attività lavorativa dell'altro genitore; e, più in generale, con le esigenze *lato sensu* assistenziali nei confronti del figlio minore) conduce ad escludere la fondatezza della tesi dell'applicabilità del citato art. 42-bis alle sole ipotesi di trasferimento da un'Amministrazione all'altra, con esclusione - in ogni caso - delle ipotesi concernenti gli appartenenti alle Forze di Polizia. Piuttosto, la norma in discorso dimostra una evidente *ratio* preordinata al soddisfacimento di esigenze di vicinanza di entrambi i coniugi lavoratori alla residenza del figlio minore in tenera età (non superiore agli anni tre). Ogni diversa interpretazione - e, con essa, ogni arbitraria restrizione del campo di operatività della disposizione, tributaria di un'operazione ermeneutica *praeter legem* - viene insanabilmente a configgere con i principi stabiliti dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione: i quali, nel postulare il diritto-dovere dei genitori di assolvere gli obblighi loro incombenti nei confronti della prole, con ogni evidenza promuovono e valorizzano gli interventi legislativi volti - come appunto del caso dell'art. 42-bis del D. Lgs. n. 151 del 2001 - a rendere effettivo l'esercizio di tale attività⁸⁰.

Tuttavia va segnalato che esiste anche giurisprudenza in senso contrario che ha ritenuto l'inapplicabilità dell'istituto di cui all'art. 42 bis al personale della Polizia di Stato: dal tenore letterale della citata disposizione si evincerebbe infatti che l'istituto dell'assegnazione temporanea si riferisce esclusivamente alla mobilità esterna tra pubbliche amministrazioni, poiché, per espressa previsione normativa, il perfezionamento dell'intera procedura presuppone "*l'assenso delle amministrazioni di provenienza e di destinazione*"⁸¹.

(79) T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 29 agosto 2008, n. 1006, *Foro amm. TAR*, 2008, 7-8, 2107; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 24 agosto 2007, n. 8126, *Foro amm. TAR*, 2007, 7-8, 2454.

(80) Così T.A.R. Lazio, sez. I, 1 dicembre 2005, n. 12729, *Foro amm. TAR*, 2005, 12, 3913.

(81) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 17 novembre 2005, n. 2066, *Foro amm. TAR*, 2005, 11, 3790.

Normativa:

- Cost. artt. 3, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37 e 38;
- L. 5 febbraio 1992, n. 104, Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate;
- Direttiva CE n. 96/34/CE, Direttiva del Consiglio concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES;
- L. 8 marzo 2000, n. 53, Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città;
- D.P.C. 21 luglio 2000, n. 278, Regolamentazione recante disposizioni di attuazione dell'art. 4 legge n. 53/2000 concernente congedi per eventi e cause particolari;
- D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53;
- D. Lgs. 11 aprile 2006, n.198, Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246;

Circolari Inps:

- Circolare n. 109/2000, "Congedi parentali. Legge 8 marzo 200, n. 53";
- Circolare n. 8/2003, "Prestazioni economiche di maternità di cui al D. Lgs. n. 151 del 26/03/2001 (T. U. sulla maternità). Chiarimenti";
- Circolare n. 50/2005, "Provvedimenti di interdizione dal lavoro concessi dai Servizi ispettivi delle Direzioni provinciali del lavoro";
- Circolare n. 76/2006 "Tutela della maternità ai dirigenti dipendenti di datori di lavoro privati";
- Circolare n. 95 bis/2006, "Prestazioni economiche di malattia e maternità. Questioni varie";
- Circolare n. 14/2007, "Art. 42, comma 5, D. Lgs. n. 151/2001 - indennità economica ed accredito figurativo per i periodi di congedo riconosciuti in favore dei familiari di portatori di handicap. Chiarimenti";
- Circolare n. 90/2007, "Permessi ex art. 33 legge 5 febbraio 1992, n. 104. Questioni varie";
- Messaggio 25 maggio 2007, n. 13279 "Chiarimenti in merito all'istituto della flessibilità del congedo di maternità ex art. 20 del D. Lgs. 151/2001";
- Messaggio 12 luglio 2007, n. 18311, "Rettifica del criterio di computo del periodo di congedo di maternità ante partum";
- Circolare n. 137/2007, "Estensione alle lavoratrici a progetto e categorie assimilate, associate in partecipazione e libere professioniste, iscritte alla Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, L. 335/1995, delle disposizioni di cui agli artt. 16, 17 e 22 del D. Lgs. 151/2001 (T.U. della maternità/paternità). Introduzione di un'indennità per congedo parentale a favore dei collaboratori a progetto e categorie assimilate iscritti alla medesima Gestione Separata";
- Circolare n. 16/2008, "Art. 2, commi 452-456, Legge 24 dicembre 2007 n. 244

(Finanziaria 2008). Congedo di maternità/paternità e congedo parentale in caso di adozioni e affidamenti: sostituzione degli artt. 26, 31, 36 ed abrogazione degli artt. 27 e 37 del D. Lgs. n. 151/2001 (T.U. della maternità/paternità);

- Circolare n. 41/2009, “ Estensione del diritto al congedo di cui all’art. 42, comma 5 , D. Lgs. 151/2001 al figlio convivente con la persona in situazione di disabilità grave”;

Bibliografia:

- Cagarelli M., *I congedi parentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

- Cinelli M., *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2007.

- Ichino P., *Il contratto di lavoro*, in P. Schlesinger (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Giuffrè, Milano, 2003.

- Salvaia M., *La maternità e la funzione parentale*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Utet, Torino, 2007, 1723-1782.

- Vallauri M.L., *I congedi parentali*, in S. Sciarra - B. Caruso (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, 261-271.

GIUSEPPE VIGNERA

Magistrato

SULLA REVOCABILITÀ DELLA CLAUSOLA DI PROVVISORIA
ESECUATIVITÀ EX ART. 642 C.P.C.

Sommario: 1. - L'irrevocabilità della clausola di provvisoria esecutività ex art. 642 c.p.c. quale vulnus del principio della parità delle armi. 2. - L'irrevocabilità de qua nella giurisprudenza costituzionale. Esame critico di Corte Cost. 17 giugno 1996, n. 200. 3. - (segue) L'irrevocabilità de qua nella giurisprudenza costituzionale successiva alla modifica dell'art. 111 Cost.. 4. - Affermazione della revocabilità della clausola ex art. 642 c.p.c. in virtù di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 649 c.p.c..

1. - L'irrevocabilità della clausola di provvisoria esecutività ex art. 642 c.p.c. quale vulnus del principio della parità delle armi.

Come tutti sanno, l'art. 649 c.p.c. prevede che, una volta instauratosi il procedimento d'opposizione e ricorrendo "gravi motivi", il debitore-opponente può chiedere al giudice istruttore di "sospendere l'esecuzione provvisoria del decreto concessa a norma dell'art. 642".

Tutti sanno altresì che all'ordinanza di sospensione si suole riconnettere, "esclusivamente, una efficacia *ex nunc*: il decreto d'ingiunzione viene quindi privato della sua efficacia di titolo esecutivo, ma rimangono fermi gli atti esecutivi già compiuti e la ipoteca giudiziale già iscritta, in attesa della decisione in merito all'opposizione"¹.

Nessuna disposizione, invece, consente espressamente all'opponente di ottenere dal giudice istruttore la *revoca* della provvisoria esecutorietà concessa al decreto ai sensi dell'art. 642 e conseguentemente (data l'efficacia *ex tunc* della revoca) l'immediata caducazione di tutti gli atti giuridici eventualmente già compiuti sulla sua base (trascrizione di pignoramento immobiliare, iscrizione di ipoteca giudiziale, ecc.)².

(1) Così GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 193-194.

Nello stesso senso *ex plurimis* ZIINO, *Questioni controversie in tema di sospensione e di revoca dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 1998, 55 ss.

(2) Cfr. in generale, anche per altre informazioni bibliografiche, ANDOLINA-VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990, 136 ss.; FRANCO, *Guida al procedimento di ingiunzione*, Milano, 1994, 470 ss.; GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 194-195; RICCARDI, *Revoca dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo: art. 649 c.p.c. e principio di eguaglianza*, in *Giur. merito*, 1995, I, 709 ss.; VACCARELLA-SASSANI, *"Revoca" e sospensione dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 273 ss.

Questa lacuna normativa presenta appieno la sua gravità allorché una pur sommaria delibazione consentirebbe *ictu oculi* di rilevare che il decreto ingiuntivo è stato pronunciato invalidamente (in mancanza, cioè, delle condizioni *ex art. 633 c.p.c.*) e/o che l'esecuzione provvisoria del medesimo è stata concessa illegittimamente (in difetto, cioè, dei presupposti *ex art. 642 c.p.c.*). In tutti questi casi, in verità, è lecito presumere che l'opponente avrebbe ben potuto prevenire l'emanazione del decreto e/o la concessione della sua provvisoria esecutorietà, se avesse avuto la possibilità di prospettare le proprie argomentazioni difensive al giudice competente per l'ingiunzione.

Ebbene!

La mancata attribuzione all'opponente del potere di ottenere la revoca della provvisoria esecuzione concessa dal giudice dell'ingiunzione al decreto opposto, a seguito di un sommario riesame da parte del giudice istruttore delle questioni riguardanti la sussistenza delle condizioni *ex artt. 633 e 642 c.p.c.*, poteva essere censurata anche prima dell'entrata in vigore del "nuovo" art. 111, 2° comma, Cost., assumendo quale norma-parametro l'art. 3, 1° comma, Cost..

Tale situazione, per vero, vulnera gravemente il canone della parità delle armi [che rappresenta l'ipostatizzazione nel processo del più generale principio dell'eguaglianza formale³], il quale implica la *garanzia per ciascuna parte di fruire di poteri funzionalmente e contenutisticamente corrispondenti a quelli riconosciuti all'altra parte*⁴.

Dato, infatti, che nella fase monitoria il (presunto) debitore non ha la possibilità di prevenire né l'emanazione del decreto né la concessione dell'esecuzione provvisoria [l'una e l'altra avvenendo *inaudita altera parte*⁵], l'unico modo per poter riequilibrare *integralmente* la sua posizione a quella del ricorrente consisterebbe proprio nel dargli "le stesse possibilità di difesa che gli sarebbero state assicurate se

(3) Rinviamo all'ampia dimostrazione data da noi al riguardo in ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 110 ss.

(4) In ANDOLINA-VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, cit., 101 ss., 147 ss., abbiamo cercato di dimostrare che la garanzia del contraddittorio rappresenta un'estrinsecazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e non già del diritto alla difesa *ex art. 24, 2° comma, Cost.* (come, invece, solitamente si ritiene).

Hanno criticato questa impostazione COMOGLIO, *Recensione a Andolina-Vignera*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1321 ss.; e TAVORMINA, *Dedotto, deducibile e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 311, 314. Per la confutazione di tali critiche v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 126-127, nota 29, 175 ss.

Anche a voler sottacere taluni avalli ricevuti in sede giurisprudenziale (Corte cost. 23 giugno 1994, n. 253, in *Foro it.*, 1994, I, 2001), la tesi individuante nel *solo* canone dell'eguaglianza (in quanto principio fondamentale) la base della garanzia del contraddittorio è confermata dall'analisi di quegli ordinamenti che, pur ignorando norme corrispondenti all'art. 24, 2° comma, Cost., postulano nondimeno l'esistenza della garanzia *de qua* quale estrinsecazione del valore dell'eguaglianza dinanzi alla legge (v. i riferimenti comparatistici fatti proprio da COMOGLIO, "Contraddittorio", in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, IV, 1989, 1, 9 ss.).

(5) Sul tema rinviamo a VIGNERA, *In difesa dell'unilateralità del procedimento monitorio*, in corso di pubblicazione su *Riv. es. forz.*, 2008, fascicolo 2.

il creditore avesse agito in via ordinaria⁶; e quindi nell'attribuirgli, in particolare, il potere di ottenere la revoca di quanto disposto senza la sua partecipazione.

2. – *L'irrevocabilità de qua nella giurisprudenza costituzionale. Esame critico di Corte cost. 17 giugno 1996, n. 200.*

Investita della relativa *quaestio legitimitatis*, la Corte Costituzionale nel 1996 l'ha dichiarata infondata perché a suo dire:

- A) “assicurando alle parti strumenti di segno opposto ma di identica natura interinale, sia quanto a presupposti di concessione sia quanto a stabilità nel corso del processo, quali quelli contenuti negli artt. 648 e 649 c.p.c., il Legislatore ha in definitiva realizzato la ‘parità delle armi’ che a torto è dal remittente considerata lesa”;
- B) il potere sospensivo *ex art. 649* rappresenta il contrappeso della possibilità di concedere l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo *ex art. 642* e, quindi, “si è in presenza di un coerente sistema di bilanciamento dei contrapposti interessi dedotti in giudizio”⁷;
- C) “ove si consentisse al giudice istruttore di compiere in via definitiva un'operazione logica inversa a quella di cui all'art. 642, rimuovendo *ex tunc* l'efficacia esecutiva”, resterebbe “vanificata la pregressa fase monitoria”;
- D) “la conservazione degli atti in ipotesi compiuti, quali il pignoramento o l'iscrizione dell'ipoteca, si palesa pienamente giustificata nella [...] ottica di attesa dell'esito del processo senza pregiudizio per la possibilità di realizzazione del credito”⁸.

L'ultima proposizione rivela la reale matrice ideologico-culturale di questa come di altre decisioni della Consulta, risolvendosi in vere e proprie operazioni di “salvataggio” di ingiustificati privilegi del ceto creditorio (il cui “nucleo forte” – come si sa – è rappresentato dagli istituti di credito e dalle società finanziarie!)⁹.

(6) BALBI, “Ingiunzione (procedimento di)”, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1997, 3.

Si evidenzia, tuttavia, che lo stesso BALBI, “Ingiunzione (procedimento di)”, cit., 20, contraddice sé stesso scrivendo: l'esclusione della revoca è pienamente giustificata nell'ambito di un coerente sistema di bilanciamento dei contrapposti interessi”.

Questo argomento, testualmente prospettato pure da Corte cost. 17 giugno 1996, n. 200, in *Foro it.*, 1997, I, 389, sarà specificamente confutato nel paragrafo successivo.

(7) Usa identiche parole BALBI, “Ingiunzione (procedimento di)”, cit., 20.

(8) Così Corte cost. 17 giugno 1996, n. 200, in *Foro it.*, 1997, I, 389, i cui argomenti sono stati ribaditi da Corte cost. 12 luglio 1996, n. 247, in *Giur. cost.*, 1996, 2231.

(9) Tra le pronunce aventi la stessa ispirazione si possono ricordare Corte cost. 19 gennaio 1988, n. 37, in *Foro it.*, 1988, I, 3668 (stigmatizzata da CONSOLO, *L'ipoteca giudiziale ex art. 655 c.p.c.: un istituto davvero manifestamente in regola con gli artt. 3 e 24 Cost.?*, in *Resp. civ. e prev.*, 1989, 561, 562-563); Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1099, in *Foro it.*, 1989, I, 344 (sulla quale v. i nostri rilievi critici in ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 153 ss., nota 105); e Corte cost. 19 marzo 1996, n. 81, in *Foro it.*, 1996, I, 1924 (per la cui confutazione rinviamo a VIGNERA, *La sospensione cautelare dell'esecutività del titolo strumentale all'opposizione a precetto*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 175 ss.).

A parte questa notazione “di colore”, la surricordata sentenza della Corte costituzionale suscita sconcerto soprattutto dal punto di vista tecnico-giuridico, essendo agevole dimostrare l’assoluta inconferenza di *tutti* gli argomenti da essa rassegnati.

Per quanto riguarda, per cominciare, il parallelismo testé divisato *sub A*)¹⁰ tra l’istituto *ex art. 648* e quello *ex art. 649 c.p.c.* in funzione dell’affermata realizzazione della “parità delle armi”, esso costituisce il portato di una surrettizia modificazione del piano dell’indagine proposto dal giudice *a quo*.

Per vero, secondo lo stesso tenore letterale dell’art. 649 (che si riferisce alla “esecuzione provvisoria concessa *a norma dell’art. 642*”) il potere sospensivo ivi contemplato rappresenta il “*pendant* negativo”¹¹ del potere di concessione della provvisoria esecuzione previsto dall’art. 642 e non già di quello *ex art. 648* (siccome, invece, ha erroneamente supposto la Corte): di guisa che la verifica circa la sussistenza in capo alle parti di *chances* “eguali e contrarie” avrebbe dovuto limitarsi solamente alla comparazione degli effetti derivanti dall’esercizio del potere giudiziale *ex art. 642 c.p.c.* con quelli connessi all’esercizio del “contrapposto” potere *ex art. 649*¹².

Nell’argomentazione *sub B*)¹³, poi, manca ogni congruenza logico-giuridica.

Un “coerente sistema di bilanciamento” può, infatti, essere realizzato *soltanto* offrendo all’opponente-ingiunto gli *stessi* strumenti difensivi non potuti utilizzare nella fase monitoria o, comunque, strumenti ad essi *equivalenti*: e quindi, in particolare, (pure) il potere di rimuovere immediatamente tutti gli effetti dannosi che l’opponente stesso avrebbe potuto prevenire, qualora gli fosse stata data la possibilità di controdedurre *ab initio* in quella medesima fase (per esempio, producendo una quietanza di pagamento della somma pretesa dal ricorrente avente data certa anteriore al ricorso per ingiunzione o dimostrando la non configurabilità di alcuna delle ipotesi tipicamente previste dall’art. 642 c.p.c.).

Le proposizioni *sub C*)¹⁴, a loro volta, sono meramente suggestive.

Affermare una “vanificazione della pregressa fase monitoria” a seguito di una rimozione dell’esecutività del decreto ingiuntivo disposta *in limine litis* dal giudice istruttore, infatti e in primo luogo, equivale a postulare che il decreto stesso “nasce” sempre con efficacia esecutiva: postulato, invece, del tutto contrario

(10) Ritrascriviamo per comodità del lettore il relativo “passaggio” di Corte cost. 17 giugno 1996, n. 200, cit.: “Assicurando alle parti strumenti di segno opposto ma di identica natura interinale, sia quanto a presupposti di concessione sia quanto a stabilità nel corso del processo, quali quelli contenuti negli artt. 648 e 649 c.p.c., il Legislatore ha in definitiva realizzato la ‘parità delle armi’ che a torto è dal remittente considerata lesa”.

(11) Così esattamente scrive FRANCO, *Guida al procedimento di ingiunzione*, cit., 469.

(12) Sulla correlazione tra i poteri *ex art. 642 c.p.c.* (da un lato) e art. 649 c.p.c. (dall’altro lato) v. esemplificativamente FRANCO, *Guida al procedimento di ingiunzione*, cit., 466 ss., spec. 476-477; GARBAGNATI, *Il procedimento d’ingiunzione*, cit., 192-193.

(13) Trattasi di quell’argomentazione che, contrapponendo il potere sospensivo *ex art. 649 c.p.c.* alla possibilità di concedere l’esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo *ex art. 642 c.p.c.*, postula conseguentemente la “presenza di un coerente sistema di bilanciamento dei contrapposti interessi dedotti in giudizio”.

(14) Le ritrascriviamo: “Ove si consentisse al giudice istruttore di compiere in via definitiva un’operazione logica inversa a quella di cui all’art. 642, rimuovendo *ex tunc* l’efficacia esecutiva”, resterebbe “vanificata la pregressa fase monitoria”.

al nostro diritto positivo, che consente al giudice dell'ingiunzione di concedere al decreto la provvisoria esecutorietà *soltanto* nei casi tipicamente indicati dall'art. 642 c.p.c.¹⁵.

Ma non basta!

De iure condito è del tutto inesatto prospettare (come hanno fatto, invece, i Giudici della Consulta) l'idea che un decreto ingiuntivo privo (o privato dal giudice istruttore) della provvisoria esecutorietà sarebbe *inutiliter datum*: a questo proposito basta richiamare la circostanza che il decreto ingiuntivo acquista la definitiva esecutorietà e, con essa, l'autorità di cosa giudicata sostanziale in caso di mancata costituzione

(15) Con la superiore proposizione, a ben considerare, i Giudici costituzionali hanno pure omesso di considerare che il decreto ingiuntivo (da un lato) e la provvisoria esecutorietà dello stesso *ex art.* 642 (e 648) c.p.c. (dall'altro lato) *strutturalmente* vanno tenuti ben distinti.

Infatti, "le varie ipotesi divise dai predetti articoli sono accomunate dal fatto che la provvisoria esecutorietà 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, 1° comma) o concede (artt. 642, 2° comma, e 648) l'esecuzione provvisoria del decreto. Il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo *ex artt.* 642 e 648 c.p.c., pertanto, rappresenta un atto a struttura complessa perché 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 esecutorietà" (VIGNERA, *Sulla provvisoria esecutorietà ex lege del decreto ingiuntivo, Informazione prev.*, 2004, 603, 605). "Oltre che accessorio, il provvedimento autorizzativo o concessivo della provvisoria esecutorietà va considerato pure eventuale, nel senso che non sempre si accompagna a quello principale, dovendo (nei casi *ex art.* 642, 1° comma) o potendo (nei casi *ex artt.* 642, 2° comma, e 648) essere pronunciato dal giudice *solo* in presenza di determinati presupposti e previa verifica della loro concreta sussistenza" (VIGNERA, *Sulla provvisoria esecutorietà ex lege del decreto ingiuntivo*, cit., 605 nota 7).

(16) L'assimilazione della definitiva esecutorietà del decreto ingiuntivo non opposto (art. 647 c.p.c.) all'autorità di cosa giudicata sostanziale può ormai considerarsi conforme al diritto vivente, essendo essa costantemente ripetuta dalla giurisprudenza di legittimità: v. tra le più recenti Cass. civ. 20 aprile 1996, n. 3757, in *Foro it.*, 1998, I, 1980; Cass. civ. 11 giugno 1998, n. 5801; Cass. civ. 24 marzo 2006, n. 6628; Cass. civ. 19 luglio 2006, n. 16540, in *Mass. giur. lav.*, 2077, 46.

Per la dottrina che riconosce al decreto ingiuntivo non opposto l'autorità di cosa giudicata c.d. sostanziale v. specialmente GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 5 ss., il quale fa leva sul richiamo dell'art. 395, n. 5, c.p.c. (la cui funzione è quella di impedire un conflitto tra due giudicati) operato dall'art. 656 c.p.c. [conseguentemente (p. 23 ss.) l'autore contesta la riconducibilità del decreto d'ingiunzione alla categoria chiovendiana degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva (così, invece, da ultimo MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1997, I, 70; III, 181 ss., con le precisazioni fatte a 184, nota 5)].

In senso contrario v., invece, REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, III, 26-27, che parla di preclusione-presunzione *pro iudicato* avente natura puramente processuale ed inidonea a produrre "effetti o conseguenze che vadano oltre i limiti della pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione". Nello stesso senso sostanzialmente ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 113 ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, III, 135-136; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 218 ss., spec. 220, nota 30.

Per un esame panoramico delle varie opinioni espresso sul tema *de quo*, infine, v. CARIGLIA, *Note sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto*, *Foro it.*, 1998, I, 1980 ss..

dell'opponente (comb. disp. artt. 647 e 655 c.p.c.)¹⁶ o di estinzione del giudizio di opposizione (art. 653, 1° comma, c.p.c.)¹⁷.

Con l'affermazione *sub D*)¹⁸, infine, la Corte costituzionale contraddice sé stessa.

In altre occasioni, infatti, la Consulta non ha mancato di puntualizzare che “la sola previsione di un rimedio difensivo” in sede di opposizione “non è sufficiente a far ritenere adempiuto il precetto costituzionale, se esso non produce alcun effetto utile per la conservazione o l'affermazione del diritto di cui si è titolari”¹⁹.

Orbene!

Per comprendere pienamente perché la mera sospensione dell'esecutività provvisoria dell'opposto decreto (con la conseguente “conservazione degli atti in ipotesi compiuti, quali il pignoramento o l'iscrizione dell'ipoteca”) risulta assolutamente insufficiente a produrre “un effetto utile per la conservazione o l'affermazione del diritto” fatto valere dall'opponente, basta considerare che la “pendenza” di un pignoramento o l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale possono provocare a chi le subisce conseguenze giuridiche e fattuali *irreparabilmente* pregiudizievoli.

Chiunque è abituato a frequentare le aule giudiziarie, per vero, ben sa che proprio una di codeste circostanze (e/o l'autorizzazione di sequestri conservativi contro il debitore e/o la pubblicazione del suo nome nel bollettino dei protesti) viene solitamente prospettata

(17) Anche ai decreti divenuti esecutivi a seguito dell'estinzione del giudizio di opposizione (al pari di quelle dichiarati esecutivi a norma dell'art. 647 c.p.c.) si suole riconoscere la *stessa* autorità di giudicato sostanziale di una sentenza di condanna (v. specificamente ed esemplificativamente in dottrina GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 207-208; PAJARDI, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991, 117; ed in giurisprudenza Cass. civ. 20 ottobre 1969, n. 3415, in *Giust. civ.*, 1970, I, 217; Cass. civ. 27 gennaio 1977, n. 411, in *Foro it.*, 1977, I, 2520; Cass. civ. 29 marzo 1989, n. 1492, in *Fallimento*, 1989, 889; Cass. civ. 23 gennaio 1999, n. 630): cosa che qualifica e differenzia la definitività *de qua* rispetto all'ultrattività riconosciuta talvolta dalla legge ad altri provvedimenti sommari di natura cautelare (v. ad esempio l'art. 669 *octies*, 6°, 7° e 8° co., c.p.c. e gli artt. 23, 4° e 6° comma, e 24, 3° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) o non cautelare (v. ad esempio gli artt. 19, 5° comma, e 32, 3° comma, d.lgs. n. 5 del 2003), la cui autorità non può essere invocata in un diverso processo.

Va sottolineato, infine, che la stessa autorità (di cosa giudicata) viene riconosciuta dalla prevalente dottrina all'ordinanza ingiuntiva divenuta esecutiva per sopravvenuta estinzione del processo (art. 186 *ter*, 4° comma, c.p.c.) o per mancata costituzione successiva del destinatario contumace (art. 186 *ter*, 5° comma, c.p.c.) (per le varie opinioni v. CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, 235 ss.).

La tesi, osteggiata in passato da Cass. civ. 17 luglio 1998, n. 6595, in *Giust. civ.* 1999, I, 1479, stata invece recentemente avallata con dovizia di argomenti da Cass. civ. 6 giugno 2006, n. 13252, in *Foro it.*, 2006, I, 3082.

(18) “La conservazione degli atti in ipotesi compiuti, quali il pignoramento o l'iscrizione dell'ipoteca, si palesa giustificata nell'ottica di attesa dell'esito del processo”.

(19) Così specificamente Corte cost. 9 marzo 1992, n. 89, in *Foro it.*, 1992, I, 1020.

Pertinenti al riguardo ci sembrano pure quelle decisioni (Corte cost. 18 luglio 1997, n. 239, in *Foro it.*, 1997, I, 3496; Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 372, in *Foro it.*, I, 345), che hanno affermato la violazione del principio *ex art.* 24, 1° comma, Cost., allorché (anche in considerazione di taluni effetti di irreversibilità tipici del processo esecutivo) gli strumenti di difesa giurisdizionale del debitore si esauriscono nella proponibilità di sole iniziative risarcitorie.

dal ricorrente-creditore per invocare ed assai spesso ottenere la concessione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo *ex art. 642, 2° comma, c.p.c.*²⁰; e che il conseguente pignoramento e/o la conseguente iscrizione ipotecaria non solo pregiudicano le possibilità dell'ingiunto-imprenditore di avere "fido" commerciale, ma addirittura finiscono per provocare "effetti a cascata": quel pignoramento e/o quell'iscrizione, difatti, vengono a loro volta allegati da altri creditori (costituiti quasi sempre da istituti di credito) per invocare nei confronti del medesimo soggetto la decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186 c.c.*, l'immediato (e quindi impossibile) "saldo" del credito, la pronuncia di ulteriori decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi e, per finire, ... la dichiarazione di fallimento!

Nel caso di immobile, poi, la trascrizione del pignoramento e/o l'iscrizione ipotecaria impediscono praticamente al proprietario *sia* di vendere il bene²¹, *sia* di ottenere il risarcimento del conseguente danno (la cui esistenza deve essere pur sempre provata da chi lo allega) ai sensi dell'art. 96, 2° comma 2, c.p.c.²².

3. – (segue) *L'irrevocabilità* de qua *nella giurisprudenza costituzionale successiva alla modifica dell'art. 111 Cost.*

Entrato in vigore il "nuovo" art. 111 Cost., era più che ragionevole sperare in un mutamento di rotta della Consulta a seguito della (ri)affermazione dei principi del *giusto processo* e della parità delle parti posta in essere dalla riforma costituzionale del 1999²³.

Le speranze, tuttavia, sono state subito frustrate da Corte cost. 4 dicembre 2000, n. 546²⁴, la cui motivazione suscita forte sconcerto per i suoi toni e per i suoi (non) contenuti.

(20) Cfr. DI ROSA, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 2002, 170 ss.; EBNER-FILADORO, *Manuale del procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1985, 87; FRANCO, *Guida al procedimento di ingiunzione*, cit., 147.

(21) Chi sarebbe, invero, disposto ad acquistarlo, malgrado le "assicurazioni" del proprietario stesso circa il probabile esito "favorevole" della sua opposizione al "sottostante" decreto ingiuntivo?

(22) Quale proprietario, infatti, andrebbe alla ricerca di potenziali acquirenti di un bene, che assai probabilmente non riuscirebbe ad alienare (per la ragione anzidetta), così esponendosi addirittura a responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*?

(23) Sul "nuovo" art. 111, 1° e 2° comma, Cost. quale norma "vecchia" nel contenuto e "nuova" nella funzione v. VIGNERA, *Il "giusto processo nell'art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, in *Informazione prev.*, 2003, 979 ss., dove abbiamo affermato che:

- a) l'art. 111 Cost., là dove parla di *giusto processo*, ha voluto assegnare a tale formula il significato pratico di "processo coerente con quei valori di civiltà giuridica, che in un determinato contesto storico sono espressi o condivisi dalla collettività" (o, se si preferisce, dal Popolo, in nome del quale la giustizia è amministrata: art. 101, 1° comma, Cost.);
- b) con essa (formula) il Legislatore ha voluto introdurre una vera e propria *clausola generale* destinata a funzionare – per così dire – come *norma di apertura* del sistema delle garanzie costituzionali della giurisdizione: come norma, cioè, in forza della quale è destinato a trovare ingresso all'interno di quel sistema qualsiasi principio o potere processuale ritenuto (*secondo l'esperienza e la coscienza collettiva*) necessario per un'effettiva e completa tutela delle ragioni delle parti.

(24) In *Riv. es. forz.*, 2001, 241.

Invero, dopo aver richiamato le “solite” argomentazioni di cui alla sentenza n. 200 del 1996 ed all’ordinanza n. 247 del 1996, i Custodi della Carta costituzionale non solo hanno ostentato un (gratuito e, quindi, censurabile) disappunto nei confronti del Giudice rimettente (rimproverato di far “mostra di ignorare la giurisprudenza di questa Corte”), ma hanno pure dichiarato manifestamente (sic!) infondata la questione perché il rimettente medesimo “non offre profili nuovi o diversi da quelli già esaminati”: così *facendo mostra loro stessi di ignorare* totalmente la sopravvenuta modifica dell’art. 111 Cost.!

Richiamando *apertis verbis* quei principi, peraltro, la questione *de qua* veniva nuovamente riproposta alla Corte costituzionale²⁵: la quale – puntualmente – la dichiarava manifestamente inammissibile per irrilevanza nel giudizio *a quo*, atteso che il giudice rimettente aveva già adottato (nelle more della decisione della Consulta) un provvedimento di sospensione della provvisoria esecutività dell’opposto decreto, con il quale – a dire della Corte – “aveva consumato il proprio potere di provvedere in via interinale sull’esecutività del titolo”, trattandosi di provvedimento “dichiarato *ex lege* non impugnabile (art. 177 c.p.c.) e quindi non modificabile né revocabile”²⁶.

Il carattere suggestivo e (ancora una volta!) surrettizio di codeste argomentazioni emerge con eclatante evidenza.

Gli è, per vero, che l’affermazione circa la “consumazione del potere del giudice rimettente di provvedere in via interinale sull’esecutività del titolo” postulava che il giudice istruttore avesse *ex art. 649 c.p.c. soltanto* il potere di sospendere (*stricto sensu*) la provvisoria esecutorietà.

Quell’affermazione, invece, non avrebbe avuto più alcun senso se la Corte (proprio in accoglimento della questione sottoposta!) avesse riconosciuto allo stesso giudice istruttore (*in aggiunta* al predetto potere meramente sospensivo) *pure* il potere di revocare l’esecutività concessa *ex art. 642 c.p.c.* al decreto opposto: in tal caso, infatti, “il potere del giudice remittente di provvedere in via interinale sull’esecutività del titolo” si sarebbe “arricchito” di una nuova facoltà (rispetto a quella sospensiva *stricto sensu* già esercitata) e, conseguentemente, non avrebbe potuto essere considerato “già consumato”.

È evidente, pertanto, come nella fattispecie la Consulta abbia finito per dichiarare inammissibile la questione, presupponendone già l’infondatezza!

A questo punto c’è da pensare che solo un ... “ricambio generazionale” nella composizione soggettiva della Corte potrà consentire al “nuovo” art. 111, 1° e 2° comma, Cost. di aprire finalmente una breccia nella giurisprudenza costituzionale *in subiecta materia*²⁷: ed ingenera tale (ma forse ingenua) speranza il fatto che tutte le pronunce della Consulta testé

(25) Trib. Latina 14 febbraio 2000, in *Riv. es. forz.*, 2000, 35.

(26) Corte cost. 15 maggio 2001, n. 134, in *Corriere giur.*, 2001, 814.

(27) Abbiamo trovato pubblicata l’ordinanza Trib. Verona 7 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2003, I, 48, che avrebbe di nuovo rimesso la questione *de qua* alla Consulta in riferimento all’art. 111, 1° e 2° comma, Cost.. Malgrado ripetute ricerche tramite il CED della Corte di cassazione, tuttavia, di tale ordinanza non abbiamo trovato traccia alcuna né nell’ambito delle questioni di costituzionalità ancora pendenti né tra quelle già decise dalla Consulta.

esaminate (Corte cost. 200/1996, Corte cost. 247/1996, 546/2000 e Corte cost. 134/2001) hanno avuto lo stesso Redattore (oggi cessato dalle funzioni per raggiunti limiti di età).

4. – Affermazione della revocabilità della clausola ex art. 642 c.p.c. in virtù di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 649 c.p.c.

Nell'inerzia del Legislatore il risultato sopra auspicato (ed il conseguente adeguamento del sistema normativo al valore costituzionale della parità delle armi) potrebbe essere conseguito attraverso un'interpretazione estensivo-adequatrice dell'art. 649 c.p.c.²⁸: intendendo, cioè, la sospensione ivi prevista in senso atecnico, comprensivo anche della revoca *stricto sensu*²⁹.

(28) Com'è ben noto, adeguatrice vien detta quell'interpretazione di una norma legislativa, che assegna ad essa un significato coerente con una disposizione (o principio) costituzionale e che mira così a prevenirne una censura di illegittimità costituzionale.

La letteratura sull'argomento è sterminata: v. esemplificativamente AMOROSO, *L'interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica del sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, V, 89 ss.; ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, 1076 ss..

Per la giurisprudenza costituzionale e per l'indicazione di pronunce portanti affermazioni riconducibili alla dottrina dell'interpretazione adeguatrice v. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in MALFATTI-ROMBOLI-ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Torino, 2001, 45, nota 65.

(29) V. Trib. Alessandria 13 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 54 (da noi estesa): "Quanto detto pare sufficiente per poter prescindere nella soluzione del problema *de quo* dalle predette decisioni della Corte costituzionale (le quali, non essendo sentenze 'di accoglimento', non sono giuridicamente vincolanti) e per potere, invece, riproporre l'esegesi estensivo-adequatrice dell'art. 649 c.p.c. testé divisata, senza alcuna necessità di adire la Consulta (i cui interventi 'additivi' vanno richiesti solo quando l'ordinamento non appresti altri strumenti (compresi quelli forniti dall'interpretazione dei testi normativi disponibili) idonei a rimuovere i vizi di costituzionalità "latenti" nel sistema legislativo)".

Ammettono la revoca pure Trib. Vercelli 17 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 1225; Trib. Alessandria 23 dicembre 1994, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1099 (da noi estesa); Trib. Ancona 18 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 1589. Sulla giurisprudenza più risalente e su quella di orientamento contrario v. CATALDI, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo (nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito)*, Milano, 1999, 218 ss. (testo e note).

L'ammissibilità della revoca *de qua* pare postulata anche da Cass. civ. 26 febbraio 1983, n. 1497, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1439; Cass. civ. 9 marzo 1995, n. 2755; Cass. civ. 14 luglio 1995, n. 548.

Di avviso contrario pare, invece, Cass. civ. 3 maggio 1991, n. 4866, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 744.

Per la dottrina favorevole alla revocabilità v. ANDOLINA-VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, cit., 136 ss.; MONNINI, *Art. 649 c.p.c.: interpretazioni vecchie e nuove circa l'ammissibilità della revoca della clausola di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo*, in *Foro it.*, 1994, I, 1225 ss.; MUTARELLI, *All'esame della Consulta il problema della revocabilità della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo*, in *Corriere giur.*, 1996, 569 ss.; RICCARDI, *Revoca dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo: art. 649 c.p.c. e principio di eguaglianza*, cit., 709 ss.; VACCARELLA-SASSANI, *"Revoca" e sospensione dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto*, cit., 273 ss..

Per contrastare una simile interpretazione non basta affermare che “la lettera della norma sembra difficilmente superabile”³⁰.

Tale affermazione, per vero, presuppone che nell’art. 649 c.p.c. la locuzione “sospensione dell’esecuzione” viene utilizzata in modo tecnicamente esatto: *il che non è*.

Infatti, “se non si può dubitare della possibilità che il giudice istruttore del giudizio di opposizione intervenga sull’operatività della clausola anche prima dell’inizio dell’esecuzione, è giocoforza concludere che, in tal caso, egli finisce per impiegare il precetto dell’art. 649 per sospendere un’esecuzione che [...] non c’è. A rigor di termini, infatti, la ‘sospensione dell’esecuzione ha senso solo se c’è un’esecuzione in corso (che può appunto arrestarsi e quiescere al punto in cui accidentalmente si trova). Il fatto che l’espressione venga utilizzata anche se questo presupposto di fatto non si verifica, può voler dire una sola cosa: che il termine ‘sospensione’ non è usato dall’art. 649 in senso stretto, ma identifica un ambito più vasto, ricomprensivo della rimozione – provvisoria, ovviamente – della *vis esecutiva* del titolo”³¹.

A nostro avviso, pertanto, ai sensi dell’art. 649 c.p.c. va disposta:

A) la sospensione con efficacia *ex nunc* (o sospensione in senso stretto) dell’esecuzione provvisoria del decreto concessa a norma dell’art. 642 quando, pur essendo stata essa legittimamente concessa, sono configurabili “gravi motivi di opportunità” (sopravvenienza di un fatto estintivo del credito, fondatezza *prima facie* dell’opposizione e/o possibilità che l’esecuzione cagioni all’opponente un grave danno senza garanzia di risarcimento);
B) la sospensione con efficacia *ex tunc* (o revoca in senso stretto) dell’esecuzione provvisoria medesima quando ricorrono “gravi motivi di legittimità” (*id est*: allorché, a seguito di un sommario riesame e nel contraddittorio delle parti, emerge l’insussistenza delle condizioni *ex artt. 633 e/o 642 c.p.c.*)³².

Poiché, peraltro, il potere *ex art. 649 c.p.c.* deve essere coordinato con quello *ex art. 648 c.p.c.*, riteniamo che il giudice istruttore non possa disporre la revoca in discorso allorché sussistono comunque i presupposti per la concessione all’opposto decreto della provvisoria esecutività prevista da quest’ultima disposizione.

Invero, qualora gli “effetti pregiudizievoli” (pignoramento e/o iscrizione ipote-

(30) Così GARBAGNATI, *Il procedimento d’ingiunzione*, cit., 194-195, il quale fa pure leva su un argomento “gerarchico” (inammissibilità di “un riesame dell’operato del presidente da parte del giudice istruttore”) oggi superato in virtù del nuovo testo dell’art. 637 c.p.c. (come modificato dall’art. 100 d.lgs. 21 febbraio 1998, n. 51), che non riconosce più al presidente del tribunale la competenza esclusiva in ordine all’emanazione dei decreti ingiuntivi.

(31) Così VACCARELLA-SASSANI, “Revoca” e *sospensione dell’esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto*, cit., 277.

(32) Nello stesso senso v. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 504-505; VIGNERA, *Considerazioni sul processo d’ingiunzione (rilievi generali e profili funzionali)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 162, 194-195.

Cfr. pure Cass. civ. 11 aprile 1969, n. 1830, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1969, 493, che (rispetto all’art. 283 c.p.c. nel testo preesistente alla sostituzione *ex art. 34 l. 26 novembre 1990, n. 353*) ebbe ad affermare: “la revoca concerne i casi di esecuzione provvisoria disposta *contra legem*, mentre la sospensione è provvedimento cautelare, fondato su valutazioni discrezionali di opportunità.

caria) conseguenti alla clausola *ex art. 642 c.p.c.* si fossero già prodotti in danno dell'opponente, l'eventuale revoca della clausola stessa potrebbe servire soltanto a coonestare fraudolente attività di disposizione patrimoniale compiute nelle more dall'opponente medesimo, ma non concretizzerebbe alcun suo interesse giuridicamente rilevante, posto che *quegli stessi effetti* sarebbero comunque destinati a prodursi in virtù di un'esecutività provvisoria concessa al decreto ai sensi dell'art. 648.

Dall'irrelevanza del *periculum in mora* agli effetti *ex art. 648, 1° comma, c.p.c.*³³,

(33) Seguendo le orme di certa dottrina (PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 290, 303 ss.), alcuni giudici di merito hanno desunto dall'art. 642, 2° comma, c.p.c. la possibilità di concedere l'esecuzione provvisoria *ex art. 648, 1° comma, 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" (così Trib. Catania 31 agosto 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 584).

Una simile conclusione va disattesa perché rappresenta il portato di una lettura asistemica dell'art. 642 c.p.c. 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.; 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*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 557 ss.);
- b) poiché alla clausola di provvisoria esecutorietà conseguono effetti ben più "incisivi" di quelli propri di un provvedimento cautelare, consentendo al creditore (oltretutto il promovimento di atti esecutivi nei confronti del debitore: v. art. 474, 2° comma, n. 1, c.p.c.) *pure* l'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del debitore (con conseguente deroga a favore del creditore iscritto della *par condicio creditorum*: v. art. 655 c.p.c.), 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 inere 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 in una situazione di certezza del credito allo stato degli atti;
- e) (anche) per la concessione della provvisoria esecutorietà *ex art. 642, 2° comma, 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 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.

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*, Padova, 2008, 429 ss.

poi, deriva che il giudice istruttore, pur ritenendo l'insussistenza del *periculum* dedotto nella fase monitoria, non può comunque revocare la provvisoria esecutività dell'opposto decreto ogniqualvolta (da un lato) la relativa pretesa creditoria risulti "assistita" da una *prova piena* e (dall'altro lato) le eccezioni dell'opponente non siano fondate su prova scritta o di pronta soluzione^{34 35}.

Una volta affermata la revocabilità *ex art. 649 c.p.c.* della clausola di provvisoria esecutorietà pronunciata *ex art. 642 c.p.c.*, infine, va da sé che il giudice istruttore può ordinare pure la cancellazione dell'ipoteca eventualmente iscritta in virtù di quella clausola.

A tal conclusione si potrebbe obiettare che il conservatore non potrebbe procedere a codesta cancellazione a causa del disposto *ex art. 2884 c.c.*³⁶.

(34) Così scrivendo, ovviamente, aderiamo alla tesi che riconosce alla provvisoria esecutività *ex art. 648 c.p.c.* la natura (non cautelare, ma) di condanna con riserva: v. per tutti VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 421 ss..

(35) Né si dica che in tal modo risulterebbero pregiudicati gli eventuali creditori con ipoteca di grado successivo. Infatti:

- a) nella prassi la provvisoria esecutività *ex art. 642 c.p.c.* viene spesso richiesta e solitamente concessa proprio in considerazione dell'avvenuta iscrizione di ipoteca giudiziale a favore di altro soggetto: di guisa che i creditori con ipoteca di grado successivo hanno solo tratto ... vantaggio dall'iscrizione precedente!
- b) le iscrizioni eventualmente poste in essere dopo la pronuncia del primo decreto dichiarato provvisoriamente esecutivo *ex art. 642 c.p.c.* comproverebbero *ex post* ... l'esistenza del *periculum* invocato dal ricorrente!

(36) Così RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 504, nota 77: "La possibilità di ordinare, con efficacia immediatamente cogente, la cancellazione dell'ipoteca si scontra probabilmente oggi con la lettera dell'art. 2884 c.c., per il quale l'esecuzione dell'ordine di cancellazione presuppone che il provvedimento giudiziale che racchiude tale ordine sia una sentenza 'passata in giudicato' o una pronuncia comunque 'definitiva': è chiaro, infatti, che un provvedimento del giudice dell'opposizione che revochi la clausola di provvisoria esecutorietà concessa *ex art. 642 c.p.c.* non ha nulla di definitivo, potendo il decreto ingiuntivo ricevere piena conferma dalla sentenza sull'opposizione e quindi, essendo tale sentenza esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c., costituire titolo – *ex art. 655 c.p.c.* e 2818, 1° comma, c.c. – per una nuova iscrizione a cautela del medesimo oggetto e tra i medesimi soggetti".

La stessa linea di pensiero è stata seguita da Corte cost. 15 maggio 2001, n. 134, cit., la quale, dopo aver dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.c. nella parte in cui non prevede che il Giudice istruttore possa revocare *ex tunc* (oltre che sospendere *ex nunc*) la clausola di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto, concessa *inaudita altera parte* ai sensi dell'art. 642 c.p.c. (v. il paragrafo precedente), ha dichiarato del pari inammissibile l'altra questione proposta in via subordinata e riguardante il combinato disposto degli artt. 642, 655 e 649 c.p.c., nella parte in cui consente al creditore, sulla base della provvisoria esecuzione, di iscrivere, sui beni dell'ingiunto, ipoteca giudiziale, facendone permanere gli effetti pregiudizievoli a carico del debitore anche nel caso in cui questi abbia immediatamente fornito notevoli elementi di fondatezza della sua opposizione. A questo riguardo, infatti, la Corte ha scritto: "in relazione alla questione subordinatamente proposta, l'ordinanza di rimessione non denuncia l'art. 2884 c.c., secondo cui l'ipoteca giudiziale può essere cancellata solo a seguito di un giudicato o di altro provvedimento definitivo".

Obiettiamo in contrario che nella ricostruzione di Ronco le nozioni di "sentenza passata in giudicato" e di "provvedimento definitivo" *ex art. 2884 c.c.* sostanzialmente coincidono, presupponendosi che (pure) il secondo consiste in un "provvedimento di natura decisoria non più impugnabile" (vale a dire, in una sentenza in senso sostanziale assimilabile a quella soggetta al c.d. ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*: per tale nozione v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 207 ss.). Agli effetti *ex art. 2884 c.c.*, invece, le due nozioni non coincidono.

Sennonché, “nel sistema vigente la cancellazione dell’ipoteca può avvenire per fatto volontario o assenso del creditore e può essere anche ordinata dal giudice. In questo secondo caso il provvedimento giudiziale non deve essere solo esecutivo, ma anche definitivo. *Ciò vuol dire che, allorquando l’ordine di cancellazione è contenuto in un’ordinanza (o anche in un decreto) l’ordinanza (o il decreto) non debbono essere più impugnabili o reclamabili*”³⁷.

Orbene!

Il provvedimento *ex art. 649 c.p.c.* non ha – da un lato – contenuto decisorio [incidendo solo sulla clausola di provvisoria esecutorietà pronunciata *ex art. 642 c.p.c.* e non anche sull’ingiunzione di pagamento o di consegna emessa *ex art. 641*³⁸]; ed è – dall’altro lato – dato “con ordinanza non impugnabile” e, conseguentemente, non revocabile né modificabile *ex art. 177, 3° comma, n. 2, c.p.c.*.

(37) Così in motivazione Cass. civ. 2 novembre 2000, n. 14337, in *Giur. it.*, 2001, 1623.

(38) Per la distinzione dei due provvedimenti contenuti in quell’atto a struttura complessa rappresentato dal decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo v. VIGNERA, *Sulla provvisoria esecutività ex lege del decreto ingiuntivo*, cit., 604 ss..

AVV. GIUSEPPE CASSANO

Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'European School of Economics

**LA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE
IN TEMA DI DANNO NON PATRIMONIALE ED ESISTENZIALE
DAL 2006 ALLE SEZIONI UNITE 26972/2008**

Al dibattito su contenuto e limiti del danno esistenziale e, ancor prima, sulla possibile autonomia dello stesso rispetto al danno biologico, da un lato, e al danno morale, dall'altro, non si è sottratta la giurisprudenza di legittimità che, nel corso del 2006, ha fatto registrare due importanti decisioni le quali valgono a segnare precisi punti fermi dai cui non potranno prescindere né la dottrina, né tanto meno i giudici di merito, e che sicuramente andranno rilette e bilanciate alla luce delle Sezioni Unite 26972/2008.

Il riferimento è, in particolare, alla sentenza n. 6572 del 24 marzo 2006 adottata dalle Sezioni Unite (Pres. Carbone V. - Rel. Cons. La Terza M.) - che si innesta sul quel noto contrasto circa la necessità di provare, per il lavoratore, il danno non patrimoniale da demansionamento - e alla decisione n. 13546 del giugno 2006 che affronta la questione delle conseguenze sottese alla perdita del rapporto parentale.

In dottrina la prima di tali decisioni è stata definita, con espressione che coglie certamente nel segno, “una sorta di **decalogo del danno esistenziale**”, in quanto permette all'interprete non solo di avere una definizione univoca di danno esistenziale, ma anche precise indicazioni quanto alla prova di tale danno e alla distinzione con le altre voci di danno.

Ben potendosi prescindere dalla vicenda oggetto di giudizio e dalle statuizioni dei giudici di merito (avendosi peraltro anticipato come la questione in punto di diritto attinga fondamentalmente alla necessità, o meno, per il lavoratore di provare puntualmente il danno non patrimoniale da demansionamento), è utile premettere come secondo i Giudici del Supremo Collegio alla luce della forte valenza esistenziale del rapporto di lavoro, per cui allo scambio di prestazioni si aggiunge il diretto coinvolgimento del lavoratore come persona,

«per danno esistenziale si intende ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare areddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno».

Questa definizione, che assegna definitiva cittadinanza al danno esistenziale nel nostro ordinamento giuridico, permette di affermare come sia risarcibile la differenza

qualitativa di tipo negativo che la vita della vittima subisce dopo l'intervenuta lesione. Lesione che può riguardare aspetti patrimoniali (ad es. limitazione alla godibilità della propria abitazione) e aspetti non patrimoniali (ad es. perdita del frutto del concepimento, perdita del rapporto parentale, vacanza rovinata etc.).

Ad ogni buon fine, deve qui evidenziarsi come il danno esistenziale sia catalogabile tra quei **danni cc.dd. conseguenza nel senso che esso è materialmente e giuridicamente differente rispetto alla lesione stessa.**

Diventa quindi logico corollario l'affermazione secondo cui se danno esistenziale è lo sconvolgimento negativo della quotidianità della vittima allora quest'ultima dovrà allegare e provare in giudizio in cosa consista il peggioramento della vita stessa.

Affermano sul punto le Sezioni Unite:

«Peraltro il danno esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore (propria del danno morale), ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso.

Anche in relazione a questo tipo di danno il giudice è astretto alla allegazione che ne fa l'interessato sull'oggetto e sul modo di operare dell'asserito pregiudizio, non potendo sopperire alla mancanza di indicazione in tal senso nell'atto di parte, facendo ricorso a formule standardizzate, e sostanzialmente elusive della fattispecie concreta, ravvisando immancabilmente il danno all'immagine, alla libera esplicitazione ed alla dignità professionale come automatica conseguenza della dequalificazione. Il danno esistenziale infatti, essendo legato indissolubilmente alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazione secondo il sistema tabellare - al quale si fa ricorso per determinare il danno biologico, stante la uniformità dei criteri medico legali applicabili in relazione alla lesione dell'indennità psicofisica - necessita imprescindibilmente di precise indicazioni che solo il soggetto danneggiato può fornire, indicando le circostanze comprovanti l'alterazione delle sue abitudini di vita.

Non è dunque sufficiente la prova della dequalificazione, dell'isolamento, della forzata inoperosità, dell'assegnazione a mansioni diverse ed inferiori a quelle proprie, perchè questi elementi integrano l'inadempimento del datore, ma, dimostrata questa premessa, è poi necessario dare la prova che tutto ciò, concretamente, ha inciso in senso negativo nella sfera del lavoratore, alterandone l'equilibrio e le abitudini di vita. Non può infatti escludersi, come già rilevato, che la lesione degli interessi relazionali, connessi al rapporto di lavoro, resti sostanzialmente priva di effetti, non provochi cioè conseguenze pregiudizievoli nella sfera soggettiva del lavoratore, essendo garantito l'interesse prettamente patrimoniale alla prestazione retributiva; se è così sussiste l'inadempimento, ma non c'è pregiudizio e quindi non c'è nulla da risarcire, secondo i principi ribaditi dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 378 del 1994 per cui "È sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 cod. civ., costituita dalla diminuzione o

privazione di un valore personale (non patrimoniale) alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato”».

Per meglio comprendere come parte attrice debba soddisfare in giudizio l'onere della prova del danno esistenziale giova la lettura di un ulteriore passo della sentenza in esame.

Correttamente i Giudici del Supremo Collegio abbandonano la teoria del danno esistenziale quale danno *in re ipsa* e tratteggiano la differenza tra l'onere della prova in tema di danno biologico e quello in tema di danno esistenziale:

«passando ad esaminare la questione della prova da fornire, si osserva che il pregiudizio in concreto subito dal lavoratore potrà ottenere pieno ristoro, in tutti i suoi profili, anche senza considerarlo scontato aprioristicamente.

Mentre il danno biologico non può prescindere dall'accertamento medico legale, quello esistenziale può invece essere verificato mediante la prova testimoniale, documentale o presuntiva, che dimostri nel processo “i concreti” cambiamenti che l'illecito ha apportato, in senso peggiorativo, nella qualità di vita del danneggiato. Ed infatti - se è vero che la stessa categoria del “danno esistenziale” si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, del pregiudizio esistenziale: non meri dolori e sofferenze, ma scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso - all'onere probatorio può assolversi attraverso tutti i mezzi che l'ordinamento processuale pone a disposizione: dal deposito di documentazione alla prova testimoniale su tali circostanze di congiunti e colleghi di lavoro. Considerato che il pregiudizio attiene ad un bene immateriale, precipuo rilievo assume rispetto a questo tipo di danno la prova per presunzioni, mezzo peraltro non relegato dall'ordinamento in grado subordinato nella gerarchia delle prove, cui il giudice può far ricorso anche in via esclusiva (tra le tante Cass. n. 9834 del 6 luglio 2002) per la formazione del suo convincimento, purché, secondo le regole di cui all'art. 2727 cod. civ. venga offerta una serie concatenata di fatti noti, ossia di tutti gli elementi che puntualmente e nella fattispecie concreta (e non in astratto) descrivano: durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro della operata dequalificazione, frustrazione di (precisate e ragionevoli) aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti la avvenuta lesione dell'interesse relazionale, gli effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto; da tutte queste circostanze, il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico (tra le tante Cass. n. 13819 del 18 settembre 2003), complessivamente considerate attraverso un prudente apprezzamento, si può coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ex art. 115 cod. proc. civ. a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove.

D'altra parte, in mancanza di allegazioni sulla natura e le caratteristiche del danno esistenziale, non è possibile al giudice neppure la liquidazione in forma equitativa, perché questa, per non trasmodare nell'arbitrio, necessita di parametri a cui ancorarsi».

Con questo suo intervento, inoltre, la Cassazione sgombra definitivamente il campo da quella critica mossa da più parti secondo cui il danno esistenziale finirebbe per essere inutile duplicazione del danno morale proprio perché il danno esistenziale - precisano le Sezioni Unite - si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore - che invece è propria del danno morale - ma su quella del pregiudizio oggettivamente accertabile attraverso la prova di una quotidianità differente a causa della lesione subita.

Infine, il danno esistenziale è ritenuto conseguenza anche di un inadempimento contrattuale.

«Ed infatti, stante la peculiarità del rapporto di lavoro, qualunque tipo di danno lamentato, e cioè sia quello che attiene alla lesione della professionalità, sia quello che attiene al pregiudizio alla salute o alla personalità del lavoratore, si configura come conseguenza di un comportamento già ritenuto illecito sul piano contrattuale: nel primo caso il danno deriva dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 2103 c.c. (divieto di dequalificazione), mentre nel secondo deriva dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. (tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore) norma che inserisce, nell'ambito del rapporto di lavoro, i principi costituzionali. In entrambi i casi, giacché l'illecito consiste nella violazione dell'obbligo derivante dal contratto, il datore versa in una situazione di inadempimento contrattuale regolato dall'art. 1218 cod. civ., con conseguente esonero dall'onere della prova sulla sua imputabilità, che va regolata in stretta connessione con l'art. 1223 c.c.. Vi è da aggiungere che l'ampia locuzione usata dall'art. 2087 cod. civ. (tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore) assicura il diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali, e quindi non è necessario, per superare le limitazioni imposte dall'art. 2059 cod. civ. (sulla evoluzione di detta tematica vedi Corte Costituzionale n. 233/2003 e l'indirizzo inaugurato da Cass. n. 7283 del 12 maggio 2003), verificare se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale, perchè la protezione è già chiaramente accordata da una disposizione del codice civile.

Dall'inadempimento datoriale non deriva però automaticamente l'esistenza del danno, ossia questo non è, immancabilmente, ravvisabile a causa della potenzialità lesiva dell'alto illegittimo.

L'inadempimento infatti è già sanzionato con l'obbligo di corresponsione della retribuzione, ed è perciò necessario che si produca una lesione aggiuntiva, e per certi versi autonoma. Non può infatti non valere anche in questo caso, la distinzione tra "inadempimento" e "danno risarcibile" secondo gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., per i quali i danni attengono alla perdita o al mancato guadagno che siano "conseguenza immediata e diretta" dell'inadempimento, lasciando così chiaramente distinti il momento della violazione degli obblighi di cui agli artt. 2087 e 2103 cod. civ., da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio (in tal senso chiaramente si è espressa la Corte Costituzionale n. 372 del 1994). D'altra parte - mirando al risarcimento del danno alla reintegrazione del pregiudizio che determini una effettiva diminuzione del patrimonio del danneggia-

to, attraverso il raffronto tra il suo valore attuale e quello che sarebbe stato ove la obbligazione fosse stata esattamente adempiuta - ove diminuzione non vi sia stata (perdita subita e/o mancato guadagno) il diritto al risarcimento non è configurabile. In altri termini la forma rimediabile del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento.

È noto poi che dall'inadempimento datoriale, può nascere, astrattamente, una pluralità di conseguenze lesive per il lavoratore: danno professionale, danno all'integrità psico-fisica o danno biologico, danno all'immagine o alla vita di relazione, sintetizzati nella locuzione danno cd. esistenziale, che possono anche coesistere l'una con l'altra.

(...) proprio a causa delle molteplici forme che può assumere il danno da dequalificazione, si rende indispensabile una specifica allegazione in tal senso da parte del lavoratore (come sottolineato con forza dal secondo degli indirizzi giurisprudenziali sopra ricordati), che deve in primo luogo precisare quali di essi ritenga in concreto di aver subito, fornendo tutti gli elementi, le modalità e le peculiarità della situazione in fatto, attraverso i quali possa emergere la prova del danno. Non è quindi sufficiente prospettare resistenza della dequalificazione, e chiedere genericamente il risarcimento del danno, non potendo il giudice prescindere dalla natura del pregiudizio lamentato, e valendo il principio generale per cui il giudice - se può sopperire alla carenza di prova attraverso il ricorso alle presunzioni ed anche alla esplicitazione dei poteri istruttori ufficiosi previsti dall'art. 421 cod. proc. civ. - non può invece mai sopperire all'onere di allegazione che concerne sia l'oggetto della domanda, sia le circostanze in fatto su cui questa trova supporto (tra le tante Cass. sez. un. 3 febbraio 1998 n. 1099)».

Non viene poi affrontato in modo esplicito il tema della liquidazione del danno esistenziale e pur tuttavia non può dirsi che manchino precise ed univoche indicazioni in tal senso.

Da un lato, si afferma chiaramente che il danno esistenziale non è "passibile di determinazione secondo il sistema tabellare - al quale si fa ricorso per determinare il danno biologico" e dall'altro che "**in mancanza di allegazioni sulla natura e le caratteristiche del danno esistenziale, non è possibile al giudice neppure la liquidazione in forma equitativa**, perchè questa, per non trasmodare nell'arbitrio, necessita di parametri a cui ancorarsi".

In definitiva, allegato e provato il danno esistenziale da parte della vittima, il Giudice adito ricorrerà ad una liquidazione equitativa.

Le Sezioni Unite concludono poi il loro argomentare riassumendolo nel principio di diritto secondo cui:

«in tema di demansionamento e di dequalificazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale,

che asseritamele ne deriva - non ricorrendo automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale - non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo; mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato alla esistenza di una lesione dell'integrità psicofisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale - da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno - va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dallo ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro della operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti la avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nella abitudini di vita del soggetto) - il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico - si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ex art. 115 cod. proc. civ. a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove».

Quanto alla successiva Cass. Civ., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546 (Pres. Nicastro G. - Rel. Cons. Scarano L. A.) essa interviene sul tema delle conseguenze da perdita del rapporto parentale (nella specie, a seguito di incidente stradale muore un uomo sposato e padre di famiglia).

Si tratta di una pronuncia che consolida quell'orientamento espresso appena pochi mesi prima dalle Sezioni Unite in merito alla definizione che può darsi al danno esistenziale. Si legge in motivazione:

«Le Sezioni Unite di questa Corte sono ... recentissimamente giunte ad affermare che il danno esistenziale consiste in “ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno” (v. Cass., Sez. Un., 24/03/2006, n. 6572).

Nel sottolineare che, diversamente da quello morale, esso non ha natura meramente emotiva ed interiore ma deve essere oggettivamente accertabile ed aver determinato “scelte di vita” diverse da “quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso”, con obiettiva incidenza “in senso negativo” nella sfera del danneggiato, “alterandone l'equilibrio e le abitudini di vita”, le Sezioni Unite hanno escluso in particolare che “la lesione degli interessi relazionali connessi al rapporto di lavoro resti sostanzialmente priva di effetti”, senza provocare invero

“conseguenze pregiudizievoli nella sfera soggettiva del lavoratore, essendo garantito l’interesse prettamente patrimoniale alla prestazione retributiva” (v. Cass., Sez. Un., 24/03/2006, n. 6572).

Le Sezioni Unite hanno altresì sottolineato che il “danno esistenziale” non consiste in meri “dolori e sofferenze”, ma deve aver determinato “concreti cambiamenti, in senso peggiorativo, nella qualità della vita”.

Ne emerge dunque una figura di danno alla salute in senso lato che, pur dovendo - diversamente dal danno morale soggettivo (v. Cass., 10/08/2004, n. 15418) - obiettivarsi, a differenza del danno biologico rimane integrato a prescindere dalla relativa accertabilità in sede medico-legale (v. Cass., Sez. Un., 24/03/2006, n. 6572).

Nel precisarsi che il riconoscimento dei “diritti della famiglia” (art. 29 Cost.) va inteso non restrittivamente, cioè come tutela delle estrinsecazioni della persona nell’ambito esclusivo di quel nucleo, con una proiezione di carattere meramente interno, bensì nel più ampio senso di modalità di realizzazione della vita stessa dell’individuo, alla stregua dei valori e dei sentimenti che il rapporto personale ispira, sia generando bisogni e doveri, sia dando luogo a gratificazioni, supporti, affrancazioni e significati, si è in giurisprudenza di legittimità al riguardo posto in rilievo che laddove il fatto lesivo alteri profondamente tale complessivo assetto, provocando una rimarchevole dilatazione dei bisogni e dei doveri ed una determinante riduzione - se non annullamento - delle positività che dal rapporto parentale derivano (v. Cass., 31/05/2003, n. 8827; Cass., 20/10/2005, n. 20324), viene a determinarsi quello “sconvolgimento delle abitudini di vita” che, pur potendo avere diversa ampiezza e consistenza in termini di intensità e protrazione nel tempo in relazione alle diverge situazioni, deve trovare comunque obiettivazione nell’alterazione del modo di relazionarsi del soggetto sia all’interno del nucleo familiare che all’esterno di esso nell’ambito dei comuni rapporti della vita di relazione (v. Cass., 31/05/2003, n. 8827; Cass., 31/05/2003, n. 8828).

Esso si sostanzia invero in una modificazione (peggiorativa) della personalità dell’individuo, che si obiettivizza socialmente nella negativa incidenza sul suo modo di rapportarsi con gli altri, sia all’interno del nucleo familiare, che all’esterno del medesimo, nell’ambito dei comuni rapporti della vita relazione. E ciò in conseguenza della subita alterazione, della privazione (oltre che di quello materiale anche) del rapporto personale con lo stretto congiunto nel suo essenziale aspetto affettivo o di assistenza morale (cura, amore), cui ciascun componente del nucleo familiare ha diritto nei confronti dell’altro, come per i coniugi in particolare previsto dall’art. 143 c.c. (dalla relativa violazione potendo conseguire l’intollerabilità della prosecuzione della convivenza e l’addebitabilità della separazione personale); per il genitore dall’art. 147 c.c., e ancor prima da un principio immanente nell’ordinamento fondato sulla responsabilità genitoriale (v. Corte Cost., 13/05/1998, n. 166; Cass., 01/04/2004, n. 6365; Cass., 09/06/1990, n. 5633), da considerarsi in combinazione con l’art. 8 L. adoz. (la violazione dell’obbligo di cura o assistenza morale determinando lo stato di abbandono del minore che ne legittima l’adozione); per il figlio nell’art. 315 c.c., secondo una in tal senso valorizzabile, orientata lettura.

Trattasi, come dalla Corte di merito correttamente affermato nell'impugnata sentenza, di danno non già "riflesso" o "di rimbalzo" bensì "diretto", dagli stretti congiunti del defunto sofferto iure proprio, in quanto l'evento morte è plurioffensivo, non solamente causando l'estinzione della vita della vittima primaria, che subisce il massimo sacrificio del relativo diritto personalissimo, ma altresì determinando l'estinzione del rapporto parentale con i congiunti della vittima, a loro volta lesi nell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e alla scambievolmente solidarietà che connota la vita familiare (v. Cass., 31/05/2003, n. 8827; Cass., 31/05/2003, n. 8828).

Così come quello patrimoniale, anche il danno non patrimoniale ha natura di danno-conseguenza, quale danno che scaturisce dal fatto-evento».

La Suprema Corte precisa, poi, come il danno da uccisione consista non già nella violazione del rapporto familiare quanto piuttosto nelle conseguenze che dall'irreversibile venir meno del godimento del congiunto e dalla definitiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali.

Escluso che tale tipo di danno sia configurabile *in re ipsa*, precisa la Corte come esso debba essere **allegato e provato** da chi vi abbia interesse, senza rimanere tuttavia precluso il ricorso a valutazioni prognostiche ed a presunzioni (sulla base di elementi obiettivi forniti dall'interessato).

Peraltro, proiettandosi tale danno nel futuro, assume al riguardo rilievo la considerazione del periodo di tempo nel quale si sarebbe presumibilmente esplicato quel godimento del congiunto che l'illecito ha reso invece impossibile (v. Cass., 31 maggio 2003, n. 8827; Cass., 31 maggio 2003, n. 8828).

Il danno non patrimoniale deve essere dunque riconosciuto e liquidato nella sua interezza, essendo pertanto necessaria, laddove il risarcimento non risulti in termini generali e complessivi domandato, l'analitica considerazione e liquidazione in relazione ai diversi aspetti in cui esso si scandisce.

Quando il danneggiato chiede il risarcimento del danno non patrimoniale la domanda va cioè intesa come estesa a tutti gli aspetti di cui tale ampia categoria si compone.

Secondo l'orientamento interpretativo maggiormente condiviso, invero, la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale in termini generali formulata non può essere infatti limitata alla considerazione meramente di alcuni dei medesimi, con esclusione di altri (v. Cass., 24 febbraio 2006, n. 4184; Cass., 26 febbraio 2003, n. 2869), essendo predicabile una tale limitazione esclusivamente quando, in ossequio al principio della domanda, vi sia una precisa scelta del danneggiato che si limiti a far valere solamente alcuna delle voci che integrano tale categoria (v. Cass., 28 luglio 2005, n. 1583; Cass., 07 dicembre 2004, n. 22987).

Venendo più da vicino alla prova del danno esistenziale, afferma la Corte:

«Orbene, come questa Corte ha già avuto modo di affermare e di ribadire, la prova del danno esistenziale da uccisione dello stretto congiunto può essere data invero anche a mezzo di presunzioni (v. Cass., 31/05/2003, n. 8827; Cass., 31/05/2003,

n. 8828; Cass., 19/08/2003, n. 12124; Cass., 15/07/2005, n. 15022), le quali al riguardo assumono anzi “precipuo rilievo” (v. Cass., Sez. Un., 24/03/2006, n. 6572). Le presunzioni, vale osservare, come affermato in giurisprudenza di legittimità (v. Cass., Sez. Un., 24/03/2006, n. 6572) e sostenuto anche in dottrina non costituiscono uno strumento probatorio di rango “secondario” nella gerarchia dei mezzi di prova e “più debole” rispetto alla prova diretta o rappresentativa.

Va al riguardo sottolineato come, alla stessa stregua di quella legale la presunzione vale invero nel caso a sostanzialmente facilitare l’assolvimento dell’onere della prova da parte di chi ne è onerato, trasferendo sulla controparte l’onere della prova contraria».

Si sofferma poi la Corte sul tema delle presunzioni avuto particolare riguardo alla loro operatività:

«Questa Corte è pervenuta ad affermare che “la presunzione semplice e la presunzione legale *iuris tantum* si distinguono unicamente in ordine al modo di insorgenza, in quanto mentre il fatto sul quale la prima si fonda dev’essere provato in giudizio, e il relativo onere grava su colui che intende trarne vantaggio, la seconda è stabilita dalla legge e, quindi, non abbisogna della prova di un fatto sul quale possa fondarsi e giustificarsi. Una volta, tuttavia, che la presunzione semplice si sia formata e sia stata rilevata (cioè, una volta che del fatto sul quale si fonda sia stata data o risulti la prova), essa ha la medesima efficacia che deve riconoscersi alla presunzione legale *iuris tantum*, quando viene rilevata, in quanto l’una e l’altra trasferiscono a colui, contro il quale esse depongono, l’onere della prova contraria” (così Cass., 27/11/1999, n. 13291).

Da tale considerazione consegue il ritenere la parte onerata ex art. 2697 c.c., sollevata dal provare il fatto previsto (che, come posto in rilievo anche in dottrina, deve considerarsi provato ove provato il “fatto base”). Ed altresì che, come per quella legale, anche per la presunzione semplice in assenza di prova contraria (quando, come nel caso, ammessa) il Giudice è tenuto a ritenere provato il fatto previsto, non essendogli consentita al riguardo la valutazione ai sensi dell’art. 116 c.p.c..

Il prevalente orientamento segnala peraltro che attraverso lo schema logico della presunzione la legge non vuole imporre conclusioni indefettibili ma introduce uno strumento di accertamento dei fatti di causa che può anche presentare qualche margine di opinabilità nell’operata riconduzione, in base a regole (elastiche) di esperienza, del fatto ignoto da quello noto, mentre quando queste regole si irrigidiscono - assumendo consistenza di normazione positiva - si ha un fenomeno qualitativamente diverso, e dalla *praesumptio hominis* si passa nel campo della presunzione legale (v. Cass., 16/03/1979, n. 1564).

Come da questa Corte ripetutamente affermato, in tema di prova per presunzioni semplici nella deduzione dal fatto noto a quello ignoto il Giudice di merito incontra il solo limite del principio di probabilità: non occorre, cioè, che i fatti, su cui la presunzione si fonda, siano tali da far apparire la esistenza del fatto ignoto come l’unica conseguenza possibile dei fatti accertati secondo un legame di necessarietà

assoluta ed esclusiva (in tal senso v. peraltro Cass., 06/08/1999, n. 8489; Cass., 23/07/1999, n. 7954; Cass., 28/11/1998, n. 12088), ma è sufficiente che l'operata inferenza sia effettuata alla stregua di un canone di ragionevole probabilità, con riferimento alla connessione degli accadimenti la cui normale sequenza e ricorrenza può verificarsi secondo regole di esperienza (v. Cass. 23/03/2005, n. 6220; Cass., 16/07/2004, n. 13169; Cass., 13/11/1996, n. 9961; Cass., 18/09/1991, n. 9717; Cass., 20/12/1982, n. 7026), basate sull'id quod plerumque accidit (v. Cass., 30/11/2005, n. 6081; Cass., 06/06/1997, n. 5082).

La presunzione basata sulla regola di esperienza (la quale ove fondata sulla tipicità di determinati fatti in base alla regola di esperienza di tipo statistico richiama l'istituto proprio dell'esperienza tedesca dell'Anscheinsbeweis), che può indurre il Giudice ad escludere la necessità di ulteriori prove al riguardo, è, diversamente da quella legale, in realtà rimessa ad una conclusione di tipo argomentativo, nell'ambito del prudente apprezzamento del Giudice ex art. 116 c.p.c..

La parte contro cui gioca la presunzione è in ogni caso ammessa a fornire la prova contraria, spettando in tal caso al Giudice stabilire l'idoneità nel caso concreto di quest'ultima a vincerla».

Quindi, con riferimento alla perdita parentale:

«Pur se anche nell'ambiente familiare è astrattamente possibile che la perdita dello stretto congiunto (coniuge o genitore) possa non determinare conseguenze pregnanti nella sfera soggettiva laddove rimangano garantite quelle economiche, tale conseguenza appare invero nei normali rapporti di vita familiare assolutamente meno probabile e frequente che non nei rapporti di tipo lavorativo, come quello preso in considerazione da Cass., Sez. Un., 24/03/2006, n. 6572.

Si è in giurisprudenza di legittimità affermato rispondere invero a regole di comune esperienza che quanto più stretto è il rapporto parentale tanto più intenso è il dolore, specie se al rapporto si associa la convivenza (v. Cass., 11/08/2004, n. 15568), laddove la vastità e la coesione del nucleo familiare della vittima può essere tale da lenire la sofferenza, nei limiti di quanto possibile in un evento tragico del tipo in esame, con la presenza di altri affetti familiari (v., con riferimento a nucleo familiare composto anche dai nonni, Cass., 15/02/2006, n. 3289).

Si è altresì affermato doversi ritenere sussistente, in capo al soggetto che ha posto in essere la condotta causativa della morte del congiunto, l'elemento della prevedibilità dell'evento in relazione alla lesione in pari tempo delle situazioni giuridiche dei soggetti legati alla vittima primaria da un vincolo coniugale o parentale, e in particolare dell'interesse all'intangibilità delle relazioni familiari, atteso che la prevedibilità dell'evento dannoso deve essere valutata in astratto, e non in concreto, e rientra nella normalità il fatto che la vittima sia inserita in un nucleo familiare, come coniuge, genitore, figlio o fratello (v. Cass., 31/05/2003, n. 8828).

Provato il fatto-base della sussistenza di un rapporto di coniugio o di filiazione e della convivenza con il congiunto defunto, è allora da ritenersi che la privazione

di tale rapporto presuntivamente determina ripercussioni (anche se non necessariamente per tutta la vita) sia sull'assetto degli stabiliti ed armonici rapporti del nucleo familiare, sia sul modo di relazionarsi degli stretti congiunti del defunto (anche) all'esterno di esso rispetto ai terzi, nei comuni rapporti della vita di relazione. Incombe allora alla parte in cui sfavore opera la presunzione dare la prova contraria al riguardo, idonea a vincerla (es., situazione di mera convivenza "forzata", caratterizzata da rapporti deteriorati, contrassegnati da continue tensioni e screzi; coniugi in realtà "separati in casa", ecc.).

Non si tratta infatti, diversamente da quanto lamentato dalla odierna ricorrente, di un'ipotesi di presunzione iuris et de iure.

Nel caso in esame, incontestato il fatto-base della normale e pacifica convivenza del nucleo familiare costituito dal defunto, dalla consorte e dai due figli maggiorenni, il cui armonico svolgimento trova sintomatica conferma nella circostanza che uno dei figli svolgeva anche attività lavorativa con il padre e che della costituita società faceva parte anche la rispettiva moglie e madre, ed allegata (atteso che, se dispensa la parte che intende avvantaggiarsi dagli effetti favorevoli collegati al fatto dall'onere di provare quest'ultimo, la presunzione non dispensa altresì dall'onere di allegare il medesimo) dagli odierni controricorrenti la circostanza che la morte del loro stretto congiunto ha per essi comportato un'alterazione dell'equilibrio mentale riflettentesi sotto il profilo della difficoltà di partecipazione all'attività quotidiana e della demotivazione rispetto alla vita futura (come pure delle molteplici difficoltà incontrate nella conduzione della piccola azienda de cui avevano dovuto continuare ad occuparsi da soli), la Corte di merito ha ritenuto provato il danno esistenziale da essi sofferto.

Era quindi l'odierna ricorrente a dover fornire la prova contraria idonea a vincere la presunzione di coinvolgimento delle abitudini e delle aspettative, o del modo di relazionarsi con il prossimo derivante ai controricorrenti dalla perdita del - rispettivamente - marito e padre.

Nessun elemento risulta tuttavia essere stato dalla medesima dedotto e provato al riguardo, essendosi la ricorrente limitata ad eccepire la mancanza di prova in ordine al fatto che tale alterazione fosse degenerata in un trauma psicologico permanente dal quale fosse derivata una malattia psicofisica, una situazione cioè integrante, come sopra esposto, la diversa fattispecie del danno biologico (v. Cass., 03/05/2004, n. 8333; Cass., 04/02/2002, n. 1442. V. anche Cass., 10/02/2003, n. 1937).

Correttamente, nel complessivo risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dagli odierni resistenti è stata quindi dalla Corte di merito concessa un'ulteriore somma a ristoro anche di tale aspetto, non considerato nella liquidazione operata dal Giudice di prime cure.

Il danno patrimoniale da uccisione di congiunto, quale tipico danno-conseguenza che si proietta nel futuro, privo (come il danno morale ed il danno biologico) del carattere della patrimonialità, ben può, in ragione nella natura di tale danno e nella funzione di riparazione assoluta mediante la dazione di una somma di denaro nel caso non reintegratrice di una diminuzione patrimoniale bensì compensativa di un

pregiudizio non economico (v. Cass., 31/05/2003, n. 8827), essere - come nel caso - liquidato secondo il criterio equitativo ex artt. 1226 e 2056 c.c. (v. Cass., Sez. Un., 24/03/2006, n. 6572), in considerazione dell'intensità del vincolo familiare, della situazione di convivenza e di ogni ulteriore utile circostanza, quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita, l'età della vittima e dei singoli superstiti, le esigenze di questi ultimi, rimaste definitivamente compromesse (v. Cass., 31/05/2003, n. 8828; Cass., 07/11/2003, n. 16716; Cass., 29/09/2004, n. 19564; Cass., 15/07/2005, n. 15022; Cass., 20/10/2005, n. 20324)».

Dobbiamo ora fare riferimento ad un importante mutamento del tessuto normativo. In particolare, con l'entrata in vigore, il primo gennaio 2006, del nuovo Codice delle Assicurazioni (D. Lgs. n. 209 del 7 settembre 2005) si è attuata una riforma strutturale dell'intero sistema della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore senza guide di rotaie e dei natanti che ha comportato una razionalizzazione del sistema previgente.

Alle molteplici leggi abrogate, a partire dalla nota legge n. 990/1969 (v. art. 354), si è sostituito un unico testo normativo che, in parte a carattere innovativo, in parte a carattere compilativo, ha comunque determinato, almeno in alcuni punti, svolte decisive.

Si pensi al cd. sistema di indennizzo diretto che, al ricorrere di determinate condizioni, permette al soggetto danneggiato di ottenere il risarcimento danni direttamente dalla propria società assicurativa e non già da quella del veicolo antagonista.

Innegabili, inoltre, sono le questioni interpretative e i dubbi che si sono accompagnati sin dal suo nascere al Codice e sui quali la dottrina ha già speso fiumi di inchiostro e la giurisprudenza, da parte sua, sta via via offrendo il proprio contributo.

In questa sede non è opportuno, né richiesto, un approfondito esame del Codice nella sua interezza ma non possiamo certamente esimerci dalla questione relativa al se e al come il legislatore della riforma abbia inciso sulla figura del danno esistenziale.

Ad una prima lettura si nota come il Codice abbia dato corso ad una **bipartizione** tra danno patrimoniale, da un lato, e danno biologico, dall'altro.

All'art. 137 – rubricato «Danno patrimoniale» - si prevede

«1. Nel caso di danno alla persona, quando agli effetti del risarcimento si debba considerare l'incidenza dell'inabilità temporanea o dell'invalità permanente su un reddito di lavoro comunque qualificabile, tale reddito si determina, per il lavoro dipendente, sulla base del reddito di lavoro, maggiorato dei redditi esenti e al lordo delle detrazioni e delle ritenute di legge, che risulta il più elevato tra quelli degli ultimi tre anni e, per il lavoro autonomo, sulla base del reddito netto che risulta il più elevato tra quelli dichiarati dal danneggiato ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche negli ultimi tre anni ovvero, nei casi previsti dalla legge, dall'apposita certificazione rilasciata dal datore di lavoro ai sensi delle norme di legge.

2. È in ogni caso ammessa la prova contraria, ma, quando dalla stessa risulti che il reddito sia superiore di oltre un quinto rispetto a quello risultante dagli atti indicati nel comma 1, il giudice ne fa segnalazione al competente ufficio dell'Agenzia delle entrate.

3. In tutti gli altri casi il reddito che occorre considerare ai fini del risarcimento non può essere inferiore a tre volte l'ammontare annuo della pensione sociale».

Non si è mancato in dottrina di evidenziare come il legislatore sia incorso nell'inesattezza di utilizzare alla stregua di sinonimi i termini di invalidità ed inabilità quando, come noto, l'uno inerisce «alla integrità biologica del soggetto» e l'altro «all'attitudine al lavoro» (v. De Gioia, *Il danno biologico nel nuovo codice delle assicurazioni private: gli "aspetti dinamico-relazionali" e i rapporti con il danno esistenziale*, nel diritto.it, n. 6 del 10 ottobre 2006). In altre parole, l'uno afferisce al danno biologico e, l'altro, a quello patrimoniale.

Altre questioni interpretative sorgono poi con riferimento ai successivi artt. 138 e 139 del Codice che, per quanto in questa sede più da vicino ci occupa, hanno fatto muovere a taluni obiezioni in ordine alla esistenza stessa del danno esistenziale.

In primis, va detto come a norma dell'art. 138 si prevede che

«1. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro delle attività produttive, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica:

a) delle menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra dieci e cento punti;
b) del valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto di invalidità comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso.

2. La tabella unica nazionale è redatta secondo i seguenti principi e criteri:

a) agli effetti della tabella per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito;

b) la tabella dei valori economici si fonda sul sistema a punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità;

c) il valore economico del punto è funzione crescente della percentuale di invalidità e l'incidenza della menomazione sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato cresce in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi;

d) il valore economico del punto è funzione decrescente dell'età del soggetto, sulla base delle tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, al tasso di rivalutazione pari all'interesse legale;

e) il danno biologico temporaneo inferiore al cento per cento è determinato in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno.

3. Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali, l'ammontare del danno determinato ai sensi della tabella unica nazionale può essere aumentato dal giudice sino al trenta per cento,

con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.
4. Gli importi stabiliti nella tabella unica nazionale sono aggiornati annualmente, con decreto del Ministro delle attività produttive, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati accertata dall'ISTAT».

Tale norma, come noto riferita al danno biologico per lesioni di non lieve entità (cioè alle lesioni tra il 10% e il 100% di invalidità), prevede un sistema di tabellazione unico a carattere nazionale con l'evidente intento di semplificare e razionalizzare il sistema del risarcimento del danno biologico.

Ma qui occorre chiedersi cosa si intenda per danno biologico soprattutto alla luce dell'inciso «aspetti dinamico-relazionali» utilizzato al secondo comma (lett. a), nonché nel successivo art. 139 (riferito al danno biologico per lesioni di lieve entità).

L'espressione, in realtà, non è nuova nel panorama normativo italiano. Essa si può rinvenire all'art. 13 della legge n. 38/2000, all'art. 95 della legge n. 388/2000, nel DM 3 luglio 2003 - Tabella delle menomazioni all'integrità psico fisica compresa tra 1 e 9 punti di invalidità - Allegato 1 (v. De Gioia, *op. cit.*).

Il nodo interpretativo da sciogliere attiene, in particolare, alla possibilità, o meno, che attraverso tale espressione il legislatore abbia voluto optare per la riconduzione della figura del danno esistenziale all'interno del danno biologico.

La tesi della dimensione pluridimensionale del danno biologico è stata autorevolmente sostenuta dalla Suprema Corte anche con riferimento alle citate disposizioni del Codice all'epoca della pronuncia ancora da emanare definitivamente. Il riferimento è alla sentenza Cassazione civile, Sez. III, 18 novembre 2005, n. 24451 secondo cui si ha una definizione analitica del danno biologico “negli articoli 138 e 139 dell'emanando codice delle assicurazioni, che finalmente definisce le quattro dimensioni essenziali del danno biologico, aggiungendo alle prime due (dimensione psichica e fisica a prova scientifica) la incidenza negativa sulle attività quotidiane (come danno biologico per la perdita delle qualità della vita, in concreto subito, che subito gli esistenzialisti considereranno tale) e la perdita degli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato (che invece attengono alla vita esterna, non solo a rilevanza sociale, ma anche culturale e politica, inclusa la perdita della capacità lavorativa generica)”.

L'attuale assetto interpretativo consolidato in seno alla medesima giurisprudenza di legittimità impone di optare per una soluzione negativa alla proposta questione.

La Corte, cioè, con le più recenti - e già analizzate - sentenze 24 marzo 2006, n. 6572 (Sez. Un.) e 12 giugno 2006, n. 13546 (Sez. III) ha tratteggiato una netta demarcazione tra danno esistenziale, da un lato, e danno biologico, dall'altro; ciò anche sotto il profilo del diverso onere della prova da soddisfare da parte del soggetto danneggiato.

È bene quindi, rimarcare che il Supremo Collegio - sent. n. 13546/2006 cit. - ha affermato *expressis verbis* che:

«il danno esistenziale consiste in “ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale

del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno" (v. Cass., Sez. Un., 24/03/2006, n. 6572)»

Non solo. Si è precisato anche - S.U. n. 6572/2006 cit.- che:

«Il danno esistenziale infatti, essendo legato indissolubilmente alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazione secondo il sistema tabellare - al quale si fa ricorso per determinare il danno biologico, stante la uniformità dei criteri medico legali applicabili in relazione alla lesione dell'indennità psicofisica - necessita imprescindibilmente di precise indicazioni che solo il soggetto danneggiato può fornire, indicando le circostanze comprovanti l'alterazione delle sue abitudini di vita».

In definitiva, con l'avallo e il conforto della più recente giurisprudenza di legittimità si può affermare come il nuovo Codice delle Assicurazioni non metta in crisi il danno esistenziale e non ne mini la sua autonomia.

Come rilevato in dottrina "Questa condivisibile conclusione ha, tuttavia, un risvolto negativo: rischia di vanificare gli obiettivi del legislatore, ovvero pervenire alla tabellazione del danno micro e macro permanente per favorire una conciliazione stragiudiziale delle controversie; è evidente come, nel momento in cui, dalle tabelle determinative del *quantum debeatur*, restano fuori due grandi componenti del danno non patrimoniale, quali il danno morale e il danno da lesione di valori costituzionalmente garantiti, tutto il sistema risarcitorio del codice delle assicurazioni rischia di vacillare, non offrendo quelle garanzie di semplificazione e di velocizzazione che erano alla base della scelta di stabilire una tabellazione unitaria nazionale" (v. De Gioia, *op. cit.*).

Identiche le conclusioni cui giunge in dottrina Bilotta (Il danno esistenziale nella recente giurisprudenza della Cassazione, nel diritto.it, n. 2 – novembre 2006) secondo cui «il danno esistenziale rispetto al danno biologico ha due caratteristiche: a) non è riconducibile concettualmente e contenutisticamente alla lesione della integrità psico-psichica; b) non è dipendente nella fase liquidatoria del danno biologico».

Veniamo ora, conclusivamente, agli **ultimi** interventi della giurisprudenza di legittimità.

La Corte di Cassazione, sez. III civile, ord. interlocutoria 19 dicembre 2007 – 25 febbraio 2008 n. 4712 rimette gli atti del procedimento al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite affinché queste ultime possano superare l'ormai **irredimibile contrasto di giurisprudenza insorto in seno alla medesima giurisprudenza di legittimità sul tema del "danno esistenziale"**.

Queste le considerazioni a sostegno della rimessione degli atti:

Si muove dalla ampia motivazione delle cd. sentenze gemelle (v.: Cass. civ., nn. 8827 e 8828 del 2003) in cui si è consapevolmente evitato di attribuire autonomo rilievo semantico alla categoria del danno esistenziale (che pure è stato, nell'ultimo decennio, il vero protagonista, in dottrina e in giurisprudenza, del dibattito culturale sul contenuto

ultimo del danno non patrimoniale, segnando profondamente alcuni itinerari del definitivo approdo al “nuovo” sistema risarcitorio di cui all’art. 2059 così come reinterpretato da quelle stesse sentenze).

In tali decisioni è dato leggere che “il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona”, per poi discorrersi, ancora “di una tutela riconosciuta al danno non patrimoniale nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica” (pare opportuno precisare, al riguardo, come la corte abbia utilizzato - del tutto consapevolmente - i termini “valori/interessi” della persona, piuttosto che il sintagma “diritto soggettivo inviolabile”).

Riaffermata, poi, l’accezione di danno non patrimoniale in termini di *vulnus* ai valori inerenti alla persona, si precisa ancora in dette pronunce che “non sembra proficuo ritagliare all’interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo: ciò che rileva, ai fini dell’ammissione al risarcimento, è l’ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica”, per poi concludere: “si risarciscono così danni diversi da quello biologico e da quello morale soggettivo, pur se anch’essi, come gli altri, di natura non patrimoniale”, il che “non impedisce che la valutazione equitativa di tutti i danni non patrimoniali possa anche essere unica, senza una distinzione - bensì opportuna, ma non sempre indispensabile - tra quanto va riconosciuto a titolo di danno morale soggettivo, quanto a titolo di risarcimento del danno biologico in senso stretto, se una lesione dell’integrità psico-fisica sia riscontrata, e quanto a titolo di ristoro dei pregiudizi ulteriori e diversi dalla mera sofferenza psichica”, e ciò perché “il danno biologico non è configurabile se manchi una lesione dell’integrità psico-fisica secondo i canoni fissati dalla scienza medica: in tal senso si è orientato il legislatore con gli artt. 13 del decreto legislativo 23.2.2000 e 5 e 38 della legge 57/01, prevedendo che il danno biologico debba essere suscettibile di accertamento o valutazione medico-legale”.

A sua volta la Corte Costituzionale, solo pochi mesi dopo la pubblicazione delle sentenze “gemelle” del 2003, menziona espressamente la nuova categoria di danno in un passaggio della sentenza n. 233, tributandogli, in seno al “nuovo” art. 2059 c.c., un espresso riconoscimento, anche semantico, al fianco del danno biologico e del danno morale subiettivo, in un sistema risarcitorio dei danni ormai definitivamente riconosciuto come sistematicamente bipolare (danno patrimoniale/danno non patrimoniale) e sottosistemicamente pentapartito (lucro cessante/danno emergente, da un canto; danno morale subiettivo/danno biologico in senso stretto/danno “derivante da lesione di altri interessi costituzionalmente protetti”, dall’altro).

E cioè a dire, il giudice delle leggi diversamente dalla Corte Suprema, discorre espressamente di un “danno, spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale, derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona diversi da quello all’integrità psichica e fisica della persona conseguente ad un accertamento medico, ex art. 32 della Costituzione”.

Osserva ancora la Corte Suprema nell’ordinanza in esame come

«Articolati, approfonditi (e non sempre benevoli) furono i commenti riservati a questa sentenza dai molti commentatori specializzati (e non) nella materia dell'illecito civile. In realtà, la trasformazione dell'art. 2059 (operata da questa stessa Corte e dalla Corte costituzionale) in un vero e proprio art. 2059 bis del codice civile era parso ai più indiscutibilmente funzionale, al di là di questioni ormai meramente terminologiche, all'individuazione di una terza (sotto) categoria di danno non patrimoniale, la cui esistenza e la cui autonomia appariva ormai poco seriamente contestabile, al di là degli apparenti ostacoli (in realtà, di carattere soltanto lessicale) posti dalla sentenza 8827 del 2003. Alla luce delle (sostanzialmente) omogenee e (largamente) condivise posizioni assunte da entrambe le Corti, pareva (e pare ancor oggi) oltremodo difficile, se non impossibile, immaginare, nella (finalmente riattivata) dimensione bipolare del danno così come scolpita ai massimi livelli giudiziari, un totale ripudio della nuova categoria, una radicale e definitiva smentita alla stessa "esistenza" del danno esistenziale, pur correttamente circoscritto (e conseguentemente ricondotto) alle sole ipotesi di vulnera arrecati a valori/interessi costituzionalmente garantiti.

Gli sforzi ermeneutici di tutti gli operatori del diritto avrebbero, allora, potuto più proficuamente volgersi a nuovi e più fecondi approdi, prefigurati in nuce dalle sentenze del 2003, e costituiti: a) dall'analitica identificazione di una tavola di "valori/interessi" costituzionalmente protetti suscettibili di risarcimento; b) dall'altrettanto rigorosa individuazione di regole probatorie il più possibile certe, funzionali alla legittima predicabilità di un diritto al risarcimento del danno esistenziale inteso come *vulnus* al fare a-reddituale del soggetto da lesione "costituzionale"; c) nella (non agevole) determinazione di criteri non arbitrari (e comunque equitativi) di quantificazione complessiva di quel danno.

Si è viceversa assistito, in dottrina e in giurisprudenza, ad ulteriori ripiegamenti, a reiterati (e non di rado preconcepi) arroccamenti su posizioni nuovamente contrapposte (talvolta in modo del tutto acritico, tanto da evocare l'idea kantiana di giudizio analitico a priori), quasi che il danno esistenziale, novella categoria metagiuridica di pensiero, dovesse corrispondere all'idea che ciascuno degli interpreti del pianeta dell'illecito civile si era comunque formato "a priori", piuttosto che rappresentare il terreno di coltura e di analisi, sul piano positivo (e sulla base dell'esistente, del *de iure condito*, del diritto vivente), di una nuova categoria di danno del terzo millennio».

Negli ultimi anni, argomenta ancora la suprema Corte si sono contrapposte due scuole di pensiero, quella "esistenzialista", da un lato, quella "anti-esistenzialista", dall'altro.

Si è assistito, cioè, al fiorire, da un canto, di un primo filone di giurisprudenza esistenzialista, che interpreta il danno esistenziale, di volta in volta (sull'onda di una copiosa giurisprudenza di merito, il più delle volte di equità), come categoria aperta anche ai disagi, ai turbamenti psichici e agli *stress*, talvolta spingendosi altresì ad individuare nella lesione della serenità personale e nella violazione in sé di un bene costituzional-

mente tutelato (ad esempio, la personalità, l'immagine, la reputazione, l'autostima) la prova dell'esistenza del danno in esame.

Sia la I sezione della Suprema Corte, sia la sezione lavoro (rispettivamente, con le sentenze 9009/2001 e 7713/2000) riconducono, difatti, il danno esistenziale a "tutte le compromissioni delle attività realizzatrici della persona umana (impedimenti alla serenità familiare, al godimento di un ambiente salubre e di una situazione di benessere, al sereno svolgimento della propria vita lavorativa)": al pari dei pregiudizi alla salute, i pregiudizi attinenti alla dimensione esistenziale, comprensivi dei "disagi e turbamenti di tipo soggettivo", non potevano ritenersi privi di tutela risarcitoria sulla scorta della "lettura costituzionalmente orientata del sistema della responsabilità civile".

«Secondo tale impostazione la categoria del danno esistenziale rendeva risarcibile (naturalmente, ex art. 2043 c.c., *ratione temporis*) ogni pregiudizio, anche solo soggettivo, che riguardasse la sfera della persona e derivasse dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante: "l'art. 2043 c.c., correlato agli artt. 2 e ss. Cost., va così necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana" (così, testualmente, la sentenza 7713/2000). Unico limite posto, sotto il profilo naturalistico, ai pregiudizi risarcibili a titolo di danno esistenziale era costituito dalla rilevanza del "mero patema di animo interno" siccome distinto dai disagi e turbamenti di tipo soggettivo: il danno esistenziale si poneva quindi, in tale prospettiva, come una sorta di "danno morale civilistico", sempre di più ispirato al modello del francese "dommage moral" (e in molte sentenze della giurisprudenza di merito l'apertura della categoria del danno esistenziale a disagi, stress e perturbamenti risulterà ancora più evidente)».

Sul versante opposto, insieme con altrettanto numerose decisioni di merito, due pronunce della giurisprudenza di legittimità, di segno radicalmente opposto rispetto a quelle or ora menzionate, risultano espressamente contrarie alla figura del danno esistenziale: secondo Cass. civ., n. 15449/2002 e, soprattutto, Cass. civ., n. 15022/2005, i principi applicabili al tema del danno non patrimoniale dovevano ritenersi quelli secondo cui: a) mentre per il risarcimento del danno patrimoniale il riferimento al "danno ingiusto" comporta una atipicità dell'illecito ex art. 2043, come ribadito da Cass., Sez. Un., 500/1999 in tema di risarcibilità degli interessi legittimi, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile; b) la lettura costituzionale dell'art. 2059 limita oggi il risarcimento dei danni non patrimoniali ai casi previsti dalla legge ed a quelli di lesioni di specifici valori costituzionalmente garantiti della persona; c) di conseguenza, appare illegittimo ogni riferimento ad una generica categoria di danno esistenziale nella quale far confluire fattispecie non previste dalla norma e non necessitate dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c. perché questo comporterebbe la atipicità anche del danno non patrimoniale; d) quanto, poi, al risarcimento del danno da uccisione del congiunto per la definitiva perdita del rapporto parentale, questo sarebbe legittimo perché il relativo interesse si concreta nell'interesse

alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29, 30 Cost.: essa si colloca nell'area del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 e si distingue sia dall'interesse al bene "salute" (protetto dall'art. 32 e tutelato attraverso il risarcimento del danno biologico) sia dall'interesse all'integrità morale (protetto dall'art. 2 della Costituzione e tutelato attraverso il risarcimento del danno morale soggettivo).

Nell'ottica dell'adozione di una posizione per così dire "intermedia" (pur non discorrendo espressamente di danno esistenziale), si pone la pronuncia della Cass. civ., n. 6732/2005, secondo la quale la lesione di diritti inviolabili o fondamentali e di interessi giuridici protetti perché inerenti a beni della vita o essenziali per la comunità, come l'habitat, l'inquinamento, l'ambiente di lavoro, comporta una eterogeneità di situazioni che rendono difficile una classificazione categoriale generale, ma, ciononostante, la lesione della reputazione dell'imprenditore derivante dall'illegittimo protesto, in quanto incidente su valori fondamentali della persona, determina, un danno non patrimoniale che risulta risarcibile ai sensi dell'art. 2059 anche in assenza dell'accertamento di un fatto reato.

«La nuova architettura dell'illecito così come disegnata nel 2003 troverà, peraltro, una ulteriore, autorevole conferma nella sentenza delle stesse sezioni unite di questa Corte suprema del marzo 2006: sia pur in relazione ad una specifica e peculiare vicenda come quella del demansionamento e della dequalificazione di un lavoratore subordinato, si affermerà, difatti, verbis apertis (e in una linea di ideale continuità con le pronunce del 2003) benché a livello di obiter dictum che "il danno non patrimoniale all'identità professionale sul luogo di lavoro, all'immagine o alla vita di relazione o comunque alla lesione del diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro è tutelato dagli artt. 1 e 2 della Costituzione"; si specificherà, in relazione a tale vicenda di danno, che esso consiste in ogni pregiudizio che l'illecito (datoriale) provoca sul fare reddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno"; si aggiungerà ancora che "peraltro, il danno esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva e interiore propria del cd. danno morale, ma oggettivamente accertabile del pregiudizio", per concludere, avuto riferimento al profilo probatorio in relazione al quale era insorto il contrasto di giurisprudenza, che "non è sufficiente la prova della dequalificazione dell'isolamento e della forzata in operatività... ma è necessaria quella di tutto ciò che concretamente ha inciso in senso negativo nella sfera del lavoratore", con la sola differenza, rispetto al danno biologico, che, "mentre questo non può prescindere dall'accertamento medico legale, quello esistenziale può essere verificato mediante la prova testimoniale, documentale o presuntiva che dimostri, nel processo, i concreti cambiamenti che l'illecito ha apportato in senso

peggiorativo della qualità della vita del danneggiato: non meri dolori, ma scelte di vita diverse”.

All'indomani di questa pronuncia, autorevoli (benché non unanimi) voci di dottrina rilevarono la necessità di convenire, anche solo in parte, con chi aveva sempre sostenuto che la giurisprudenza di legittimità, non intendendo mai negare cittadinanza ad una certa “area” ricoperta dal danno esistenziale, aveva inteso ridefinirla sistematicamente, accogliendone un'idea di “danno relazionale” alla salute anche in mancanza del suo presupposto *ex lege*, e cioè di una lesione accertata sul piano medico legale, in un anelito di ridefinizione del danno alla salute complessivamente inteso in termini sempre più omogenei rispetto a quelli affermati dall'organizzazione mondiale della sanità, e cioè di “uno stato di completo benessere psico-fisico inteso non soltanto come assenza di malattia”.

L'armonia dell'iter ricostruttivo della fattispecie così come ipotizzato dalle sezioni unite nel marzo 2006 si dissolve bruscamente per effetto di due successive sentenze di questa stessa sezione (Cass. 17.7.2006 n. 15760; Cass. 9.11.2006 n. 23918), fortemente idiosincratice, già sul piano strettamente lessicale, rispetto al sintagma “danno esistenziale”. A mente della seconda delle due pronunce ora citata, difatti, ai fini dell'art. 2059, non può farsi riferimento ad una generica, categoria di “danno esistenziale”, poiché attraverso questa via si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pur attraverso l'individuazione dell'apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale. Per meglio intendere la portata del principio di tipicità del danno non patrimoniale predicato in sentenza, è necessario esaminarne ulteriormente la parte motiva, ove si legge che, “mentre per il risarcimento del danno patrimoniale, con il solo riferimento al danno ingiusto, la clausola generale e primaria dell'art. 2043 c.c. comporta un'atipicità dell'illecito, come esattamente affermato a seguito degli arresti della S.C. nn. 500 e 501 del 1999, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile, infatti la struttura dell'art. 2059 c.c. limita il risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge”. Ulteriore precisazione operata dalla sentenza in discorso, quella secondo cui, nella comprensibile esigenza di “non contraddizione” con il dictum delle sezioni unite, il danno esistenziale sarebbe confinato entro la circoscritta dimensione del rapporto contrattuale, tale essendo stata la fattispecie in concreto portata all'attenzione delle sezioni unite della corte e risolta con la sentenza del marzo 2006. Sarebbe, pertanto, identificabile un danno esistenziale da rapporto contrattuale - quale quello di lavoro, che ripete la sua ragion d'essere dall'art. 2087 - e un danno da illecito extracontrattuale non definibile come “esistenziale”, perché “ai fini dell'art. 2059 non può farsi riferimento ad una generica categoria di danno esistenziale dagli incerti e non definiti confini ...”».

All'orientamento anti-esistenzialista *post* 2003 devono ricondursi ancora le sentenze della III sezione civile della Suprema Corte nn. 23918 del 2006, 9510 e 9514 del 2007, 14846 del 2007 (quest'ultima resa in tema di danno da uccisione dell'animale di

affezione). Nell'ambito del filone "esistenzialista" troveranno viceversa spazio le pronunce della Suprema corte n. 13546/2006 e n. 2311/2007, in un crescendo di sempre più marcata antinomia di posizioni che hanno indotto una recente e fortemente critica dottrina a rilevare come, addirittura, "accada che relatore di una sentenza dove trova conferma il danno esistenziale nella forma di perdita della capacità di avere rapporti sessuali per conseguita impotentia coeundi" sia addirittura "lo stesso magistrato che, soltanto qualche mese prima si era espresso negativamente sulla figura del danno esistenziale".

Da parte sua, la dottrina non ha poi mancato di osservare come, a mente del capo III, titolo X, D. Lgs. 209/2005 (cd. "codice delle assicurazioni"), il combinato disposto degli artt. 137 (danno patrimoniale) e 138/139 (danno biologico) potrebbe addirittura indurre a ritenere legittimamente risarcibili soltanto tali voci di danno, dovendosi per volontà dello stesso legislatore identificare ormai l'intero danno non patrimoniale con il danno biologico, così abbandonando la triplice configurazione prospettata nel 2003.

«Le attuali posizioni giurisprudenziali (e ancor più dottrinarie), caratterizzate da forti momenti di contrasto (e da non poca confusione) sugli aspetti morfologici e funzionali del danno non patrimoniale postula, dunque, un nuovo e non più rinviabile intervento delle sezioni unite di questa corte, intervento, d'altronde, sempre più intensamente auspicato in tutti gli ambienti (forensi, dottrinari, giurisprudenziali) degli attuali operatori del diritto, onde fornire definitiva risposta ai molteplici quesiti che il tema del danno non patrimoniale tuttora pone, e che possono così sintetizzarsi:

1) Rispetto alla tripartizione delle categorie del danno non patrimoniale operata dalla corte costituzionale nel 2003, è lecito ed attuale discorrere, a fianco del danno morale soggettivo e del danno biologico, di un danno esistenziale, con esso intendendosi il danno derivante dalla lesione di valori/interessi costituzionalmente garantiti, e consistente nella lesione al fare a-reddituale del soggetto, diverso sia dal danno biologico (cui imprescindibile presupposto resta l'accertamento di una lesione medicalmente accertabile) sia dal danno morale soggettivo (che attiene alla sfera dell'intimo sentire)?

2) I caratteri morfologici del danno "esistenziale" così rettamente inteso consistono nella gravità dell'offesa, del diritto costituzionalmente protetto (come pur postulato da autorevole dottrina), ovvero nella gravità e durezza delle conseguenze dannose scaturenti dal comportamento illecito?

3) Va dato seguito alla teoria che distingue tra una presunta "atipicità dell'illecito patrimoniale" rispetto ad una presunta "tipicità del danno non patrimoniale" (Cass. 15022/2005, secondo la quale, come si è già avuto modo di ricordare in precedenza, mentre per il risarcimento del danno patrimoniale, con il solo riferimento al danno ingiusto, la clausola generale e primaria dell'art. 2043 c.c. comporta un'atipicità dell'illecito, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile che sarebbe, dunque, tipico in quanto la struttura dell'art. 2059 c.c. limita il risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge"), o va piuttosto precisato che quello della atipicità dell'il-

lecito - di cui alla *Generalklausel* dell'art. 2043 - è concetto riferibile all'evento di danno, inteso (secondo la migliore dottrina che si occupa dell'argomento fin dagli anni 60) come lesione di una situazione soggettiva giuridicamente tutelata, e giammai come conseguenza dannosa dell'illecito, sì che il parallelismo con la (pretesa, ma non dimostrata) "tipicità del danno non patrimoniale" parrebbe confondere, anche rispetto a tale ultima fattispecie, il concetto di evento di danno con quello di conseguenza dannosa dell'evento?

4) Deve, ancora, darsi seguito all'orientamento, espresso da Cass. n. 23918 del novembre 2006, secondo il quale il *dictum* di cui alla sentenza a sezioni unite di questa corte del precedente mese di marzo doveva intendersi limitato, quanto al riconosciuto danno esistenziale, al solo ambito contrattuale, ovvero affermarsi il più generale principio secondo cui il danno esistenziale trova cittadinanza e concreta applicazione tanto nel campo dell'illecito contrattuale quanto in quello del torto aquiliano?

5) A quale tavola di valori/interessi costituzionalmente garantita pare corretto riferirsi, oggi, per fondare una legittima richiesta risarcitoria a titolo di danno esistenziale? In particolare, un danno che non abbia riscontro nell'accertamento medico, ma incida tuttavia nella sfera del diritto alla salute inteso in una ben più ampia accezione (come pur postulato e predicato in sede sovranazionale) di "stato di completo benessere psico-fisico" può dirsi o meno risarcibile sotto una autonoma voce di danno esistenziale da lesione del diritto alla salute di tipo non biologico dacché non fondato su lesione medicalmente accertabile? (la questione trova una sua possibile, concreta applicazione, tra le altre, nella vicenda dell'uccisione dell'animale di affezione, di cui sopra si è dato cenno);

6) Quali sono i criteri risarcitori cui ancorare l'eventuale liquidazione di questo tertium genus di danno onde evitare illegittime duplicazioni di poste risarcitorie? Possono all'uopo soccorrere, in parte qua (come accade per il danno morale soggettivo) le tabelle utilizzate per la liquidazione del danno biologico, ovvero è necessario provvedere all'elaborazione di nuove ed autonome tabelle?

7) *Quid iuris*, ancora, in ordine a quella peculiare categoria di danno cd. "tanatologico" (o da morte immediata), la cui risarcibilità è stata costantemente esclusa dalla giurisprudenza tanto costituzionale quanto di legittimità, ma che pare aver ricevuto un primo, espresso riconoscimento, sia pur a livello di mero obiter dictum, con la sentenza n. 15760 del 2006 della III sezione di questa corte?

8) Quali sono, in concreto, gli oneri probatori e gli oneri di allegazione posti a carico del danneggiato che, in giudizio, invochi il risarcimento del danno esistenziale (il problema si è posto in tutta la sua rilevanza in fattispecie quali quella dell'uccisione di un figlio minore: la relativa domanda risarcitoria è stata, difatti, negata, con riferimento al caso di specie, da Cass 20987/2007, proprio in relazione ad una vicenda di uccisione di una giovanissima figlia, per insufficiente allegazione e prova, da parte dei genitori/attori, della relativa situazione di danno, diversa da quella relativa al danno morale soggettivo e da quella psicofisica di danno biologico)».

Le Sezioni Unite sono altresì chiamate a dare conferma (o, eventualmente, a precisare o modificare), sulla base della propria stessa giurisprudenza, in ordine ad alcune ulteriori proposizioni, che vengono così sintetizzate nell'ordinanza interlocutoria:

- «1) il danno patrimoniale è risarcibile ex art. 2043 c.c., quello non patrimoniale secondo il combinato disposto degli artt. 2043 + 2059 c.c.;
- 2) la categoria del danno patrimoniale si articola nelle due sottovoci del lucro cessante e del danno emergente;
- 3) la categoria del danno non patrimoniale si articola a sua volta in un sottosistema composto dal danno biologico in senso stretto, dal danno esistenziale, dal danno morale soggettivo;
- 4) il danno biologico e il danno esistenziale hanno morfologia omogenea (entrambi integrano una lesione di fattispecie costituzionali, quella alla salute il primo, quelle costituite da “valori/interessi costituzionalmente protetti” il secondo) ma funzioni diversificate (anche per volontà del legislatore ordinario), con conseguenti differenze sul piano dei parametri valutativi delle poste risarcitorie;
- 5) in particolare, il danno esistenziale attiene alla sfera del fare a-reddituale del soggetto, e si sostanzia nella lesione di un precedente “sistema di vita”, durevolmente e seriamente modificato, nella sua essenza, in conseguenza dell'illecito;
- 6) il danno morale soggettivo si caratterizza, invece, per una diversa ontogenesi, restando circoscritto nella sfera interiore del sentire, mai destinata all'obbiettiva esteriorizzazione;
- 7) tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono incondizionatamente risarcibili entro i limiti della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c.;
- 8) tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili anche oltre quei limiti se (e solo se) il comportamento del danneggiante abbia inciso su valori/interessi costituzionalmente tutelati (e il superamento del limite della riserva di legge vale tanto per l'una quanto per l'altra categoria di danno, come si legge testualmente nella sentenza 8828/2003 della S.C.);
- 9) tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili se (e solo se) di entrambi il danneggiato fornisca la prova (anche mediante allegazioni e presunzioni), non esistendo, nel nostro sottosistema civilistico, “danni in re ipsa”».

A seguito dell'ordinanza in esame si sono nutrite, sia da parte della dottrina, sia da parte della giurisprudenza, molteplici aspettative di un chiarimento sul tema.

Tali aspettative, in verità, sono state disattese dall'intervento delle Sezioni Unite (sentenza 11 novembre 2008, n. 26972) che, con un argomentare in verità a tratti confuso, più che indicare la via maestra da seguire hanno ancor di più confuso un panorama interpretativo già di suo piuttosto complesso.

Le Sezioni Unite (che danno risposta negativa a tutti i quesiti posti) rilevano, preliminarmente, come negli ultimi anni si siano formati in tema di danno non patrimoniale due contrapposti orientamenti giurisprudenziali, dei quali l'uno favorevole alla confi-

gurabilità, come autonoma categoria, del danno esistenziale attinente alla sfera del fare areddituale del soggetto e l'altro di segno diametralmente opposto.

Quindi vengono richiamate le sentenze "gemelle" del 2003 (Cass. civ., n. 8827 e n. 8828), con l'intento di completarle:

«2.3. Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

Il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c..

L'art. 2059 c.c. non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043 c.c. (e da altre norme, quali quelle che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva), elementi che consistono nella condotta, nel nesso causale tra condotta ed evento di danno, connotato quest'ultimo dall'ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela, e nel danno che ne consegue (danno-conseguenza, secondo opinione ormai consolidata: Corte cost. n. 372/1994; S.U. n. 576, 581, 582, 584/2008).

2.4. L'art. 2059 c.c. è norma di rinvio. Il rinvio è alle leggi che determinano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale. L'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale si ricava dall'individuazione delle norme che prevedono siffatta tutela.

2.5. Si tratta, in primo luogo, dell'art. 185 c.p., che prevede la risarcibilità del danno patrimoniale conseguente a reato ("Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui").

2.6. Altri casi di risarcimento anche dei danni non patrimoniali sono previsti da leggi ordinarie in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2 l. n. 117/1998: danni derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; art. 29, comma 9, l. n. 675/1996: impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/1998: adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2 l. n. 89/2001: mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo).

2.7. Al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Per effetto di tale estensione, va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c., il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico, del quale è data, dagli artt. 138 e 139 d. lgs. n. 209/2005, specifica definizione normativa (sent. n. 15022/2005; n. 23918/2006). In precedenza, come è noto, la tutela del danno biologico era invece apprestata grazie al collegamento tra l'art.

2043 c.c. e l'art. 32 Cost. (come ritenuto da Corte cost. n. 184/1986), per sottrarla al limite posto dall'art. 2059 c.c., norma nella quale avrebbe ben potuto sin dall'origine trovare collocazione (come ritenuto dalla successiva sentenza della Corte n. 372/1994 per il danno biologico fisico o psichico sofferto dal congiunto della vittima primaria).

Trova adeguata collocazione nella norma anche la tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.) (sent. n. 8827 e n. 8828/2003, concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto).

Eguale sorte spetta al danno conseguente alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, preservata dagli artt. 2 e 3 Cost. (sent. n. 25157/2008)».

Il procedere della Corte, da un lato, sa di vecchio - che senso ha richiamare la legge n. 675/96 confluita, come noto, nel D. Lgs. n. 196/03? - dall'altro lato fa leva su due norme (richiamate in tutto tre volte nel testo della sentenza), gli artt. 138 e 139 Codice delle Assicurazioni private i cui profili di erroneità tecnica già sono stati evidenziati. Come già si è detto che, in precedenza, altri testi di legge regolavano i profili risarcitori connessi al danno biologico facendo uso della medesima definizione oggi propria di tali norme.

La Corte passa poi ad affermare che

«il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sent. 500/1999), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona (sent. n. 15027/2005; n. 23918/2006)».

La tipicità, nell'economia della sentenza in esame, si pone in termini di assolutezza. Sembra quasi potersi cogliere un parallelismo tra la "tassatività" della norma penale e la "tipicità" dell'art. 2059 c.c..

Ma non può seriamente avallarsi un simile argomentare. Il rimando è alla Costituzione che ha poche norme di immediata applicazione precettiva trovando, tutte le altre, applicazione nelle leggi ordinarie e nelle interpretazioni giurisprudenziali o, ancora, nelle opinioni dei dottori.

E vi è - soprattutto - il riconoscimento dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. che impone un rimando ad una realtà sociale in continua evoluzione; norma, quest'ultima, che letta, e correttamente interpretata, in combinazione con il successivo 3 Cost. diventa la fucina dei nuovi diritti.

Ed allora, possiamo affermare che questa tanto decantata tipicità del danno non patrimoniale non è pura, ma relativa, o meglio ancora, è una falsa tipicità (sul punto ci soffermeremo comunque più avanti).

Tornando alla sentenza in esame è da evidenziare un altro passaggio fondamentale. È quello cioè in cui le Sezioni Unite, posto l'accento sull'«ampia accezione del danno non patrimoniale», ritengono che nell'ambito di tale categoria generale la formula «danno morale» non individui una autonoma sottocategoria di danno, ma svolga esclusivamente finalità descrittive.

Ed ancora, esclusivamente a fini descrittivi «si impiega un nome, parlando di danno biologico».

«Ed è ancora a fini descrittivi che, nel caso di lesione dei diritti della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.), si utilizza la sintetica definizione di danno da perdita del rapporto parentale».

Poi la Corte d'improvviso sembra cambiare rotta. Ricorre ad una espressione che ha in sé tutta la teoria del danno esistenziale, o meglio che garantisce tutti gli interessi sottesi alla dottrina del danno esistenziale. Nella responsabilità civile poco contano gli articoli, il loro posizionamento all'interno del codice o delle altre leggi dello Stato; a contare sono gli interessi e i diritti violati che effettivamente vengono risarciti.

Osservano le Sezioni Unite:

«La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana».

Ed è a questo punto che la Corte è chiamata a sciogliere il più importante dei nodi interpretativi: si pone cioè la questione se, nell'ambito della tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, possa inserirsi, come categoria autonoma, il c.d. danno esistenziale.

Qui la Corte articola il suo periodare in più passaggi, che così possiamo ora sintetizzare:

- richiamo alle tesi elaborate in dottrina nei primi anni '90 sul danno esistenziale;
- richiamo delle sentenze della medesima S.C. n. 7713/2000, che «discorre» di danno esistenziale, e n. 4783/2001, «che ha definito esistenziale la sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche (e quindi in presenza di reato), alle quali era seguita dopo breve tempo la morte, ed era rimasta lucida durante l'agonia, e riconosciuto il risarcimento del danno agli eredi della vittima»;
- richiamo al tema di danno da irragionevole durata del processo (art. 2 della legge n. 89/2001) riferendosi non già agli ultimi arresti della giurisprudenza di legittimità bensì alla sentenza S.C. n. 15449/2002;
- richiamo alle decisioni giurisprudenziali che nell'ambito del rapporto di lavoro hanno riconosciuto il danno esistenziale da mancato godimento del riposo settimanale (sent. n. 9009/2001) e da demansionamento (sent. n. 8904/2003);
- richiamo critico alla giurisprudenza dei giudici di pace che hanno riconosciuto il danno

esistenziale «in relazione alle più fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone»;

- richiamo infine alle sentenze gemelle che «hanno fissato il principio, condiviso da queste Sezioni unite, secondo cui, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., unica norma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale, la tutela risarcitoria di questo danno è data, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata» ragion per cui «di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere».

Così archiviata l'autonoma categoria del danno esistenziale la Corte accoglie l'accezione «pregiudizio di tipo esistenziale»; afferma:

«3.4. Come si è ricordato, la figura del danno esistenziale era stata proposta nel dichiarato intento di supplire ad un vuoto di tutela, che ormai più non sussiste.

3.4.1. In presenza di reato, superato il tradizionale orientamento che limitava il risarcimento al solo danno morale soggettivo, identificato con il patema d'animo transeunte, ed affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale nella sua più ampia accezione, anche il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare (ma sarebbe meglio dire: nella sofferenza morale determinata dal non poter fare) è risarcibile.

La tutela risarcitoria sarà riconosciuta se il pregiudizio sia conseguenza della lesione almeno di un interesse giuridicamente protetto, desunto dall'ordinamento positivo, ivi comprese le convenzioni internazionali (come la già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955), e cioè purché sussista il requisito dell'ingiustizia generica secondo l'art. 2043 c.c. E la previsione della tutela penale costituisce sicuro indice della rilevanza dell'interesse leso.

3.4.2. In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona.

Ipotesi che si realizza, ad esempio, nel caso dello sconvolgimento della vita familiare provocato dalla perdita di congiunto (c.d. danno da perdita del rapporto parentale), poiché il pregiudizio di tipo esistenziale consegue alla lesione dei diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.).

In questo caso, vengono in considerazione pregiudizi che, in quanto attengono all'esistenza della persona, per comodità di sintesi possono essere descritti e definiti come esistenziali, senza che tuttavia possa configurarsi una autonoma categoria di danno.

Altri pregiudizi di tipo esistenziale attinenti alla sfera relazionale della persona, ma non conseguenti a lesione psicofisica, e quindi non rientranti nell'ambito del danno biologico (comprensivo, secondo giurisprudenza ormai consolidata, sia del c.d. "danno estetico" che del c.d. "danno alla vita di relazione"), saranno risarcibili purché siano conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona diverso dal diritto alla integrità psicofisica.

Ipotesi che si verifica nel caso (esaminato dalla sentenza n. 6607/1986) dell'illecito che, cagionando ad una persona coniugata l'impossibilità di rapporti sessuali è

immediatamente e direttamente lesivo del diritto dell'altro coniuge a tali rapporti, quale diritto-dovere reciproco, inerente alla persona, strutturante, insieme agli altri diritti-doveri reciproci, il rapporto di coniugio. Nella fattispecie il pregiudizio è conseguente alla violazione dei diritti inviolabili della famiglia spettanti al coniuge del soggetto leso nella sua integrità psicofisica.

3.5. Il pregiudizio di tipo esistenziale, per quanto si è detto, è quindi risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria».

E qui l'interprete non può non chiedersi se il diritto alla sessualità all'interno del matrimonio sia un diritto costituzionalmente tutelato, ed espressamente menzionato, dalla Carta Costituzionale. Non lo è espressamente. Ma possiamo certamente affermare - pur con una certa difficoltà argomentativa nella ricerca delle norme relative alla famiglia all'interno della Costituzione - che il diritto ad avere dei normali rapporti sessuali è un aspetto della personalità rilevante nel rapporto di coniugio che, in tal modo, ha il suo valido fondamento - la sua "copertura" - costituzionale (il richiamo è alle norme sui diritti inviolabili e sulle relazioni personali all'interno della famiglia, e quindi agli artt. 2 e 29 della Costituzione; ma un cenno merita anche la normativa relativa alla maternità, che ha alla base la capacità procreativa, e così a seguire, e non certamente il diritto alla salute come invocato nella vecchia sentenza richiamata dalle Sezioni Unite).

Ciò che occorre è quindi una lettura aperta, dinamica, aggiornata ai tempi che corrono, della Costituzione; è questo un testo che ci offre un ventaglio di diritti in divenire che richiedono una tutela risarcitoria integrale. Possono quindi nutrirsi seri dubbi sulla presunta tipicità del danno non patrimoniale (soprattutto a seguito dell'esempio fatto dalle Sezioni Unite).

Alle Sezioni Unite non sfugge, poi, un richiamo alla nota sentenza n. 6572/2006 (delle medesime S.U.) per cercare di limitare la portata ed il contenuto di tale decisione.

Secondo l'arresto in esame tale decisione del 2006, e le successive che nel tempo hanno contribuito a consolidarla (n. 4260/2007; n. 5221/2007; n. 11278/2007; n. 26561/2007) non confortano la tesi di quanti configurano il danno esistenziale come autonoma categoria. Ciò in quanto attengono esclusivamente all'ambito contrattuale:

«Le menzionate sentenze individuano specifici pregiudizi di tipo esistenziale da violazioni di obblighi contrattuali nell'ambito del rapporto di lavoro. In particolare, dalla violazione dell'obbligo dell'imprenditore di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore (art. 2087 c.c.). Vengono in considerazione diritti della persona del lavoratore che, già tutelati dal codice del 1942, sono assurti in virtù della Costituzione, grazie all'art. 32 Cost., quanto alla tutela dell'integrità fisica, ed agli artt. 1, 2, 4 e 35 Cost., quanto alla tutela della dignità personale del lavoratore, a diritti inviolabili, la cui lesione dà luogo a risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali, di tipo esistenziale, da inadempimento contrattuale. Si verte, in sostanza, in una ipotesi di risarcimento di danni non patrimoniali in ambito contrattuale legislativamente prevista».

In questo modo le Sezioni Unite sminuiscono contenuto ed insegnamento della sentenza del 2006 sulla cui portata si è già avuto modo di soffermarsi.

Proviamo ora a mettere dei punti fermi, tenendo in debito conto il dettato della sentenza in esame.

«Palesemente non meritevoli dalla tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità.

Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale».

È condivisibile la prima parte, non la seconda. L'espressione "il diritto ad essere felici" è espressione vuota di significato.

Ci si attendeva dalle Sezioni Unite una esemplificazione casistica dei diritti e degli interessi meritevoli di tutela, insomma un elenco su cui discutere e riflettere, e non già un richiamo a casi bislacchi, che hanno sollecitato la fantasia di qualche giudice di prime cure.

La sentenza in esame più volte ricorre alle espressioni "diritti costituzionalmente tutelati" e "ingiustizia costituzionalmente qualificata" quasi a volersi mettere al riparo da eventuali attacchi della dottrina.

Quello che può certamente dirsi, in conclusione, è che tutti gli interessi di natura esistenziale seguendo questa sentenza - che pure, lo si ripete, nega autonomia al diritto esistenziale - possono essere risarciti, purché non si insista troppo sul sintagma "danno esistenziale". Occorrerà nei singoli casi concreti dimostrare l'evento lesivo ingiusto e chiedere il conseguente risarcimento anche del danno non patrimoniale per aver l'evento stesso leso un diritto costituzionalmente tutelato (e cioè che trovi una copertura costituzionale), da dimostrare.

In altre parole, tutti i diritti costituzionalmente tutelati e tutti gli interessi meritevoli di tutela che abbiano un appiglio nella Costituzione possono essere portati al vaglio del giudice e, per dirla con le parole delle Sezioni Unite, sarà

«compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione».

NOTE A SENTENZA

Assegni familiari – Assegno per il nucleo familiare – Attribuzione – Presupposti – Conseguenze – Natura assistenziale del beneficio – Lavoratori di nazionalità tunisina – Accordo tra Comunità Europea e Tunisia del 17 luglio 1995 – Riconoscibilità – Esclusione – Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro – 29.09.2008 n. 24278 – Pres. Sciarelli – Rel. Cuoco – P.M. (diff.) Pivetti – D.B. (Avv.ti Andreoni, Balsamo) – INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo) - Comune di Marsala.

L'assegno per il nucleo familiare, previsto dall'art. 65 della legge n. 448 del 1998, ha natura assistenziale in quanto attribuito secondo un criterio fondato sulla limitatezza del reddito della famiglia in relazione alla composizione del nucleo familiare medesimo. Ne consegue che il beneficio non può essere riconosciuto ai lavoratori di nazionalità tunisina, rispetto ai quali l'art. 65 dell'accordo 17 luglio 1995 tra la Comunità europea e la Tunisia, ratificato con la legge n. 35 del 1997, ha previsto esclusivamente l'estensione dei benefici previdenziali, indicazione che, riferita espressamente all'attività professionale salariata, alle condizioni di lavoro, alla retribuzione, al licenziamento, nonché a specifiche prestazioni connesse al rapporto di lavoro (quali le prestazioni in caso di malattia e di maternità, di invalidità, vecchiaia, reversibilità, infortuni sul lavoro e malattie professionali, decesso e disoccupazione), non ricomprende la materia assistenziale.

FATTO - Con ricorso del 6 giugno 2002 B.D. propose appello avverso la sentenza con cui il Tribunale di Marsala aveva respinto la domanda di condanna dell'INPS al pagamento dell'assegno per nucleo familiare (previsto dall'art. 65 della Legge n. 448 del 1998).

Con sentenza del 17 gennaio 2005 la Corte d'Appello di Palermo respinse l'impugnazione.

Dopo aver premesso che la norma prevede che l'assegno è concesso dal Comune ed è erogato dall'INPS, il giudicante dichiara che l'INPS è passivamente legittimato nella controversia.

Il beneficio, inizialmente previsto per il cittadini italiani e successivamente esteso ai cittadini comunitari, essendo fondato esclusivamente sulla situazione reddituale e familiare del beneficiario, ha natura non previdenziale bensì assistenziale.

Da ciò il giudicante deduce che, poiché l'Accordo concluso fra Comunità europea e Tunisia il 17 luglio 1995 (ratificato con Legge n. 35 del 1997) ha per oggetto solo prestazioni previdenziali (come deducibile dalla lettera della Legge e dalla collocazione topografica della relativa disposizione attinente ai soggetti "lavoratori") e che le stesse prestazioni familiari (ivi previste) per disposizione del Regolamento CEE n. 1408 del

1971 non riguardano l'assistenza sociale, il diritto in controversia, non rientrando nello spazio di questo Accordo, nel caso in esame non sussiste.

Per la cassazione di questa sentenza B.D. propone ricorso, articolato in un unico motivo; l'INPS resiste con controricorso e propone ricorso incidentale; il COMUNE DI MARSALA non si è costituito in giudizio.

DIRITTO - 1. Denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 65 della Legge n. 448 del 1998 e 65 dell'Accordo fra CEE e Tunisia del 17 luglio 1995 (ratificato con Legge n. 35 del 1997), il ricorrente principale sostiene che

1.a. anche se l'Accordo del 17 luglio 1995 fa riferimento alla "previdenza sociale", nel precedente Accordo di cooperazione con la Tunisia del 20 aprile 1976 (i cui effetti sono cessati il primo marzo 1998) si fa riferimento alla "sicurezza sociale"; la differenza, con i testi francesi di tali Accordi (nei quali compare la stessa parola "sécurité") "è questione semplicemente di traduzione";

1.b. nella causa Kziber n. C - 18/90 (sentenza del 31 gennaio 1991), intervenuta negli accordi del 26 aprile 1976 con l'Algeria, la Tunisia ed il Marocco (in termini assolutamente identici), si ritiene che il principio di non discriminazione (previsto in questi accordi) abbia effetto diretto, e che abbia "carattere incondizionato nel settore della sicurezza sociale"; si ritiene inoltre che sul piano soggettivo riguardi "i lavoratori attivi e quelli che hanno abbandonato il mercato del lavoro per limiti di età" o per danni da lavoro; si ritiene ancora che la nozione di sicurezza sociale dev'essere intesa in analogia con la nozione identica che figura nel Regolamento n. 1408 del 1971;

1.c. ciò implica "che il suddetto principio di non discriminazione si estende, in pratica, a tutti i regimi di prestazioni, inclusi quelli a carattere non contributivo";

1.d. erroneamente la sentenza ritiene che l'equiparazione dei cittadini tunisini ai cittadini dello stato membro sia fondata esclusivamente sulla loro posizione di lavoratori; finalità della disposizione è vietare, nella materia della sicurezza sociale, ogni discriminazione fondata sulla nazionalità;

1.e. "la nozione di assistenza sociale, esclusa dal campo di applicazione materiale del Regolamento n. 1408 del 1971, deve essere egualmente interpretata alla luce dei criteri fissati dalla Corte di Giustizia (come nozione di diritto comunitario), con la conseguenza di prescindere da un apprezzamento fondato sul mero diritto nazionale; in definitiva, il Regolamento si applica a tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale, generali e speciali, contributivi e non contributivi"; "la Corte ritiene preminenti l'assenza di ogni valutazione discrezionale dello stato di bisogno ed il conferimento ai beneficiari d'una posizione giuridica definita e cioè tutelata per legge"; in particolare, le sentenze 16 luglio 1992 n. C-78/91 causa Huges, e 10 ottobre 1996 nei procedimenti riuniti nn. C-245/94 e C-312/94(1) cause Zachow ed Hoefer, hanno affermato che "la distinzione fra prestazioni escluse dalla sfera di applicazione del Regolamento n. 1408 del 1971 e prestazioni che vi rientrano è basata essenzialmente sugli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, in particolare sulle sue finalità e sui presupposti per la sua attribuzione e non sul fatto che essa sia o no qualificata previdenziale da una normativa nazionale".

2. Denunciando per l'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione delgli

artt. 65 della Legge 23 dicembre 1998 n. 448 ed 81 cod. proc. civ., il ricorrente incidentale sostiene che il COMUNE, poiché provvede a ricevere, istruire e definire le domande intese ad ottenere la concessione della prestazione *de qua*, è il titolare del rapporto obbligatorio e pertanto unico debitore; l'Istituto, eseguendo in qualità di mero cassiere la decisione del COMUNE, provvede alla materiale emissione dei relativi assegni.

Il COMUNE è pertanto passivamente legittimato nelle controversie relative alla sussistenza del diritto in controversia.

3. I ricorsi, essendo soggettivamente ed oggettivamente connessi, devono essere preliminarmente riuniti.

4. Il ricorso incidentale è infondato. Essendo obbligato al pagamento dell'assegno, l'INPS è passivamente legittimato alla relativa controversia.

5. Il ricorso principale è infondato.

6. Sul piano normativo è da osservare quanto segue.

6.a. Il primo comma dell'art. 65 della Legge 23 dicembre 1965, n. 448 dispone quanto segue:

“Con effetto dal primo gennaio 1999, in favore dei nuclei familiari composti da cittadini italiani residenti con tre o più figli tutti con età inferiore ai 18 anni, che risultino in possesso di risorse economiche non superiori al valore dell'indicatore della situazione economica di cui al Decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 109, tabella I ..., è concesso un assegno ...”.

6.b. L'art. 80 della Legge 23 dicembre 2000 n. 388 ha esteso il beneficio ai nuclei familiari nei quali siano presenti il richiedente “cittadino italiano o comunitario”.

6.c. L'art. 64 dell'Accordo 17 luglio 1995 fra la Comunità europea e la Tunisia dispone quanto segue:

“Ogni Stato membro concede ai lavoratori di cittadinanza tunisina occupati nel suo territorio un regime che, per quanto riguarda le condizioni di lavoro, di retribuzione e di licenziamento, è caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità rispetto ai propri cittadini.

Ogni lavoratore tunisino, autorizzato a svolgere un'attività professionale salariata sul territorio di uno stato membro a titolo temporaneo, beneficia delle disposizioni del paragrafo 1 per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di retribuzione ...”.

6.d. L'art. 65 del predetto Accordo dispone quanto segue.

“Fatte salve le disposizioni dei paragrafi seguenti, i lavoratori di cittadinanza tunisina ed i loro familiari conviventi godono, in materia di previdenza sociale, d'un regime caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza rispetto ai cittadini degli stati membri nei quali essi sono occupati.

L'espressione previdenza sociale copre gli aspetti della previdenza sociale attinenti alle prestazioni in caso di malattia e di maternità, di invalidità, di vecchiaia, di reversibilità, le prestazioni per infortuni sul lavoro e per malattie professionali, le indennità in caso di decesso, i sussidi di disoccupazione e le prestazioni familiari”.

7. Considerando l'espresso riferimento alla *attività professionale salariata* (art. 64 del predetto Accordo), alle *condizioni di lavoro, di retribuzione e di licenziamento* (espressione ripetuta nell'art. 64 primo e secondo comma), nonché agli *aspetti della previdenza sociale attinenti alle prestazioni in caso di malattia e di maternità, di inva-*

lidità, di vecchiaia, di reversibilità, le prestazioni per infortuni sul lavoro e per malattie professionali, le indennità in caso di decesso, i sussidi di disoccupazione e le prestazioni familiari, è da ritenere che il beneficio ivi previsto (in quanto connesso al lavoro, alla retribuzione ed al licenziamento, ed attinente a specifiche prestazioni connesse ad un rapporto di lavoro in atto) abbia natura previdenziale.

Fondamento di questa qualificazione non è la mera qualificazione (previdenza sociale) normativamente indicata, bensì lo stesso parametro indicato dalla Corte di Giustizia della Comunità europea (gli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, in particolare le finalità ed i presupposti per la sua attribuzione).

8. In base allo stesso parametro, il beneficio in controversia, considerando i suoi presupposti (*tre o più figli tutti con età inferiore ai 18 anni; possesso di risorse economiche non superiori al valore dell'indicatore della situazione economica di cui al Decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 109, tabella I*), ha natura assistenziale.

9. Da ciò, la non estensibilità del beneficio ai *lavoratori di cittadinanza tunisina ed i loro familiari conviventi*.

10. Per mera esigenza di completezza è da aggiungere che per l'art. 41 della Legge 6 marzo 1998, n. 286, "*Gli stranieri titolari della carta di soggiorno e di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno e 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*".

In ordine a questo beneficio (peraltro estraneo alla controversia, non costituendo fondamento della domanda né delle decisioni di merito né del ricorso in sede di legittimità), sono da considerare la breve distanza temporale dall'Accordo 17 luglio 1995 fra Comunità europea e Tunisia ed il largo spazio soggettivo cui è attribuito ("*gli stranieri titolari della carta di soggiorno e di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno e nel loro permesso di soggiorno*").

Ciò consente di ritenere che, dopo il riconoscimento d'un diritto ben delimitato nel suo contenuto (prestazioni di natura previdenziale) e nello spazio della sua attribuzione (tunisini), la concessione d'una più ampia prestazione a tutti gli stranieri (titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno ed ai relativi minori iscritti in tali atti) assuma una natura eccezionale: il riferimento a *coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, i sordomuti, i ciechi civili, gli invalidi civili e gli indigenti* delimita la materia stessa della concessione (lo spazio dell'infermità e dell'indigenza).

Il predetto beneficio non comprende pertanto l'assegno per nucleo familiare previsto dall'art. 65 della Legge n. 448 del 1998.

11. Il ricorso deve essere respinto. In applicazione dell'art. 449 cod. proc. civ., nulla è da disporsi in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 1243

**L'ASSEGNO PER IL NUCLEO FAMILIARE
E L'ASSEGNO AL NUCLEO FAMILIARE: IDENTICA FINALITÀ
ECONOMICO-SOCIALE E DIVERSA NATURA GIURIDICA
DELLE DUE PRESTAZIONI.**

La sentenza in commento affronta la questione dell'erogabilità a cittadini tunisini (cioè a cittadini non italiani o comunitari) dell'assegno *al* nucleo familiare, introdotto e disciplinato dall'art. 65, l. 23.12.1998 n. 448 (legge finanziaria 1999) che, con decorrenza dal 1° gennaio 1999, spetta a tutti quei nuclei familiari composti da tre o più figli di età inferiore ai diciotto anni, oltre che dal richiedente, che deve necessariamente essere cittadino italiano o comunitario (art. 80, comma 5, l. 23.12.2000 n. 388: che ha precisato l'ambito di applicazione del detto art. 65, l. 1998/488 cit.), a condizione che le risorse economiche dello stesso nucleo non siano superiori al valore dell'indicatore della situazione economica (ISE), di cui al d.lgs. 31.3.1998, n. 109, tabella 1.

L'assegno *al* nucleo familiare presenta caratteristiche e presupposti analoghi all'assegno *per* il nucleo familiare (tanto che spesso vi è confusione tra i due istituti, essendo quasi identica la terminologia utilizzata per identificarli: persino nella sentenza in commento viene utilizzata l'espressione "assegno *per* il nucleo familiare", pur venendo in considerazione l'assegno *al* nucleo familiare, come si desume dalla norma richiamata: art. 65, l. 448/1998 cit.).

In particolare, l'assegno *per* il nucleo familiare, previsto e disciplinato dall'art. 2, l. 18.5.1988, n. 153, di conversione con modificazioni del d.l. 13.3.1988, n. 69, sostituisce gli assegni familiari di cui al d.p.r. 30.5.1955 n. 797 (che però continua ancora ad applicarsi con riferimento agli aspetti non disciplinati espressamente dalla nuova normativa) ed ogni altro trattamento di famiglia ad essi equiparato. Esso è erogato in favore dei lavoratori dipendenti, dei titolari delle pensioni e delle prestazioni economiche previdenziali derivanti da lavoro dipendente, dei lavoratori assistiti dall'assicurazione contro la tubercolosi e del personale statale in attività di servizio ed in quiescenza, nonché degli iscritti alla Gestione separata *ex* art. 2, comma 26, l. 3.8.1995 n. 335 (per effetto dell'estensione della disciplina operata dall'art. 59, 16° co., l. 27.12.1997 n. 449), a condizione che il nucleo familiare di cui fa parte il titolare del beneficio abbia un reddito, costituito almeno per il 70% da proventi di lavoro dipendente o trattamento pensionistico, che non superi i livelli previsti dalla tabella allegata alla l. 153/1988 cit.: livelli di reddito che sono modulati sulla base del numero dei componenti del nucleo e delle loro condizioni psico-fisiche (art. 2, comma 2, l. 153/1988 cit.).

È pertanto evidente che le dette prestazioni hanno in comune la funzione economico-sociale, essendo dirette ad integrare il reddito delle famiglie economicamente più bisognose e quindi socialmente più deboli tanto che, per entrambe, il reddito (costituendo l'unico obiettivo indice di riferimento per individuare il disagio economico) è utilizzato come parametro per determinare sia la sussistenza del diritto all'erogazione del beneficio, che l'importo della prestazione da erogare (art. 2, comma 8-*bis*, l. 153/1988 cit. ed art. 65, comma 3, l. 448/1998 cit.): con la precisazione che l'importo della presta-

zione - nell'ipotesi di assegno *al* nucleo familiare - è determinato solo con riferimento all'importo del reddito percepito (art. 65, comma 3, l. 448/1998 cit.); mentre in quella di assegno *per il* nucleo familiare - come già detto - anche al numero dei componenti il nucleo (art. 2, comma 2, l. 153/1988 cit.) ed alle condizioni psico-fisiche degli stessi (essendo previsto l'aumento dei livelli di reddito di cui alla tabella di riferimento qualora del nucleo facciano parte soggetti che - a causa di infermità o difetto fisico o mentale - si trovino nella permanente impossibilità di dedicarsi ad un proficuo lavoro, ovvero - se minorenni - abbiano difficoltà a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età).

Pur tuttavia, la diversa natura giuridica delle due prestazioni emerge chiaramente già da una prima lettura delle due norme (art 65, l. 448/1998 cit. ed art. 2, l. 153/1988 cit.): nel primo caso, quale condizione di erogabilità, rileva, oltre al reddito, solo la composizione del nucleo, nel senso che deve ricomprendere al proprio interno il richiedente ed almeno tre o più figli di età inferiore ai diciotto anni; mentre invece, nel secondo caso, la composizione del nucleo rileva solo ai fini della determinazione dell'importo della prestazione, poiché la titolarità del relativo diritto spetta solo a quello fra i suoi componenti che rivesta una delle qualifiche di cui all'art. 2, comma 1, l. 153/1988 cit., tanto che questi può essere anche l'unico beneficiario della prestazione qualora sussistano le condizioni di cui al comma 8 del medesimo articolo. Con le ulteriori ed inevitabili implicazioni sul piano probatorio, atteso che, in un caso, dovrà costituire oggetto di prova la composizione del nucleo familiare e, nell'altro, anche la qualifica rivestita da uno dei suoi componenti.

Altro elemento di differenziazione delle due prestazioni che ne connota ulteriormente la natura giuridica è costituito dalla composizione del reddito che - difatti assume rilievo soltanto con riferimento all'assegno *per il* nucleo familiare - dovrà essere costituito per almeno il 70% da proventi di lavoro dipendente, pensioni o altro tipo di trattamento previdenziale: in detto caso, colui che agisce in giudizio per ottenere l'accertamento del diritto all'erogazione della prestazione dovrà provare non solo l'importo del reddito percepito dal nucleo, ma anche la fonte dello stesso.

Da quanto sopra esposto consegue necessariamente che la natura dell'assegno *per il* nucleo familiare è previdenziale, avendo lo stesso la propria fonte in un rapporto di lavoro, non importa se sospeso (es. cassa integrazione guadagni), o cessato (es. pensionamento); e quella dell'assegno *al* nucleo familiare è assistenziale, sorgendo il relativo diritto allorché vi è un nucleo familiare, composto da tre o più figli di età superiore ai diciotto anni, in stato di bisogno.

Ad ulteriore conforto di detta conclusione, si osserva che l'erogazione dell'assegno *per il* nucleo familiare è finanziata con contributi versati dal datore di lavoro (art. 26, d.p.r. 797/1955 cit.); mentre invece l'assegno *al* nucleo familiare con sovvenzioni statali (art. 65, comma 5, l. 448/1998 cit.).

La diversa natura delle due prestazioni non poteva che incidere anche sulla relativa disciplina giuridica: l'assegno *per il* nucleo familiare spetta anche ai lavoratori stranieri (e quindi anche agli extracomunitari), sebbene nel nucleo familiare possano essere ricompresi anche il coniuge ed i figli che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica, soltanto se lo Stato di cui lo straniero è cittadino riservi eguale trattamento ai

lavoratori italiani, ovvero vi sia una convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia (art. 2, comma 6-*bis*, l. 153/1988 cit.); invece l'assegno *al* nucleo familiare, avendo precipuamente natura assistenziale e non essendo la sua erogazione collegata ad alcun tipo di contribuzione, spetta solo ai cittadini italiani o comunitari residenti e può essere erogato in favore di cittadini extracomunitari, solo in presenza di un'espressa previsione negli Accordi che regolano i rapporti fra detti Stati e quello italiano.

Pertanto, venendo al caso di specie, giacché l'Accordo stipulato fra l'Italia e la Tunisia (di cui sono cittadini i componenti il nucleo familiare che richiedeva l'erogazione della prestazione nel giudizio all'esame della Suprema Corte) reca un riferimento soltanto alla materia della previdenza sociale, in cui appunto possono essere ricomprese solo le prestazioni che hanno la propria fonte diretta o indiretta nell'esercizio di attività lavorativa e, quindi, non anche l'assegno *al* nucleo familiare, la Suprema Corte, sebbene sussistessero tutti gli altri requisiti di cui all'art. 65, l. 448/1998 cit., non poteva che ritenere che il diritto a siffatta prestazione non spettasse ai nuclei familiari composti da cittadini tunisini.

D'altra parte, già il T.A.R. Friuli Venezia Giulia (con sentenza del 22.5.2004 n. 293) aveva dato un'interpretazione addirittura più restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 65, l. 448/1998 cit., al punto da escludere dai beneficiari anche i nuclei familiari costituiti da cittadini extracomunitari in possesso, però, dello *status* di rifugiati politici: ciò proprio sulla base della considerazione che gli stessi non sono equiparati ai cittadini italiani e comunitari anche in relazione alle provvidenze in materia di tutela della maternità e del nucleo familiare, per effetto di quanto previsto dall'art. 23 Convenzione di Ginevra, ratificata con la l. 24.7.1954 n. 722 ed attuata con il d.m. 24.7.1990 n. 237.

La conclusione che deve necessariamente trarsi è che vi sia stata una scelta legislativa, indotta dalla necessità di garantire la parità di trattamento dei lavoratori, di erogare l'assegno *al* nucleo familiare esclusivamente ai cittadini italiani o comunitari, salvo diversa disposizione negli accordi stipulati dall'Italia con i diversi Stati, e l'assegno *per il* nucleo familiare anche in favore di cittadini stranieri (nel senso di non appartenenti alla CE). Sebbene in quest'ultimo caso - come detto sopra - potranno essere computati nel nucleo familiare anche i componenti che risiedono all'estero, ma solo nei limiti di cui al comma 6-*bis*, dell'art. 2, l. 153/1988 cit..

Carla d'Aloisio
Avvocato INPS

Contributi – Imponibile contributivo - Contratto leader - Individuazione.

Tribunale di Palermo – 22.11.2007 n. 3374 – Dott. Martino – P.L.C. srl (Avv. Paleologo) - INPS - S.C.C.I. spa (Avv. Madonia) - Montepaschi SE.RI.T. spa.

In presenza di molteplici fonti collettive stipulate nell'ambito di una medesima categoria di lavoratori, l'individuazione del c.d. contratto leader potrà essere effettuata dal giudice valutando, mediante gli ordinari mezzi di cognizione forniti dal codice di rito, la consistenza quantitativa e qualitativa delle organizzazioni sindacali firmatarie delle diverse fonti collettive, al fine di compararne la concreta rappresentatività categoriale.

FATTO - Con un primo ricorso depositato in data 6.12.2003, la società indicata in epigrafe oppose il verbale di accertamento del 12.12.2002, con il quale era stato accertato il suo obbligo di corrispondere in favore dell'INPS la somma complessiva di euro 74.104,00, a titolo di omissioni contributive e conseguenti somme aggiuntive, relative al periodo 11/1999-10/2002.

Con un successivo ricorso, depositato in data 29.3.2004, la medesima società oppose la cartella esattoriale notificata in data 11.3.2004, con la quale le era stato ingiunto il pagamento in favore dell'INPS della somma di euro 82.166,94, a titolo di omissioni contributive (e conseguenti somme aggiuntive), accertate col verbale ispettivo del 12.12.2002 sopra citato. L'opponente contestò, in entrambe le controversie, la fondatezza delle pretese creditorie azionate dalla controparte, rilevando la correttezza del computo dei contributi precedentemente versati (ed il correlativo diritto al godimento degli sgravi contributivi previsti dalla legge 448/98) in quanto calcolati sulla scorta delle retribuzioni previste dal CCNL dalla stessa applicato, ovvero il CCNL "commercio fino a 8 dipendenti" stipulato il 7.9.1996, anziché, come ritenuto dagli Ispettori INPS, alla stregua del CCNL Commercio del 3.11.1194 integrato dall'ipotesi di accordo del 29.1.1996, dall'ipotesi d'accordo del 29.9.1999 e dal Contratto Integrativo Provinciale del CCNL del 17.12.1979 e sottolineando come il rapporto di lavoro con le dipendenti C. T. e M. S. fosse iniziato in data 7.10.2002, anziché in data 23.9.2002, come erroneamente ritenuto dai medesimi ispettori.

L'INPS (insieme alla SCCI nel secondo procedimento) si costituì in entrambi i giudizi, eccependo l'infondatezza dell'opposizione di cui chiese il rigetto.

La Montepaschi Se.ri.t., seppur ritualmente citata, non si costituì nel secondo giudizio. Dopo la riunione delle cause, disposta all'udienza del 23.9.2005 per la sussistenza di evidenti ragioni di connessione soggettiva e parzialmente oggettiva, le stesse sono state istruite mediante l'acquisizione di informazioni presso il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale e l'audizione delle lavoratrici C. T. e M. S.; quindi, all'udienza del 28.9.2007, sono state decise come da separato dispositivo.

DIRITTO - Preliminarmente va dichiarata la contumacia della Montepaschi Se.ri.t.

s.p.a. la quale non si è costituita nel secondo giudizio, sebbene ritualmente citata mediante notificazione del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza.

Passando al merito delle opposizioni, le stesse devono ritenersi totalmente infondate.

Le pretese creditorie azionate dall'INPS si fondano sui risultati dell'accertamento ispettivo concluso in data 12.12.2002, dal quale è emerso che:

“A) La Società non applica il CCNL di categoria “commercio” del 3/11/1994 integrato dall'ipotesi d'accordo del 29/11/1996, dall'ipotesi d'accordo del 29/09/1999 e dal Contratto Integrativo Provinciale del CCNL del 17/12/1979, valido per le aziende commerciali ed ausiliarie del commercio della provincia di Palermo.

Si precisa in proposito che, la società, applica il CCNL “commercio fino a 8 dipendenti”, contratto non stipulato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, così come sancito dall'art. 1 comma 1 del D.L. 9 ottobre 1989 n. 338 convertito con L. 7 dicembre 1989 n. 389 che così recita: “La retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo”.

Per tale irregolarità, si procede:

1. Alla quantificazione delle retribuzioni omesse, calcolate dalle risultanze del libro di paga e dei cedolini meccanizzati fino al 30 settembre 2002 e, si diffida la società, a versare all'INPS i contributi dovuti, per tutto il personale occupato, dal periodo di paga di ottobre 2002 sui contratti di categoria “commercio” e C.I.P.L..

2. Al recupero delle agevolazioni previste dall'art. 3 legge 23/12/1998 n. 448 per tutto il personale beneficiario dello sgravio totale triennale.

B) La Società ha registrato a libro di matricola in epoca successiva a quella dell'effettivo inizio del rapporto di lavoro, omettendo totalmente il versamento dei contributi dovuti all'INPS dal 23/09/2002 al 6/10/2002, i lavoratori C. T. nata (omissis) a Palermo e M. S. nata (omissis) a Palermo come da dichiarazioni spontanee rese, dai dipendenti, a seguito di accesso ispettivo del 29/10/2002 e registrati, dalla società nel libro matricola in data 7 ottobre 2002.

Per le inadempienze sopra dette, si procede alla quantificazione delle somme omesse per contributi, per tutto il personale registrato a libro di matricola dal 4 novembre 1999, data di inizio dell'attività, come da prospetti dimostrativi allegati e delle relative somme aggiuntive calcolate ai sensi dell'art. 116 della legge 23 dicembre 2000, n. 338”.

Dalla lettura del verbale sopra riportato, emerge chiaramente che le omissioni contestate alla società opponente appartengono a due categorie e, come tali, meritano una distinta trattazione.

Per quanto riguarda la prima, descritta nella lettera a) del suddetto verbale, è opportuno ricordare che l'art. 1 del D.L. 338/1998, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, in materia di retribuzione imponibile, stabilisce che: *“La retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative*

su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo”.

Tale disposizione va, peraltro, integrata con la norma interpretativa contenuta nell’art. 2, comma 25 della L. 549/95, secondo cui : *“L’articolo 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai **contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria**”.*

Sulla scorta del combinato disposto normativo sopra riportato, ogni qual volta sia necessario determinare il c.d. “minimale contributivo” applicabile ad un determinato rapporto di lavoro, ovvero la retribuzione minima sulla cui base calcolare i contributi previdenziali, è necessario far riferimento *“all’importo delle retribuzioni stabilito da ... contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale”*, ovvero, in caso di una pluralità di fonti collettive applicabili ad una medesima categoria di lavoratori, alla retribuzione *“stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria”*.

La *ratio* di quest’ultima norma è chiara: il riferimento ad una sola fra le molteplici fonti negoziali collettive applicabili ad un medesimo gruppo di lavoratori, serve a razionalizzare il prelievo contributivo nell’ambito della singola categoria produttiva ed evitare il ricorso ai c.d. “contratti pirata”, ovvero l’adozione da parte datoriale di accordi collettivi stipulati con associazioni sindacali di comodo e, presumibilmente, meno idonee a rappresentare gli interessi dei lavoratori da esse rappresentati.

Il legislatore, però, pur usando anche in molte altre disposizioni normative il concetto di *“organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa”* (si veda in particolare, fra le più recenti e significative, la c.d. Legge Biagi, ovvero la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, attuata dal d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, modificato dal d. lgs. correttivo 6 ottobre 2004, n. 251 e, da ultimo, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80), non si cura di definire gli elementi sintomatici della *“maggiore rappresentatività comparativa”*, lasciando all’interprete l’onere di evidenziarne i confini e la portata.

Orbene, pur non volendo riprodurre per esteso la recente e complessa elaborazione dottrinale sorta sul punto, specie in riferimento all’istituto del lavoro temporaneo di cui alla legge n. 196/1997, è opportuno evidenziare come esistano due concezioni della rappresentatività comparata: una “soggettiva”, l’altra “oggettiva”.

Secondo la prima, si dovrebbe soffermare l’attenzione innanzitutto sui singoli soggetti sindacali, e conseguentemente collocare, già a monte del procedimento contrattuale, la selezione (che andrebbe in ogni caso circoscritta alle organizzazioni sindacali già dotate di maggiore rappresentatività). Così, in caso di pluralità di contratti insistenti sulla medesima categoria, viene messo in risalto il rapporto rappresentativo intercorrente tra l’entità esponenziale e la collettività sottostante, mentre viene costruito un rigoroso, duplice filtro selettivo dell’attività sindacale, sottoposta a verifica di rappresentatività con riferimento, in via preliminare, ai “soggetti” ed, in via secondaria ed eventuale, ai suoi “oggetti” (gli atti negoziali compiuti). In tal modo, resterebbe comunque il criterio della

maggiore rappresentatività «a monte» in funzione di primo necessario sbarramento per l'accesso al sistema e, «a valle», la rappresentatività comparata, a mò di ulteriore, eventuale filtro, in assenza di una fonte negoziale unica.

Secondo la seconda, invece, il criterio della maggiore rappresentatività comparata andrebbe, invece, riferito non a singoli soggetti sindacali, ma agli oggetti dell'attività sindacale, cioè a "coalizioni contrattuali a confronto". Si avrebbe, in quest'ottica, l'effetto significativo di riservare il riconoscimento legale al contratto sottoscritto dalla coalizione comparativamente più rappresentativa della categoria e dunque presumibilmente capace di realizzare assetti degli interessi collettivi più efficienti, ampi e stabili che siano ammessi al riconoscimento legislativo contratti collettivi sottoscritti da una coalizione comparativamente minoritaria nella categoria (presumibilmente al ribasso di quanto la coalizione maggioritaria nel medesimo ambito categoriale potrebbe ragionevolmente spuntare, come dimostra l'esperienza dei contratti c.d. pirata).

In entrambe le prospettive teoriche sopra descritte sorge, peraltro, il problema di individuare, in presenza di una pluralità di fonti collettive disciplinanti i rapporti di una medesima categoria, i concreti elementi sintomatici della "maggiore rappresentatività comparata" e, quindi, la contrattazione collettiva di riferimento (c.d. contratto leader).

Orbene, in assenza di specifiche indicazioni normative, appare opportuno mutuare (ed aggiornare, in un'ottica, appunto, "comparativa") i criteri discretivi elaborati in relazione alla più sperimentata nozione di maggiore rappresentatività, intesa nella duplice valenza quantitativa (numero degli iscritti) e qualitativa (idoneità al conflitto, sottoscrizione dei contratti collettivi di maggiore importanza, diffusione nel territorio e nelle categorie).

In altri termini, in presenza di molteplici fonti collettive stipulate nell'ambito di una medesima categoria di lavoratori, l'individuazione del c.d. contratto leader potrà essere effettuata dal Giudice valutando, mediante gli ordinari mezzi di cognizione forniti dal codice di rito, la consistenza quantitativa e qualitativa delle organizzazioni sindacali firmatarie delle diverse fonti collettive, al fine di compararne la concreta rappresentatività categoriale.

Nel caso di specie, il Ministero del Lavoro, rispondendo alla richiesta d'informazioni avanzata da questo Giudice con ordinanza del 23.9.2005, "*in ordine alla distribuzione territoriale ed al numero di datori di lavoro e di lavoratori iscritti alle seguenti OOSS: UCIT (Unione Cristiana Italiana Commercio e Turismo), ANCL (Associazione Nazionale consulenti del lavoro), FE.NA.S.A.L.C., CISAL, firmatari del CCNL commercio, aziende fino a 50 dipendenti*" del 7.9.96 e *FILCAMS-CGIL, FISASCAT-CISL, UIL, TUCS-UIL*", ha precisato quanto segue:

"... al fine di consentire a codesta Illustrissima Corte una valutazione degli elementi acquisiti in relazione a quanto richiesto con l'ordinanza, si trasmettono le ultime dichiarazioni in nostro possesso relative alle seguenti Associazioni collettive: UCICT; ANCL; FENASALC-CISAL; CISAL; FILCAMS-CGIL; FISASCAT-CISL; UILCAMS-UIL. Si precisa che, per brevità e per rendere meno gravosa la lettura, si inviano le sottoindicate comunicazioni non nella loro interezza, ma soltanto relativamente alle pagine concernenti la richiesta di codesta Corte (numero iscritti e diffusione territoriale). In particolare si tratta:

della comunicazione UCICT del 10.10.2005 concernente i dati organizzativi al

31/12/2004 (all. 1), nella quale la predetta Associazione ha dichiarato di annoverare 105.650 aziende con un numero di dipendenti complessivi pari a **170.000 unità**, nonché di essere strutturata in **20 regioni e 69 province**. L'elenco delle sedi regionali trasmesso è riferito al "Gruppo associativo C.N.A.I.", di cui l'UCICT è componente; della comunicazione ANCL del 27 gennaio 2006 concernente i dati organizzativi al **31/12/2004** (all. 2), nella quale la predetta Associazione ha dichiarato che gli iscritti per il 2005 sono oltre **6.000** nonché di essere strutturata in **19 regioni e 86 unioni provinciali**;

dell'ultima dichiarazione in nostro possesso relativa alla **FENASALC-CISAL**. Si tratta in particolare della lettera n. 1995/03/FGsv del **16 aprile 2003** (all. 3) concernente i dati organizzativi al 31.12.2002, trasmessa dalla Confederazione CISAL, cui la FENASALC aderisce;

della comunicazione **CISAL** del **4 novembre 2004** inviata ai fini del rinnovo del Cnel per il quinquennio 2005-2010 e concernente i dati organizzativi al 31/12/2003 (all.4) nella quale la predetta Confederazione ha dichiarato di annoverare **1.757.826 iscritti** nonché di essere strutturata in **20 unioni regionali e 103 unioni provinciali**. Diciassette (17) unioni provinciali coincidono con le regionali;

della comunicazione prot. n. 100/Bp/rb del 13 marzo 2001 (all.5) con la quale la **FILCAMS - CGIL** precisa di associare, per l'anno 2000, **251.600 iscritti**. Lo scrivente dispone altresì della lettera della CGIL del 7 novembre 2005 (all.6), relativa ai dati organizzativi aggiornati al **31.12.2004**, nella quale si dichiara che la federazione aderente **FILCAMS** associa **307.778 unità**, nonché della lettera del 25 gennaio 2006 (all.7) nella quale la CGIL precisa (in occasione del rinnovo del Comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali degli esercenti attività commerciali) che la Filcams "è capillarmente presente su tutto il territorio nazionale";

della comunicazione della **FISASCAT-CISL** del **24 febbraio 2003** concernente i dati organizzativi al 31.12.2002 (all.8), nella quale la predetta Associazione dichiara di annoverare 154.068 iscritti (di cui **63.500 nel commercio**, 31.729 nel turismo, 35.100 nei servizi e 23.739 imprese di pulizie), nonché allega la struttura territoriale delle federazioni. Lo scrivente dispone altresì della lettera della CISL del 2 novembre 2005 (all.9), relativa ai dati organizzativi aggiornati al 31.12.2004, nella quale si dichiara che la federazione aderente FISASCAT associa 170.458 unità, nonché della lettera della CISL del 2 dicembre 2005 (all.10) nella quale si precisa (in occasione del rinnovo del Comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali degli esercenti attività commerciali) che la FISASCAT è presente "presso le sedi della CISL in ogni provincia e in ogni sede regionale";

della comunicazione della **UILTUCS** del **27 dicembre 2005** concernente i dati organizzativi al 31.12.2004 (all.11), nella quale la predetta Associazione dichiara di annoverare circa 90.000 iscritti (di cui **ca. 27.000 nel commercio**; ca. 19.000 nel turismo; ca. 18.000 nei servizi e 25.740 autonomi), nonché di allegare l'indirizzario aggiornato delle strutture UILTUCS territoriali e regionali. Si precisa che la predetta lettera è pervenuta allo scrivente priva del predetto indirizzario. Lo scrivente dispone altresì della lettera della UIL del 10 novembre 2005 (all.12), relativa ai dati organizzativi aggiornati al 31.12.2004, nella quale si dichiara che la categoria aderente UILTUCS associa 90.073

unità, nonché della lettera della UIL del 1 dicembre 2005 (all.13) nella quale si precisa (in occasione del rinnovo del Comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali degli esercenti attività commerciali) che la UILTUCS “è presente su tutto il territorio nazionale con proprie sedi competenti alla formulazione e stipulazione e stipulazione dei contratti collettivi di lavoro, alla trattazione e risoluzione di controversie individuali, plurime e collettive “ed alla quale è allegato, tra l’altro, anche un elenco di 21 sedi regionali e 85 provinciali della UILTUCS”.

Orbene, sulla scorta dei dati sopra riportati (che seppur temporalmente non omogenei, sono corroborati dalla documentazione allegata alle suddette informazioni e non risultano contraddetti da elementi probatori o indiziari di segno contrario) può ragionevolmente concludersi che le organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo commercio” del 3/11/1994 integrato dall’ipotesi d’accordo del 29/11/1996, dall’ipotesi d’accordo del 29/09/1999, ovvero la FILCAMS-CGIL, FISASCAT-CISL e UILCAMS-UIL fossero, per numero di iscritti e per diffusione territoriali, “*maggiormente rappresentative*” di quelle (UCICT, ANCL, FENASALC-CISAL e CISAL) firmatarie del CCNL Commercio (aziende fino a 50 dipendenti), applicato dalla società opponente.

Da ciò discende la fondatezza delle pretese creditorie avanzate da parte opposta sia a titolo di omissioni contributive (per violazione del “minimale contributivo” previsto dall’art. 1 del D.L. 338/1998, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389) sia a titolo di recupero dello sgravio contributivo totale triennale, indebitamente conguagliato dalla società.

A quest’ultimo riguardo, appare opportuno ricordare come la consolidata giurisprudenza di legittimità abbia più volte chiarito che: “*In tema di sgravi contributivi e di fiscalizzazione degli oneri sociali, grava sull’impresa che vanti il diritto al beneficio l’onere di provare la sussistenza dei necessari requisiti in relazione alla fattispecie normativa di volta in volta invocata*” (cfr. da ultimo Cass. Sez. L. n. 5137 del 9.3.2006).

Pertanto, nel caso di specie, la società opponente, la quale vanta il diritto al godimento del c.d. sgravio totale triennale, previsto dall’art. 3 della L. 448/98, avrebbe dovuto, specificamente allegare e provare la sussistenza di tutti i presupposti per l’applicazione dello stesso, previsti dal comma 6° del medesimo articolo (ovvero che: “*a) l’impresa, anche di nuova costituzione, realizzi un incremento del numero di dipendenti a tempo pieno e indeterminato. Per le imprese già costituite al 31 dicembre 1998, l’incremento è commisurato al numero di dipendenti esistenti al 30 novembre 1998; b) l’impresa di nuova costituzione eserciti attività che non assorbono neppure in parte attività di imprese giuridicamente preesistenti ad esclusione delle attività sottoposte a limite numerico o di superficie; c) il livello di occupazione raggiunto a seguito delle nuove assunzioni non subisca riduzioni nel corso del periodo agevolato; d) l’incremento della base occupazionale venga considerato al netto delle diminuzioni occupazionali in società controllate ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile o facenti capo, anche per interposta persona, allo stesso soggetto e, in caso di affidamento da parte di amministrazioni pubbliche di servizi o di opere in concessione o appalto, al netto del personale comunque già occupato nelle medesime attività al 31 dicembre dell’anno precedente; e) i nuovi dipendenti siano iscritti nelle liste di collocamento o di mobilità oppure fruiscano della cassa inte-*

grazione guadagni nei territori di cui al comma 5; f) i contratti di lavoro siano a tempo indeterminato; g) siano osservati i contratti collettivi nazionali per i soggetti assunti; h) siano rispettate le prescrizioni sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori previste dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni; i) siano rispettati i parametri delle prestazioni ambientali come definiti dal l'articolo 6, comma 6, lettera f), del decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato 20 ottobre 1995, n. 527, e successive modificazioni”).

Nessuna prova in tal senso è stata, però, fornita dall'opponente, che ne aveva l'onere, sì da non potersi affermare la legittimità del godimento da parte della stessa, dello sgravio contributivo triennale, previsto dalla L. 448/94.

A ciò si aggiunga come il riferimento contenuto nella lettera g) del succitato art. 3, comma 6, quale condizione per il godimento del suddetto beneficio, ovvero l'osservanza dei “*contratti collettivi nazionali per i soggetti assunti*”, debba essere necessariamente coordinato, per evidenti ragioni di coerenza sistematica, con la disposizione generale dettata dall'articolo 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, come interpretato dall'art. 2, comma 25 della L. 549/95.

Pertanto, al fine di riconoscere il diritto allo sgravio previsto dalla L. 448/98, non può ritenersi sufficiente, come opinato da parte opponente, l'osservanza da parte datoriale di un qualsiasi contratto collettivo nazionale di categoria, ma deve ritenersi necessario il rispetto di un contratto collettivo stipulato “*dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale*”, ovvero, in caso di una pluralità di fonti collettive disciplinanti la medesima categoria, l'applicazione dell'accordo stipulato “*dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria*”.

Diversamente opinando, si finirebbe per riconoscere il diritto agli sgravi proprio a quei datori di lavoro che, per palesi finalità di evasione contributiva e compressione dei diritti dei propri dipendenti, diano applicazione ad un c.d. contratto pirata, amplificandone così gli effetti distorsivi ed elusivi.

In termini conclusivi la pretesa creditoria avanzata dall'INPS a titolo di restituzione degli sgravi contributivi indebitamente conguagliati è da ritenersi fondata.

Altrettanto fondate devono ritenersi le pretese creditorie di cui alla lettera B) del verbale di accertamento e relative alla data d'inizio del rapporto di lavoro delle lavoratrici C. e M.. Al riguardo è opportuno ricordare come l'INPS (e la SCCI), nella loro qualità di creditori sostanziali, avessero l'onere di provare i fatti posti a fondamento delle suddette pretese creditorie.

Nel caso di specie, le prove offerte dall'Istituto, ovvero i verbali delle dichiarazioni raccolte in sede ispettiva, appaiono in grado di assolvere a tale onere probatorio, anche se correlate con le dichiarazioni, di segno contrario, rese in sede giudiziaria dalle lavoratrici, C. e M., interessate dall'accertamento.

Queste ultime hanno sconfessato quanto già dichiarato in sede ispettiva, affermando la prima, di aver “*lavorato per la società opponente come commessa dai primi di ottobre del 2002 sino al giugno del 2003. Prima dell'ottobre del 2002 non ho svolto attività lavorativa per la società, ma mi sono semplicemente recata presso i locali aziendali per prendere*

visione della merce commercializzata dalla società stessa” e la seconda: “Prima del 7 ottobre del 2002 mi sono limitata a prendere visione della merce venduta dalla società, ma solo dopo quella data ho cominciato a vendere la merce come commessa”.

Tali dichiarazioni, pienamente adesive alla prospettazione difensiva di parte opponente e difforni rispetto a quanto precedentemente dichiarato in fase ispettiva, appaiono palesemente inattendibili.

Appare, infatti, estremamente inverosimile, specie in assenza di una qualche plausibile spiegazione di tale fraintendimento, che le lavoratrici, sentite in data 29.10.2002 (e cioè a distanza di poche settimane dall’inizio dell’attività lavorativa) abbiano entrambe concordemente dichiarato di lavorare per l’opponente “dal 23.9.2002” (indicando cioè un preciso giorno dell’anno, poco distante nel tempo) per poi indicare con maggiore precisione la data d’inizio del rapporto di lavoro, soltanto in sede giudiziaria, ovvero a distanza di oltre 4 anni.

Sulla scorta delle dichiarazioni cristallizzate nei verbali prodotti in giudizio, la cui genuinità non è stata peraltro contestata da parte opponente, deve, pertanto, ritenersi provato che le lavoratrici C. e M. sono state effettivamente assunte in data 23.9.2002, anziché in data 7.10.2002.

Da ciò discende la fondatezza della pretesa contributiva avanzata da parte dell’INPS in relazione alla posizione delle suddette lavoratrici.

In ordine, infine, al computo delle somme aggiuntive, operato da parte convenuta, in applicazione dell’art. 116 della L. 388/00, non può ritenersi condivisibile il richiamo, operato da parte opponente, alla disciplina sanzionatoria prevista dal comma 10 del medesimo articolo (secondo cui: “*Nei casi di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi derivanti da oggettive incertezze connesse a contrastanti orientamenti giurisprudenziali o amministrativi sulla ricorrenza dell’obbligo contributivo, successivamente riconosciuto in sede giudiziale o amministrativa, sempreché il versamento dei contributi o premi sia effettuato entro il termine fissato dagli enti impositori, si applica una sanzione civile, in ragione d’anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40 per cento dell’importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge*”).

Appare, infatti, evidente come nel caso di specie, le omissioni contributive contestate alla società opponente non abbiano tratto alcuna fonte “*da oggettive incertezze connesse a contrastanti orientamenti giurisprudenziali o amministrativi sulla ricorrenza dell’obbligo contributivo, successivamente riconosciuto in sede giudiziale o amministrativa*”, bensì dall’inesatta quantificazione dei contributi da versare in applicazione di un contratto collettivo non conforme al dettato dell’art. 1 del D.L. 338/1989, al conseguente indebito conguaglio dello sgravio contributivo previsto dalla L. 448/98 ed infine, dalla mancata regolarizzazione di due lavoratrici per il periodo compreso fra il 23.9.2002 ed il 7.10.2002.

Sulla scorta di tutte le considerazioni che precedono entrambe le opposizioni vanno integralmente rigettate.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

(*Omissis*)

MINIMALE CONTRIBUTIVO E INDIVIDUAZIONE DEL CONTRATTO *LEADER*.

Sommario: 1. - Il caso oggetto della sentenza. 2. - Il minimale contributivo. 3. - La rappresentatività comparata. La soluzione del giudice.

1. — Il caso oggetto della sentenza

Il caso affrontato dalla decisione in commento riguarda il problema della individuazione del contratto collettivo da applicare al fine di determinare la retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi di previdenza e assistenza, in ipotesi in cui vi siano una pluralità di contratti collettivi stipulati per la medesima categoria.

Più precisamente la sentenza trae le mosse dall'opposizione da parte di una Società al verbale di accertamento ed alla relativa cartella esattoriale dalle quali era emerso un credito a favore dell'INPS a titolo di omissioni contributive derivanti dall'aver applicato ai propri dipendenti il Ccnl "commercio fino ad 8 dipendenti" in luogo del Ccnl di categoria "commercio" del 3 novembre 1994 integrato dall'ipotesi di accordo del 29 novembre 1996, dall'ipotesi di accordo del 29 settembre 1999 e dal Contratto Integrativo Provinciale del 17 dicembre 1999 valido per le aziende commerciali ed ausiliarie del commercio della provincia di Palermo, ritenuto, invece, applicabile dagli Ispettori.

Il Ccnl applicato dalla Società era stato ritenuto dagli Ispettori INPS "non stipulato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale" e, come tale, non utilizzabile come base di calcolo per i contributi previdenziali per come previsto dall'art. 1 del d.l. 9 ottobre 1989 n. 388 convertito con la l. 7 dicembre 1989 n. 389. Era emerso, pertanto, un credito nei confronti dell'INPS derivante dall'aver utilizzato un imponibile contributivo inferiore di quello risultante utilizzando la retribuzione prevista dal Ccnl di categoria "commercio".

Il Tribunale di Palermo rigetta l'opposizione della Società ritenendo corretta l'applicazione del Ccnl "commercio" in luogo del Ccnl "commercio fino ad otto dipendenti" applicato dalla Società e ciò sulla base della norma interpretativa contenuta nell'art. 2, comma 25° della l. n. 549/1995 secondo cui "L'articolo 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria".

Al fine di individuare il contratto stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, e cioè il c.d. contratto *leader*, in mancanza di specifiche indicazioni normative, il giudice ritiene opportuno utilizzare i criteri elaborati in merito

alla nozione di maggiore rappresentatività intesa sia nella sua valenza quantitativa (numero degli iscritti) sia nella sua valenza qualitativa (idoneità al conflitto, sottoscrizione dei contratti collettivi di maggiore importanza, diffusione nel territorio e nelle categorie).

2. — *Il minimale contributivo*

Ai fini previdenziali la base imponibile è rappresentata dalla retribuzione che il lavoratore deve ricevere, a prescindere dalla circostanza che la stessa sia stata effettivamente erogata.

L'enunciazione di detto principio si rinviene nell'art. 1 del d. l. n. 338/1989 che, appunto, sotto la rubrica "Retribuzione imponibile, accreditamento della contribuzione settimanale e limite minimo di retribuzione imponibile" prevede che "la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo". Pertanto mentre il reddito imponibile ai fini fiscali regolato dall'art. 48 TUIR è quello percepito effettivamente dal lavoratore, il reddito imponibile ai fini previdenziali è quello che scaturisce dalla retribuzione dovuta al lavoratore.

A differenza del campo fiscale, infatti, in cui vige il principio di "cassa", nel sistema previdenziale vige il principio di "competenza" sicché l'obbligo contributivo sorge nel momento in cui la retribuzione deve essere erogata, a prescindere dalla sua effettiva corresponsione.

L'art. 6 del d. lgs. n. 314/1997 (Determinazione del reddito da lavoro dipendente ai fini contributivi), all'ottavo comma, tramite l'esplicito riferimento all'art. 1 del d.l. n. 338/1989 ancora il reddito imponibile ai fini previdenziali al minimale retributivo sul quale calcolare i contributi dovuti. Minimale che viene determinato dal legislatore mediante il rinvio a fonti estranee alla volontà delle parti del rapporto di lavoro.

A tale proposito è stato, ormai, risolto il contrasto sorto all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 1 del d.l. n. 338/1989 in relazione alla efficacia della norma nei confronti dei datori di lavoro non iscritti al sindacato stipulante. Le Sezioni Unite della Cassazione con sentenza 29 luglio 2002 n. 11199¹ hanno affermato che l'imponibile contributivo vada calcolato su tutte le componenti previste dal contratto collettivo, anche quando quest'ultimo non sia applicato al datore di lavoro interessato sulla base della mancata iscrizione al sindacato stipulante.

L'art. 1 del d. l. n. 338/1989, infatti, fa riferimento, quale base di calcolo per i contributi previdenziali, alla retribuzione prevista dai contratti collettivi "senza le limitazioni derivanti dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 36 Cost. (cd. minimo retributivo costituzionale), che sono rilevanti solo quando a detti contratti si ricorre –

(1) In Giur. it., 2003, pag. 1807 con nota di CAPURSO, Le Sezioni unite si pronunciano sul minimale contributivo: brevi note a margine di un problema ancora irrisolto.

con incidenza sul distinto rapporto di lavoro – ai fini della determinazione della giusta retribuzione”.

Pertanto l'esclusione di alcune voci retributive “sarebbe non solo arbitraria ma anche incongrua” (...) “non trattandosi di calcolare la giusta retribuzione ma piuttosto, di stabilire il rapporto tra retribuzione oggetto del rapporto di lavoro e retribuzione parametro ai fini contributivi”. Il suddetto principio è stato, poi, ribadito da sentenze successive nelle quali si è affermato che l'art. 1 del d. l. n. 338/1989, nell'estendere ai datori di lavoro non obbligati ad applicare il contratto collettivo di categoria, i livelli retributivi minimi in esso fissati ai fini del calcolo dell'imponibile contributivo, agisce unicamente sul piano del rapporto previdenziale “stabilendo un parametro comune, al fine di garantire una sostanziale parità dei datori di lavoro nel finanziamento del sistema previdenziale”, sicché il citato art. 1 “non implica un'estensione autoritativa, vietata dall'art. 39 Cost., della contrattazione collettiva nel rapporto sostanziale di lavoro stipulato dai datori di lavoro che non aderiscono alle OO.SS. e che restano liberi, nei limiti di cui all'art. 36 Cost., di non attenersi ai minimi contrattuali”².

Pertanto a prescindere dalla disciplina contrattuale applicata dalle parti al rapporto di lavoro il “dovuto” sul piano previdenziale, per disposizione imperativa di legge, deve essere calcolato con riferimento alla disciplina stabilita nella parte economica del contratto collettivo. Si viene così a realizzare una sorta di differenziazione tra retribuzione *effettiva* rilevante nel rapporto di lavoro e retribuzione *virtuale* assunta come parametro ai fini previdenziali³. Ciò, sotto diversa angolazione, è anche una manifestazione del principio di autonomia esistente tra rapporto di lavoro e rapporto previdenziale per cui “*le obbligazioni del datore di lavoro, concernenti la tutela previdenziale dei propri dipendenti non possono ritenersi inserite nel contratto di lavoro, alla stregua di obblighi legali diretti a rafforzare e qualificare i doveri di protezione costituenti il corrispettivo (contrattuale o legale) della prestazione di lavoro. Esse sono, invece, con quelli soltanto interferenti, per la necessaria, istituzionale intersecazione del rapporto di lavoro con i rapporti che nascono dalla acquisizione dello status*

(2) Cfr. Cass., 26 settembre 2005, n. 18761, in Riv. it. dir. lav., 2006, II, pag. 911 con nota di GENTILE, Efficacia erga omnes del contratto collettivo per la determinazione del contributo previdenziale minimo e principio costituzionale di libertà sindacale: la Cassazione nega il contrasto.

(3) D'altro canto non mancano esempi di determinazione della retribuzione imponibile sulla base di parametri convenzionali: è quanto è avvenuto con l'art. 28 del d. P.R. n. 488/1968, nel settore agricolo, norma che ha superato il vaglio della Corte Costituzionale che con sentenza n. 342 del 20 luglio 1992 ha escluso ogni dubbio di illegittimità costituzionale dell'art. 28 mettendo in evidenza come “non potendosi tenere conto delle particolari situazioni di ciascun lavoratore, si è dovuto prescindere, in via generale, da una specifica individualizzazione e ricorrere ad un sistema impositivo altamente specializzato” realizzando in tal modo “un bilanciamento di interessi, assicurato dalla utilizzazione di contratti collettivi come modelli generali o parametri validi per la generalità dei datori di lavoro senza peraltro conferire efficacia *erga omnes* per quanto attiene al rapporto di lavoro, essendo questo del tutto distinto da quello previdenziale”. Invero non sono mancate eccezioni alla regola del rispetto del minimale: infatti, per l'indennità di disponibilità nei contratti di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo o intermittente e per la retribuzione fissata dai contratti collettivi di riallineamento si è stabilito che i contributi siano versati sull'effettivo ammontare della prestazione.

previdenziale, e mantengono, perciò, la propria identità di obbligazioni che trovano fonte e giustificazione in quest'ultimo"⁴.

Altro problema ormai da ritenere risolto riguarda l'esatta individuazione della contrattazione collettiva applicabile per i settori produttivi privi di contrattazione. Ed infatti la Cassazione ha affermato che in tal caso si deve ritenere applicabile il contratto che disciplina il settore maggiormente affine⁵. Maggiori difficoltà si incontrano qualora invece si debba scegliere il contratto collettivo in presenza di più contratti conclusi da una pluralità di sigle sindacali. In tal caso, per come si è detto, l'art. 2, comma 25°, della l. 549/1995 prevede che la scelta debba ricadere sui contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

3. — La rappresentatività comparata. La soluzione del giudice.

La nozione di "maggiore rappresentatività comparata" è entrata per la prima volta nel linguaggio legislativo ad opera della l. n. 298/1974 concernente l'istituzione dell'albo nazionale degli autotrasportatori di cose per conto terzi e più precisamente con le norme di esecuzione della legge contenute nel D.P.R. n. 32/1976 che hanno previsto la possibilità per le associazioni nazionali più rappresentative della categoria degli autotrasportatori di cose per conto terzi di designare cinque dei sei rappresentanti delle associazioni locali nei comitati provinciali istituiti dalla legge n. 298/1974. Al fine, poi, di selezionare le cinque associazioni sindacali incaricate della nomina dei rappresentanti, il decreto ha previsto che il Ministero dei Trasporti effettui una graduatoria in ordine decrescente di rappresentatività fra le associazioni che ritenendo di averne titolo avessero presentato al Ministero una idonea documentazione diretta a comprovare il possesso dei requisiti indicati dall'art. 4⁶ della legge nonché ogni altro elemento ritenuto utile, e ciò

(4) Così CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2008, pag. 257; *Id.*, I problemi della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1996, pag. 463.. Cfr. anche circolare INPS n. 40 del 20 febbraio 1996 in www.inps.it/circolari secondo cui con l'art. 1 del d.l. n. 338/1989, il legislatore ha voluto "garantire da un lato parità di condizioni alle imprese, sia ai fini degli adempimenti contributivi che a quelli di accesso a sgravi e fiscalizzazione e, dall'altro, in funzione di un'adeguata tutela assicurativa ai lavoratori: norma che ha alla base il costante indirizzo della Corte di Cassazione, che ha sancito l'autonomia del rapporto assicurativo-previdenziale rispetto a quello retributivo, in quanto il primo deriva da obblighi di legge, mentre il secondo si fonda sull'autonomia negoziale delle parti".

(5) Cfr. Cass. 16 giugno 2001 n. 8177 in *Gius.*, 2001, 20, pag. 2381; Cass. 25 settembre 2004 n. 19308, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 1-2, pag. 78; Cass. 26 aprile 2007 n. 9967, in *Guida lav.*, 2007, 37, pag. 34.

(6) L'art. 4, comma 2°, della legge n. 298/1974 prevede che "Ai fini delle designazioni di cui al paragrafo precedente, le associazioni nazionali della categoria degli autotrasportatori di cose per conto di terzi più rappresentative sono determinate dal Ministero dei trasporti, con le modalità stabilite nel presente articolo, fra quelle che, entro i termini previsti dal comma seguente, abbiano documentato il possesso alla data di scadenza dei termini stessi, di tutti i requisiti seguenti:

- 1) un ordinamento interno a base democratica, sancito dallo statuto;
- 2) potere di rappresentanza, risultante in modo esplicito dallo statuto, di appartenenti alla categoria degli autotrasportatori di cose per conto di terzi, con esclusione di contemporanea rappresentanza di categorie aventi interessi contrapposti;

a seguito di valutazione comparativa della consistenza numerica e qualitativa dei titoli presentati e della consistenza del numero degli associati.

In seguito la nozione è stata utilizzata dalla legge finanziaria del 1995 (l. n. 549/1995) per selezionare i contratti collettivi applicabili in materia di minimale contributivo, poi nel 1996 è stata adottata in materia di contratti di riallineamento e di lavoro temporaneo, per poi, via via assurgere ad esclusivo criterio selettivo previsto dalla legge e “*destinato a rimpiazzare il logoro criterio della “maggiore rappresentatività”*”⁷.

Indubbiamente l'avverbio introdotto presenta margini di indeterminazione superiori a quelli riguardanti la vecchia nozione⁸ in riferimento all'individuazione dei soggetti contrattuali. Sicuramente, però, a differenza della “maggiore rappresentatività” il nuovo criterio ha un senso soltanto nell'ambito di un eventuale potenziale o attuale concorso-conflitto tra contratti collettivi applicabili in uno stesso ambito⁹.

La nozione di “maggiore rappresentatività comparata” risponde all'esigenza di enucleare un criterio selettivo più pregnante di quello costituito dalla “maggiore rappresentatività”; e ciò al fine di arginare la tendenza alla stipula del c.d. contratti collettivi “pirata” caratterizzati da (più) ridotti *standards* di tutela¹⁰.

In verità qui non si tratta di stabilire, come nel vecchio art. 19 St. lav., la soglia di accesso a certi diritti ma di individuare la fonte di un trattamento normativo da applicare, pertanto, così operando, il legislatore ha voluto assicurare che venga selezionato non (o non solo) il contratto collettivo stipulato dal sindacato che vanti una adeguata rappresentatività ma proprio la “mag-

3) un'anzianità di costituzione di almeno tre anni, quale indice presuntivo di sufficiente esperienza, durante i quali siano state date concrete manifestazioni di attività svolte nell'interesse professionale della categoria, quali la partecipazione alla stipulazione di contratti o accordi collettivi di lavoro, la trattazione di vertenze collettive di lavoro, lo svolgimento di efficaci azioni sindacali, la collaborazione fornita alla pubblica amministrazione con la partecipazione a commissioni o con la consulenza nella predisposizione di norme ovvero in trattative internazionali in materia di autotrasporto di cose;
4) un'organizzazione periferica, diretta o per mezzo di associazioni locali aderenti, aventi sedi in almeno trenta circoscrizioni provinciali”.

(7) Cfr. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003, pag. 225. Sulla maggiore rappresentatività comparata v. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, Torino, 2002, 2° ed., pag. 76 e ss..

(8) Cr. D'HARMANT-FRANCOIS, *Lavoro temporaneo e autonomia collettiva*, in *Dir. lav* 1999, 1, pag. 80.

(9) Cfr. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 1998 pag. 674 secondo il quale il criterio della maggiore rappresentatività comparata se riferito a singoli soggetti sindacali e non a coalizioni contrattuali a confronto porterebbe al risultato paradossale di selezionare o soltanto il sindacato più grande di tutti oppure il sindacato meno piccolo fra tutti. Invece se riferito a coalizioni contrattuali poste a confronto tra loro “*ha l'effetto significativo di riservare il riconoscimento legale al contratto sottoscritto dalla coalizione «comparativamente più rappresentativa» nella categoria e, dunque, presumibilmente capace di realizzare assetti degli interessi collettivi più ampi e stabili, a preferenza di ogni altro, ovvero, che è lo stesso, di impedire che siano ammessi al riconoscimento legislativo contratti collettivi sottoscritti da una coalizione comparativamente minoritaria nella categoria*”.

(10) Cfr. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, cit., pag. 224; PERA, *Note sui contratti collettivi «pirata»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, pag. 381; CARUSO, *Lavoro sommerso e ruolo del sindacato*, in *Diritto del lavoro e politiche per l'occupazione*, Suppl. in *Riv. giur. lav.*, 1999, pag. 85.

giore” rappresentatività in senso comparativo¹¹, mediante l’utilizzazione di un criterio di “*quasi gerarchia*”¹² all’interno dell’area della maggiore rappresentatività. Con ciò risulta evidente la diversità di *ratio* rispetto al concetto di sindacato maggiormente rappresentativo, nozione, questa, che ha sempre rappresentato una sorta di legittimazione all’ingresso in un *club* in cui però tutti i sindacati erano collocati sullo stesso piano e dove sicuramente era incompatibile ogni selezione interna che avrebbe comportato la perdita di esclusività dell’ambito ristretto nonché avrebbe intaccato la stessa parità formale fra le organizzazioni ammesse¹³.

La nozione di maggiore rappresentatività comparata è stata foriera di varie riflessioni dottrinarie. Una prima questione è stata quella di stabilire se il criterio enucleato dovesse riferirsi ai soggetti sindacali ovvero ai contratti esistenti nell’ambito della stessa categoria. Si sono contrapposte, così, due concezioni della rappresentatività comparata: una, appunto, “soggettiva” secondo la quale la selezione avviene tra le organizzazioni dotate della maggiore rappresentatività, l’altra, invece “oggettiva” riferita cioè non ai singoli soggetti sindacali ma agli oggetti dell’attività sindacale, sicché la rappresentatività opererebbe non come criterio di legittimazione *ex ante* rispetto alla conclusione del contratto collettivo ma come selezione *ex post* tra due regolamentazioni in confronto/conflitto¹⁴. In verità il quadro normativo non fornisce utili indicazioni per una soluzione unitaria, in quanto il criterio della maggiore rappresentatività comparata è stato utilizzato a volte in maniera esplicita per una selezione tra una eventuale pluralità di contratti per la medesima categoria, come avviene nell’art. 2, 25° comma, della l. 549/1995, altre volte, invece, quando si è trattato di affidare ai contratti stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale la funzione di integrare o modificare la regolamentazione posta dalla legge, come nel caso dei rinvii esistenti nella l. n. 276/2003 di riforma del mercato del lavoro, la selezione sembra riferita ai soggetti piuttosto che alla produzione contrattuale¹⁵.

Invero, aderendo alla concezione oggettiva la portata del criterio verrebbe oltremodo ridimensionata in quanto esso andrebbe ad operare unicamente qualora vi sia la compresenza di più contratti per la medesima categoria e non per selezionare mediante la comparazione “*pochi, autentici ed autorevoli interlocutori negoziali*”¹⁶. Inoltre ciò

(11) Così DEL PUNTA, Il lavoro temporaneo nella l. n. 196/1997 in Riv. it. dir. lav., 1998, I, pag. 217 secondo cui “*si potrebbe dire che come nel vecchio testo dell’art. 19 «maggiormente» significava in effetti «adeguatamente», così «comparativamente» significa in effetti «maggiormente» anche perché è seguito dall’avverbio «più» che funge da segnale di comparativo di maggioranza*”.

(12) Cfr. RUSCIANO, Contratto collettivo e autonomia sindacale, cit., pag. 225.

(13) Cfr. LASSANDARI, Pluralità di contratti collettivi nazionali, in Lav. e dir. 1997, 2, pag. 289 secondo cui “*intenzione del legislatore, attraverso l’utilizzo del concetto di sindacato maggiormente rappresentativo, era insomma quella di creare un ambito ristretto, dato agli interlocutori «permanenti» dell’ordinamento statale, cui si chiedeva di farsi rappresentanti «affidabili» delle peculiarità e della ricchezza espresse dal sistema di relazioni industriali, a prescindere dalla consistenza numerica e dal radicamento territoriale e settoriale di ciascuno di essi*”.

(14) Per una ricostruzione delle due concezioni della rappresentatività comparata v. ZAMPINI, Il sindacato “comparativamente più rappresentativo” nella c.d. riforma Biagi, in www.dirittodellavoro.it.

(15) Cfr per quanto riguarda il lavoro temporaneo, BONARDI, Il lavoro temporaneo tramite agenzia, in Riv. it. dir. lav., 1997, I, pag. 404.

(16) Cfr. RUSCIANO, Contratto collettivo e autonomia sindacale, cit., pag. 226.

potrebbe, forse, porsi in contrasto con le indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario ove viene posta in rilievo la necessaria esigenza che per potere essere considerate quali norme di diritto dell'Unione, gli accordi stipulati dalle parti sociali debbano provenire da soggetti aventi una "rappresentatività cumulativa sufficiente", con la conseguenza che se le parti firmatarie non possedessero tale caratteristica, la Commissione e il Consiglio dovrebbero negare l'attuazione dell'accordo concluso a livello comunitario. Ed inoltre, qualora le parti firmatarie non dovessero avere rappresentatività cumulativa sufficiente "le parti sociali consultate dalla Commissione ai sensi dell'art. 3, nn. 2 e 3 dell'Accordo sulla Politica Sociale di Maastricht, che non avrebbero concluso l'accordo di cui trattasi e la cui rappresentatività propria, sempre alla luce del contenuto di quest'ultimo, è necessaria per integrare la rappresentatività cumulativa dei firmatari, dispongono del diritto di impedire alla Commissione e al Consiglio di garantire l'attuazione a livello comunitario con un atto legislativo"¹⁷.

Altra questione di rilevante interesse è quella relativa all'esatta individuazione della categoria di riferimento e dei suoi confini. Ed infatti l'applicazione del principio della rappresentatività comparata necessita di due passaggi successivi: l'esatta determinazione della categoria e l'individuazione, all'interno della categoria del contratto maggiormente rappresentativo. A questo punto non si può non partire dal principio secondo cui "*la categoria si autodetermina autonomamente dal basso*"¹⁸; ciò comporta che per aversi "categoria" dovrà risultare, in applicazione del principio democratico, che alle organizzazioni sindacali stipulanti sia associata la maggioranza dei lavoratori da una parte e la maggioranza dei datori di lavoro dall'altra¹⁹.

Il secondo passaggio riguarda la misurazione in via comparata della rappresentatività dei soggetti negoziali, ovvero, sotto diversa angolazione, l'esatta individuazione del contratto applicabile laddove esistano più contratti conclusi da sigle sindacali diverse, problema a cui il giudice della sentenza in commento ha dato per la prima volta una risposta.

Il giudice, infatti, preso atto che in materia il legislatore non ha (volutamente?) dato alcuna indicazione ha ritenuto "*opportuno mutuare (ed aggiornare, in un'ottica comparativa) i criteri discretivi elaborati in relazione alla più sperimentata nozione di maggiore rappresentatività, intesa nella duplice valenza quantitativa (numero degli iscritti) e qualitativa (idoneità al conflitto, sottoscrizione dei contratti collettivi di maggiore importanza, diffusione nel territorio e nelle categorie)*".

Partendo dalla superiore premessa metodologica, quindi, il giudice ha richiesto al

(17) Si fa riferimento all'azione di annullamento prevista dall'art. 230 TCE proposta dall'UEAPME (*Union Européenne de l'Artisanat et des Petites Moyennes Entreprises*) conclusa con la sentenza del Tribunale di prima istanza delle Comunità Europee, 17 giugno 1998, UEAPME c. Consiglio, in Riv. giur. lav., 1999, II, pag. 289, con nota di SCARPELLI, I nodi del neocorporatismo al pettine del diritto comunitario. Sul punto v. NUNIN, Dialogo sociale europeo e rappresentatività degli attori, in Lav. giur., 1999, 5, pag. 405 e ss..

(18) Cfr. PERA, Note sui contratti collettivi <pirata>, cit. pag. 387.

(19) Cfr. PERA, Note sui contratti collettivi <pirata>, cit. pag. 387-388, il quale sottolinea come a tal fine sarebbero necessari "*approfonditi accertamenti, lunghi e dispendiosi; quegli accertamenti che, in genere, i nostri giudici in controversie del tipo hanno evitato*"; Bellavista, Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d. lgs. n. 276/2003, in Riv. giur. lav., 2004, pag. 192.

Ministero del lavoro delle informazioni sulla distribuzione territoriale e sul numero degli iscritti delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi che nel caso di specie si “disputavano” la maggiore rappresentatività, per poi, sulla base delle indicazioni fornite dal Ministero pervenire alla conclusione secondo la quale nella comparazione fra le sigle sindacali, per numero degli iscritti e per diffusione territoriale, la maggiore rappresentatività spettasse alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo ritenuto applicabile alla società ricorrente da parte degli ispettori INPS.

Per tale motivo il giudice conclude per la piena legittimità delle pretese creditorie dell’istituto previdenziale sia a titolo di omissioni contributive per violazione del “minimale contributivo” sia a titolo di recupero dello sgravio contributivo triennale che indebitamente era stato conguagliato dalla società.

In relazione a quest’ultimo punto, infatti, il giudice richiama il principio oramai incontestato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo il quale, in tema di sgravi contributivi e di fiscalizzazione degli oneri sociali, colui che assume di averne diritto ha l’onere di provarne i fatti costitutivi²⁰.

E tale principio non subisce deroghe anche nel caso di opposizione del datore di lavoro a un’ingiunzione dell’ente previdenziale per il pagamento di contributi non integralmente versati.

Ed infatti, non essendovi dubbio che il pagamento dei contributi sia obbligazione nascente dalla legge, spetta al debitore dimostrare il suo esatto adempimento, giusta il principio, enunciato dalle Sezioni Unite della Cassazione²¹ per cui “in tema di prova dell’inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l’adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell’inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell’onere della prova del fatto estintivo dell’altrui pretesa, costituito dall’avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto (come nella specie) non l’inadempimento dell’obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell’inesattezza dell’adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto) gravando ancora una volta sul debitore l’onere di dimostrare l’avvenuto, esatto adempimento”.

Fa carico, quindi, al datore di lavoro che contesti la pretesa dell’INPS, deducendo di aver diritto a una riduzione contributiva per sgravi o fiscalizzazione degli oneri sociali, dimostrare che ricorrono le condizioni richieste dalla legge per poter fruire del beneficio, in relazione alla fattispecie normativa di volta in volta invocata. Nel caso di specie, pertanto, la società non ha fornito la prova richiesta all’art. 3 comma 6° lett. g) della l. n. 448/1998 in materia di godimento di sgravi contributivi relativa all’osservanza dei “contratti collettivi nazionali per i soggetti assunti” che, letta in combinato disposto con l’art. 1 del d. l. n. 338/1989, per come interpretato dall’art. 2, comma 25° della l. n.

(20) Cass. 9 2006, n. 5137 in Giust. civ. mass., 2006, 3; Cass. 28 settembre 2004 n. 19373, in Mass. giur. lav., 2005, 1-2, pag. 72.

(21) Cass. 30 ottobre 2001 n. 13533, in *Foro it.*, 2002, 3, c. 769, con nota di LARGHEZZA, Inadempiamenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo.

549/1995, comporta che non possa ritenersi sufficiente l'osservanza da parte del datore di lavoro di un qualsiasi contratto collettivo nazionale di categoria, ma che deve ritenersi necessaria la prova di avere rispettato un contratto collettivo stipulato "dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale", nonché, in ipotesi di compresenza di una pluralità di contratti collettivi stipulati da diverse sigle sindacali, l'osservanza del contratto stipulato "dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria".

Il punto centrale della sentenza è costituito dal tentativo del giudice di fornire dei criteri per "pesare" la rappresentatività delle sigle sindacali che hanno stipulato contratti collettivi che le parti della controversia assumono doversi applicare. E, a tale proposito, il giudice ritiene opportuno applicare i medesimi criteri elaborati dalla giurisprudenza in ordine alla nozione di "maggiore rappresentatività", anche se è sempre problematico trasporre dei criteri elaborati appositamente per dare contenuto ad una precisa nozione su altra e diversa nozione.

In verità la scelta del giudice non può considerarsi una assoluta novità. Ed infatti nel silenzio del legislatore varie sono state le proposte avanzate dalla dottrina: tra queste una è stata proprio quella di considerare utilizzabili i criteri ideati in relazione alla nozione di maggiore rappresentatività intesa nella duplice accezione quantitativa (numero degli iscritti) e qualitativa (idoneità al conflitto, sottoscrizione dei contratti collettivi di maggiore importanza, diffusione nel territorio e nelle categorie)²². Su questa idea però non erano mancate delle osservazioni critiche che ponevano l'accento sulla diversa finalità che perseguivano i criteri suindicati, in quanto i parametri elaborati dalla giurisprudenza per la maggiore rappresentatività si riferivano a valutazioni di tipo non comparativo, pertanto "*la diffusione dell'organizzazione sul territorio, la partecipazione alla contrattazione collettiva, lo svolgimento continuativo e sistematico di attività di autotutela sono parametri buoni a dirci che cosa è l'effettiva rappresentanza*" (...) "*ma non sono idonei a "pesare" la rappresentatività, cioè a dirci quale sindacato abbia maggiore capacità di un altro di sviluppare quell'azione di tutela*"²³.

Si è proposto, inoltre di utilizzare il metodo adottato dal legislatore nel settore pubblico in cui la rappresentatività sindacale viene misurata sulla media tra dato associativo, calcolato sulla percentuale delle deleghe per il pagamento dei contributi sindacali rispetto al totale della deleghe rilasciato nell'ambito valutato e dato elettorale calcolato in base alla percentuale dei voti ottenuti da ciascun sindacato nelle elezioni delle rappresentanza unitarie del personale rispetto al totale dei voti espressi nell'ambito considerato²⁴, ovvero di valersi di criteri di tipo negativo, con conseguente utilizzazione, mediante

(22) Cfr. MISCIONE, Il lavoro interinale tra contratto di lavoro e contratto di fornitura, in *Dir. pratica lav.*, 1997, 30, pag. 2076.

(23) Cfr. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino, 2004, pag. 127.

(24) Cfr. anche qui la nota critica di BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit. pag. 127, nt. n. 26 secondo cui tale criterio sarebbe difficilmente applicabile nel lavoro privato dove le RSU non sono istituite per legge, il pagamento dei contributi sindacali può avvenire mediante delega solo se il contratto collettivo applicato nel luogo di lavoro lo preveda e dove, in ogni caso, manca un organismo responsabile della verifica sui dati associativi e sui risultati elettorali dei sindacati.

un'interpretazione adeguatrice, dell'art. 17 St. lav, che, sostanzialmente, vieta i sindacati di comodo²⁵.

Richiamando l'art. 39, 4° comma Cost., il riferimento potrebbe essere al numero degli iscritti; in tal caso la maggiore rappresentatività coinciderebbe con la maggiore rappresentanza associativa che, però, non sarebbe in grado, da sola, di valutare l'effettiva capacità del sindacato di aggregare il consenso dei lavoratori al di fuori della cerchia degli iscritti²⁶.

Punto di partenza non possono non essere le indicazioni della Corte Costituzionale che nella sentenza n. 492/1995²⁷ aveva sottolineato la necessità di procedere ad una "comparazione" tra i gradi di rappresentatività delle associazioni sindacali. A tale proposito la Corte, dopo aver distinto tra indici qualitativi e quantitativi di rappresentatività sottolinea come il principio della maggiore rappresentatività "trova la sua ragionevole giustificazione nell'esigenza di assicurare ad ogni associazione di categoria la possibilità di essere comparata con altre, senza cristallizzare una valutazione che deve rimanere fluida atteso che la «rappresentatività» è per sua natura soggetta a variazioni sia in aumento che in diminuzione"²⁸.

In riferimento al caso oggetto della sentenza non può non rilevarsi che il giudice, in assoluta mancanza di indicazioni legislative, nel tentativo di dare contenuto ad una nozione quanto mai ambigua ed indeterminata che implica "un'operazione di raffronto senza che vi siano strumenti tecnici per realizzarla"²⁹, abbia percorso la strada più semplice, utilizzando, appunto, i criteri elaborati per la nozione di sindacato maggiormente rappresentativo.

In verità proprio perché il concetto di sindacato comparativamente più rappresentativo presuppone che si accerti nelle organizzazioni sindacali "capacità di esprimere gli interessi non soltanto dei propri rappresentati ma riferiti all'intero universo lavorativo"³⁰ al fine di individuare "un metodo adeguato - una misurazione, o un modo presuntivo affidabile - per selezionare gli agenti contrattuali e/o per legittimare i poteri attribuiti dalla legge"³¹ sarebbe preferibile valutare una molteplicità di indici sintomatici, non in-

(25) Cfr. PERSIANI, *Autonomia collettiva e retribuzione imponibile*, in *Mass. giur. lav.*, 1996, pag. 672.

(26) Cfr. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit. pag. 127, secondo cui ciò porterebbe al ritorno di vecchie concezioni privatistiche della rappresentanza sindacale.

(27) In *Foro it.* 1996, I, c. 5, con nota di AMOROSO, *Nuovo intervento della Corte costituzionale sulla nozione di «maggiore rappresentatività» delle associazioni sindacali e possibili riflessi sull'art. 19 dello statuto dei lavoratori*.

(28) Analogo principio era stato espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 975/1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2715, in cui la Corte aveva precisato che la legge non può individuare "a priori" una o più determinate associazioni sindacali come maggiormente rappresentative, ma si dovrà volta per volta valutare comparativamente il rispettivo grado di rappresentatività.

(29) Cfr. FONTANA, *Rappresentanza sindacale tra vecchi e nuovi confini*, in *Quad. rass. sind.*, 2005, pag. 120.

(30) Cfr. SCARPONI, *Gli enti bilaterali nel disegno di riforma e nuove questioni circa la funzione dei «sindacati comparativamente più rappresentativi»*, in *Lav. dir.*, 2003, 2, pag. 237.

(31) Cfr. FONTANA, *Rappresentanza sindacale tra vecchi e nuovi confini*, cit. pag. 121.

individuabili *a priori* ma che possono essere tratti dal contenuto dell'accordo e dalla natura dei soggetti coinvolti³² e che, in aggiunta a quelli elaborati per la nozione di maggiore rappresentatività possono essere di ausilio per misurare in via comparata la maggiore rappresentatività degli attori negoziali.

Cinzia De Marco

Ricercatrice di diritto del lavoro

Università di Catania

(32) Cfr. MADONIA, Retribuzione dovuta al lavoratore, retribuzione imponibile e minimali contributivi: l'evoluzione della fattispecie; il ruolo del ccnl e degli accordi aziendali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, nota a Cass. 7 dicembre 2004, n. 22921, in *q. Rivista*, 2004, 5-6, pag. 1058 il quale ritiene utile valutare la natura di piccola impresa ove esista un sindacato che più di altri rappresenti le piccole imprese, anche se con un numero di iscritti inferiore a quello di altre sigle sindacali rappresentative di medie e grandi imprese.

CORTE COSTITUZIONALE

Sentenze

Contributi - Recupero di crediti contributivi concessi per contratti di formazione lavoro a titolo di aiuto di Stato illegittimo - Prescrizione - Ritenuta prevalenza del termine di prescrizione decennale previsto da normativa comunitaria, anziché di quello breve quinquennale - Asserita violazione dei principi di uguaglianza e di certezza del diritto - Erroneità del presupposto interpretativo, insufficiente motivazione sulla rilevanza e indeterminatezza del petitum - Inammissibilità della questione.

Corte Costituzionale - Sentenza 22.04.2009 n. 125 - Pres. Amirante - Rel. Criscuolo.

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 9, lett. a), ultima parte, e 10, l. 8 agosto 1995 n. 335, in combinato disposto, con l'art. 15 del regolamento del Consiglio delle Comunità europee n. 659/1999, del 22 marzo 1999, in riferimento agli art. 3, comma 1, e 97, comma 1, Cost. Infatti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal trattato. Le norme derivanti dalla fonte comunitaria vengono a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne e, se munite di efficacia diretta, precludono al giudice nazionale di applicare la normativa interna con esse ritenuta inconciliabile. In questo quadro, il combinato disposto realizzato dal rimettente non è consentito perché si risolve nella fusione di due norme destinate invece a restare distinte, in quanto appartenenti a ordinamenti diversi, pur se coordinati, e che non sono suscettibili di essere lette in combinazione appunto perché tra loro contrastanti.

FATTO - 1. - Il Tribunale di Reggio Calabria, in funzione di giudice del lavoro, con ordinanza depositata l'11 febbraio 2008 ha sollevato - in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione - questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 9, lettera a), ultima parte, e 10, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), in combinato disposto con l'art. 15 del regolamento del Consiglio delle Comunità europee n. 659/1999 del 22 marzo 1999 (recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE).

Il rimettente premette che, con ricorso depositato il 26 luglio 2007, la società M.C.T. s.p.a. (d'ora in avanti M. s.p.a.) ha adito il giudice del lavoro di Reggio Calabria impugnando

do una cartella esattoriale relativa alla somma di euro 14.168.650,17, «emessa per recupero sgravi, oltre accessori, in applicazione della decisione dell'Unione Europea dell'11 maggio 1999 concessi per i contratti di formazione lavoro dal novembre 1995 al maggio 2001».

Dopo avere riassunto i numerosi motivi addotti a sostegno dell'opposizione, tra cui in primo luogo «la prescrizione dei diritti di credito vantati ex artt. 3 e 9 legge n. 335/1995» (recte art. 3, comma 9, lettera a, ultima parte, della legge n. 335 del 1995), il rimettente prosegue osservando che, nel giudizio così introdotto, si sono costituiti l'Istituto nazionale di previdenza sociale (d'ora in avanti INPS) e la S.C.C.I. s.p.a., mentre é rimasta contumace Equitalia ETR s.p.a., concessionaria del servizio di riscossione dei tributi.

Le parti convenute hanno dedotto - tra l'altro - che, secondo la giurisprudenza comunitaria, la normativa interna non può essere invocata per escludere il diritto dell'INPS e l'obbligo della Repubblica Italiana di recuperare gli aiuti di stato illegittimamente concessi, dovendo il giudice interpretare la normativa interna in modo da dare attuazione al diritto comunitario e non applicare le norme di diritto interno idonee ad impedire l'effettività del recupero; che la prescrizione non era operante perché la Corte di giustizia delle Comunità europee, con la sentenza del 20 marzo 1997, causa C-24/95, aveva ritenuto che il principio della certezza del diritto non poteva precludere la restituzione di un aiuto di Stato per il ritardo col quale le autorità nazionali si erano conformate alla decisione della Commissione europea che imponeva tale restituzione, decisione immediatamente efficace e non richiedente alcuna procedura di recepimento; che, in ogni caso, si sarebbe dovuta applicare la prescrizione decennale, versandosi in tema di restituzione d'indebito ai sensi dell'art. 2953 del codice civile.

Ciò posto, il rimettente chiarisce che la causa é stata messa in discussione in ordine a «profili di possibile illegittimità costituzionale della lettura della legge n. 335 del 1995 alla luce della normativa comunitaria» ed osserva che la controversia de qua prende le mosse dalla decisione della Commissione europea n. 2000/128/CE dell'11 maggio 1999, con la quale, traendo spunto dalla notifica del disegno di legge che avrebbe dato vita alla legge 24 giugno 1997, n. 196 (Norme in materia di promozione dell'occupazione), detta Commissione, estendendo l'esame a tutta la normativa nazionale relativa ai contratti di formazione e lavoro, aveva avviato la procedura d'infrazione di cui all'art. 88, paragrafo 2, del Trattato che istituisce la Comunità europea del 25 marzo 1957, reso esecutivo con legge 14 ottobre 1957, n. 1203 (come modificato dal Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, reso esecutivo con legge 11 maggio 2002, n. 102), (ex art. 93, paragrafo 3, dell'originario Trattato CE), in relazione alla disciplina che accordava benefici contributivi in caso di contratti di formazione e lavoro e, in particolare, per quella parte di sgravio contributivo differenziale rispetto alla misura fissa ed uniforme di cui alla legge 19 dicembre 1984, n. 863 (conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, recante misure urgenti a sostegno ed incremento dei livelli occupazionali) e pari al 25%. Ad avviso della Commissione (che indicava pure dei criteri cui i contratti dovevano uniformarsi per essere conformi alla normativa comunitaria) gli sgravi accordati in misura superiore, in ragione del luogo d'insediamento dell'impresa beneficiaria, del settore di appartenenza e della dimensione, costituivano misure selettive capaci d'incidere sulla concorrenza sia all'interno dello Stato sia tra imprese insediate

in Stati diversi.

Avverso tale decisione l'Italia aveva proposto ricorso alla Corte di giustizia, che lo aveva respinto con sentenza del 7 marzo 2002, C-310/99, nella quale il giudice comunitario si era espresso anche in ordine al legittimo affidamento e lo aveva escluso in capo allo Stato, avuto riguardo alla comunicazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, con la quale la Commissione informava i potenziali beneficiari di aiuti statali della precarietà degli aiuti stessi che fossero stati loro illegittimamente concessi, nel senso che essi potevano essere tenuti a restituirli, pur senza escludere la possibilità, per il beneficiario di un aiuto illegittimamente concesso, d'invocare circostanze eccezionali sulle quali fondare il proprio affidamento circa la regolarità dell'aiuto e di opporsi alla sua restituzione.

Per la perdurante inerzia dell'Italia era poi seguito il giudizio, conclusosi con la sentenza di condanna della Corte di giustizia della Comunità europea del 1° aprile 2004, C-99/02, con la quale la Corte aveva ribadito il carattere obbligatorio del recupero delle somme erogate a titolo di aiuto illegittimo ed aveva precisato che non era configurabile l'impossibilità assoluta di dare esecuzione alla decisione. Le mere difficoltà operative avrebbero dovuto comportare un diligente intervento presso la Commissione stessa, proponendo appropriate modifiche della decisione in termini tali da renderla suscettibile di ottemperanza in ragione del principio di leale collaborazione e buona fede che informa i rapporti tra gli Stati e le istituzioni comunitarie.

2. - In questo quadro, il rimettente rileva che la domanda dell'INPS non va qualificata come ripetizione d'indebito, bensì «come azione promossa dall'ente previdenziale per il recupero di contributi omessi poiché il diritto nasce dall'affermazione del ripristino dell'obbligo contributivo che scaturirebbe per effetto dell'impatto della normativa comunitaria sul diritto interno che autorizzava lo sgravio».

Per ragioni di ordine logico, quindi, afferma di dovere esaminare con priorità la questione preliminare relativa alla prescrizione della pretesa azionata, postulante la soluzione di problemi connessi «all'interferenza ed impatto del diritto comunitario sul diritto interno, non solo e non tanto in ordine alle norme di legge ordinaria, ma anche e soprattutto in relazione a principi fondamentali aventi rilevanza e riconoscimento nel sistema costituzionale italiano».

Dopo avere posto in rilievo che l'efficacia diretta della fonte comunitaria nel caso in esame non potrebbe essere messa in questione - traendo essa fondamento dalla decisione della Corte di giustizia 7 marzo 2002, C-310/99, che aveva avallato l'orientamento già espresso dalla Commissione europea - il rimettente procede all'esame dei principi che governano i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale ed afferma che, pur in presenza del primato da riconoscere al primo, avente come destinatario non soltanto lo Stato ma lo stesso giudice interno, quest'ultimo dovrebbe porsi il dubbio circa la conformità della normativa comunitaria «ai principi fondamentali ed ai limiti che in ragione della certezza del diritto devono riconoscersi anche ad interventi conformativi del giudice delle leggi quali il limite del diritto quesito e delle situazioni esaurite o irrevocabili che la stessa Corte nazionale intervenendo con pronunce ablativo non può travalicare».

In sostanza, la qualificazione della pretesa azionata dall'INPS, come azione pro-

mossa per il recupero di contributi omissi, implicherebbe l'applicabilità dell'art. 3, commi 9 e 10, della legge n. 335 del 1995 (secondo cui, a far tempo dal 1° gennaio 1996, le contribuzioni di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie si prescrivono, e non possono essere versate, col decorso del termine di cinque anni, salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti).

Tale regime, con orientamento costante della Corte di cassazione, sarebbe ritenuto di ordine pubblico e, dunque, irrinunciabile e rilevabile d'ufficio dal giudice. Invece la pretesa contributiva dello Stato, sorretta da una declaratoria d'illegittimità comunitaria, sarebbe sottratta al regime della prescrizione prevista dal diritto nazionale, sia qualora il principio di effettività del diritto comunitario si debba intendere in senso rigoroso (cioè postulante un obbligo di recupero non soggetto a limiti temporali), sia qualora, «più ragionevolmente», si debba ritenere che anche il diritto comunitario conosca dei termini di prescrizione, individuabili nel periodo di dieci anni ai sensi dell'art. 15 del regolamento (CE) n. 659/1999.

In questa seconda «ipotesi interpretativa», si dovrebbe procedere alla verifica di compatibilità tra la legge nazionale e il regolamento (CE) del Consiglio n. 659/1999, che fissa alla Commissione il termine di dieci anni per il recupero dei contributi.

A tal proposito, il giudice a quo si pone il quesito se il detto termine sia stato previsto soltanto come limite al potere della Commissione nei confronti dello Stato (il che non comporterebbe necessariamente un conflitto con la normativa di diritto nazionale che disciplina la prescrizione degli obblighi contributivi), oppure se sia stato introdotto anche come limite al potere dello Stato membro per esperire un'utile azione di recupero nei confronti dei beneficiari degli aiuti; e, traendo argomento sia da una decisione della Commissione europea in data 28 giugno 2000 (riguardante aiuti di Stato concessi dalla Germania a favore di alcune società operanti nel settore siderurgico), sia da due pronunce di giudici di merito italiani (ad avviso del giudicante indicativi della formazione di un diritto vivente sull'interpretazione dell'art. 15 del regolamento CE del Consiglio n. 659/1999), sia infine dal testuale disposto di detta norma («Qualsiasi azione intrapresa dalla Commissione o da uno Stato membro, che agisca su richiesta della Commissione, nei confronti dell'aiuto illegale interrompe il periodo limite»), perviene alla conclusione di ritenere il limite temporale per il recupero di dieci anni esteso «allo Stato membro che agisca su richiesta della Commissione» e quindi ai rapporti tra lo Stato e i beneficiari.

3. - Acquisito questo punto, il rimettente prosegue osservando che, se il conflitto tra norma comunitaria e norma interna va risolto, di regola, ritenendo la prevalenza del primo, resta tuttavia il problema relativo al rispetto dell'art. 3, primo comma, Cost. nell'ordinamento statale. Invero il giudice interno, dovendo «adeguare» al diritto comunitario l'art. 3, comma 9, lettera a), ultima parte, e comma 10, della legge n. 335 del 1995, dovrebbe leggere tale disposizione «nel senso che il limite quinquennale di prescrizione dei crediti contributivi opera a meno che i crediti in questione non siano accertati come frutto di aiuti illegittimi dalla Commissione europea». In questo modo, però, verrebbe introdotta per tali fattispecie una disciplina diversa rispetto alle altre ipotesi di contribuzioni che restano soggette alla legge nazionale in ragione del suo perdurante vigore. Di detta disciplina andrebbe verificata la coerenza rispetto al principio di eguaglianza san-

cito nell'art. 3 Cost., perché il giudice deve «dare un'interpretazione del diritto nazionale conforme non solo al diritto comunitario prevalente su quello interno ma anche ai valori costituzionali fondamentali dello Stato».

Ciò posto, il giudice a quo esclude che la diversa provenienza delle norme - una comunitaria e una di diritto interno - possa giustificare trattamenti diseguali, trattandosi di fonti destinate entrambe ad operare nel territorio dello Stato e perciò tenute a coordinarsi ed integrarsi, nel rispetto della preminenza del diritto comunitario operante in virtù delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., ma sempre in attuazione dei valori costituzionali nazionali aventi il rango di «principi e diritti fondamentali», la cui osservanza va garantita all'interno dello Stato, come da costante giurisprudenza di questa Corte. Procedo quindi a verificare se siano ravvisabili caratteri eterogenei tra le fattispecie in esame e concludo in senso negativo, «poiché l'interpretazione nascente dal combinato disposto dell'art. 3, comma 9, lettera a), ultima parte, e comma 10, della legge n. 335 del 1995 ed il regolamento (CE) n. 659/1999 implica che norme diverse disciplinano in maniera diseguale situazioni identiche, l'unica differenza riposando sull'intervento della Commissione e sulla diversa disciplina apprestata dal diritto comunitario nel caso di pronuncia della Commissione di illegittimità degli aiuti (che si siano sostanzianti, nel caso, in uno sgravio ossia nella rinuncia dello Stato ad esigere determinati crediti contributivi oltre una certa misura)».

Non ravvisando spazio per una interpretazione adeguatrice, il rimettente solleva questione di legittimità costituzionale del citato art. 3, nei sensi indicati in epigrafe, osservando, quanto alla rilevanza, che il termine di prescrizione va accertato con priorità e che esso trova applicazione nel caso di specie «essendo stata rimessa al giudicante la verifica della legittimità degli aiuti concessi all'impresa nel periodo che va da novembre 1995 al maggio 2001 che si intendono recuperare con la cartella esattoriale, per 957 contratti tutti singolarmente prodotti», mentre la richiesta dei contributi da parte dell'INPS è stata notificata il 7 gennaio 2005.

La non manifesta infondatezza, poi, discenderebbe dal rilievo che il giudice può rivolgersi alla Corte costituzionale qualora la non applicazione di una disposizione interna determini un contrasto, sindacabile esclusivamente dalla Corte medesima, con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con diritti inalienabili della persona.

Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, contestando che, nel caso di cui si tratta, la necessaria prevalenza della regola comunitaria rispetto a quella del diritto interno determina un contrasto col principio di eguaglianza e rilevando che, nella fattispecie, si sarebbe in presenza di una situazione assimilabile alla ripetizione d'indebito, soggetta a prescrizione decennale (giusto il combinato disposto degli artt. 2033 e 2946 cod. civ.), con la conseguenza che la questione sollevata verrebbe ad essere priva di rilevanza, perché la norma da applicare nel processo a quo non sarebbe quella denunciata in questa sede. Ha chiesto, quindi, che la questione sia dichiarata inammissibile o non fondata.

Inoltre si è costituita la M. s.p.a., osservando, in via preliminare, che il rimettente avrebbe preso le mosse da un presupposto erroneo, cioè dalla pretesa coesistenza, nella specie, di due distinte discipline della prescrizione, l'una di fonte nazionale (e di durata

quinquennale), l'altra di fonte comunitaria (e di durata decennale). Invece le due discipline sarebbero operanti su piani diversi, cioè quello dei rapporti tra Commissione e Stato membro e quello dei rapporti tra Stato membro e contribuente. In particolare, l'art. 3, comma 9, della legge n. 335 del 1995 regolerebbe il regime di prescrizione dei crediti relativi a «contributi di previdenza e assistenza sociale obbligatoria», fissando il termine (quinquennale) entro il quale l'organo nazionale può procedere al recupero nei confronti del debitore. Invece l'art. 15 del regolamento (CE) n. 659/1999 non introdurrebbe affatto un termine più ampio di prescrizione, ma regolerebbe soltanto la diversa fattispecie del «periodo limite» entro il quale la Commissione può esercitare, nei confronti dello Stato membro, il proprio potere di recupero.

Pertanto questa Corte dovrebbe affermare che l'unica disciplina della prescrizione applicabile nel giudizio a quo sarebbe quella prevista dall'art. 3, comma 9, della legge n. 335 del 1995.

In subordine, qualora tali considerazioni non fossero condivise, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal rimettente sarebbe rilevante e fondata, per le ragioni esposte nell'ordinanza.

Nell'imminenza dell'udienza di discussione la M. s.p.a. ha depositato una memoria illustrativa nella quale, richiamando gli argomenti già esposti con l'atto di costituzione ed ampliandoli, ribadisce che nella specie il giudice a quo si sarebbe basato su un presupposto erroneo, cioè sulla pretesa coesistenza di due distinte discipline della prescrizione, l'una di fonte nazionale (avente durata quinquennale) e l'altra di fonte comunitaria (avente durata decennale), tra loro in conflitto. Così operando, il rimettente avrebbe confuso due piani, concettuali e giuridici, tra loro distinti e non sovrapponibili: il piano dei rapporti tra Commissione e Stato membro, da una parte, e il piano dei rapporti tra Stato membro e contribuente dall'altro.

Nei rapporti tra Commissione e Stato membro troverebbe esclusiva applicazione l'art. 15 del regolamento (CE) n. 659/1999, destinato a regolare il «periodo limite» (dieci anni) entro il quale la Commissione può esercitare nei confronti dello Stato membro il proprio potere di ingiungere il recupero degli aiuti illegittimi o incompatibili col mercato comune. Il diverso piano dei rapporti correnti fra ciascuno Stato membro ed i beneficiari degli aiuti da recuperare resterebbe disciplinato, invece, in ordine al termine di prescrizione dell'azione restitutoria, dalla legislazione nazionale, e quindi (nella specie) dall'art. 3, comma 9, della legge n. 335 del 1995, che determina il regime di prescrizione dei crediti relativi a «contributi di previdenza e assistenza sociale obbligatoria», fissando il termine (quinquennale) entro il quale l'organo nazionale può procedere al recupero nei confronti del debitore.

La necessità di distinguere i due piani suddetti non avrebbe nulla a che vedere con la ricostruzione teorica dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno. Essa, infatti, deriverebbe dal consolidato insegnamento della giurisprudenza della Corte di giustizia, alla quale spetta stabilire in via autoritativa la portata del diritto comunitario.

La Corte di giustizia, con riguardo ai rapporti tra Commissione e Stati membri, avrebbe affermato che, a fronte di una decisione della Commissione con la quale si ingiunga di recuperare presso i beneficiari un aiuto dichiarato illegittimo o incompatibile

con il mercato comune, lo Stato membro non potrebbe invocare norme, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi all'esecuzione degli obblighi ad esso incombenti. Con la conseguenza che, secondo le statuizioni di detta Corte, l'unica eccezione opponibile dallo Stato membro al ricorso per inadempimento sarebbe quella relativa all'impossibilità assoluta di dare esecuzione alla decisione.

La società prosegue affermando che, sempre secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, le discipline nazionali regolanti le azioni di ripetizione, mentre non potrebbero essere invocate da uno Stato membro per sottrarsi agli obblighi imposti dalla Commissione, potrebbero invece essere invocate dai beneficiari degli aiuti per resistere all'azione di ripetizione proposta dallo Stato membro. Ciò perché in tutti i casi in cui la violazione di norme comunitarie determini un obbligo di rimborso, e tuttavia il diritto comunitario non disciplini direttamente, sulla base di una specifica disposizione, le condizioni dell'azione di ripetizione, andrebbe applicata la regola generale per la quale «il rimborso può essere chiesto solo alle condizioni, di merito e di forma, stabilite dalle varie legislazioni nazionali in materia» (regola applicabile anche per quanto riguarda la ripetizione degli aiuti nazionali contrari al diritto comunitario).

Sempre secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia (richiamata in memoria), il rinvio alle legislazioni nazionali - in ordine alla disciplina delle condizioni di forma e di sostanza delle azioni di ripetizione degli aiuti contrari al diritto comunitario - comprenderebbe anche l'istituto della prescrizione. I relativi termini, infatti, costituendo «applicazione del principio fondamentale della certezza del diritto», se «ragionevoli», non renderebbero «praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario anche se, per definizione, lo spirare di detti termini comporterebbe il rigetto, totale o parziale, dell'azione esperita». La Corte di giustizia, inoltre, avrebbe affermato che un termine di prescrizione di cinque anni deve essere considerato ragionevole, sicché la sua applicazione ad un'azione di rimborso non sarebbe incompatibile col diritto comunitario.

Pertanto il contrasto denunciato dal rimettente non sussisterebbe, perché basato sull'erroneo presupposto che il "periodo limite" di dieci anni, previsto dall'art. 15, primo paragrafo, del regolamento (CE) n. 659/1999 troverebbe applicazione non soltanto sul piano dei rapporti tra Commissione e Stati membri, ma anche sul diverso piano dei rapporti tra Stati membri e beneficiari degli aiuti. Invece il citato art. 15 non sarebbe applicabile a quest'ultimo profilo, con la conseguenza che, mancando una specifica disciplina, nei rapporti tra Stati membri e beneficiari degli aiuti continuerebbe a trovare esclusiva applicazione il termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 3, comma 9, della legge n. 335 del 1995.

La società procede quindi ad illustrare le ragioni che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia (ed anche del Tribunale di primo grado delle Comunità europee), indurrebbero a tale conclusione, soffermandosi altresì sull'interpretazione letterale e sistematica della richiamata disposizione regolamentare e contestando il diverso avviso esposto nell'ordinanza di rimessione. Afferma, quindi, che la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Reggio Calabria sarebbe manifestamente infondata e, comunque, irrilevante, stante l'inapplicabilità alla fattispecie del citato art. 15.

La questione, inoltre, sarebbe irrilevante, ai fini della definizione del giudizio, anche per altro ed assorbente profilo. Infatti, pur volendo ammettere che il periodo limite di dieci anni, di cui alla norma ora indicata, trovi applicazione anche sul piano dei rapporti tra Stato membro e beneficiario degli aiuti, andrebbe rilevato che, secondo la legge italiana, dopo il decorso di cinque anni le somme oggetto di recupero non potrebbero essere versate, sicché l'INPS non potrebbe ricevere i contributi prescritti (art. 55 del regio decreto-legge 4 ottobre 1935, n. 1827, recante «Perfezionamento e coordinamento legislativo della previdenza sociale» convertito, con modificazioni, dalla legge 6 aprile 1936, n. 1155, e art. 3, comma 9, della legge n. 335 del 1995). L'INPS, quindi, non potrebbe pretendere né conseguire la restituzione di contributi che la legge italiana le impedirebbe di riscuotere.

Infine, in via subordinata, la questione di legittimità costituzionale sarebbe fondata, perché nella specie la prevalenza dell'art. 15 del regolamento (CE) n. 659/1999 sull'art. 3, commi 9 e 10, della legge n. 335 del 1995 determinerebbe una violazione di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e in particolare: a) del principio di uguaglianza, nella misura in cui introdurrebbe una irragionevole disparità di trattamento; b) del principio di certezza del diritto, nella misura in cui comprometterebbe la certezza nei rapporti giuridici ed il legittimo affidamento nelle leggi dello Stato.

DIRITTO - 1. - Il Tribunale di Reggio Calabria, in funzione di giudice del lavoro, dubita della legittimità costituzionale - in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione - dell'art. 3, comma 9, lettera a), ultima parte e comma 10, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), in «combinato disposto» con l'art. 15 del regolamento del Consiglio delle Comunità europee n. 659/1999, del 22 marzo 1999 (recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE).

La questione é stata sollevata in una controversia promossa da M.C.T. s.p.a. (d'ora in avanti M. s.p.a.) nei confronti dell'INPS e di S.C.C.I. s.p.a., nonché di Equitalia ETR s.p.a., concessionaria del servizio di riscossione dei tributi. Con l'atto introduttivo del giudizio M. s.p.a. ha proposto opposizione avverso una cartella esattoriale per la somma di euro 14.168.650,17, oltre accessori, relativa al recupero da parte dell'INPS di agevolazioni contributive, ritenute aiuti di Stato non conformi al Trattato CE con decisione della Commissione europea in data 11 maggio 1999, n. 2000/128/CE, poi confermata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee con sentenza 7 marzo 2002, causa C-310/99 e ribadita dalla medesima Corte con pronunzia del 1° aprile 2004, causa C-99/02.

Le agevolazioni erano state ottenute da detta società tra il novembre 1995 e il maggio 2001, a fronte della stipulazione di numerosi contratti di formazione e lavoro, ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726 (Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali), convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, nonché del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299 (Disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali), convertito con modificazioni dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, con le ulteriori modifiche di cui alla legge 24 giugno 1997, n. 196 (Norme in materia di promozione dell'occupazione).

A sostegno dell'opposizione M. s.p.a. ha dedotto una pluralità di motivi, eccependo in via preliminare l'intervenuta prescrizione quinquennale del credito azionato, ai sensi dell'art. 3, comma 9, lettera a), ultima parte, della legge n. 335 del 1995.

L'INPS, costituendosi in giudizio, ha replicato che nella specie la prescrizione quinquennale non sarebbe operante, perché la normativa di diritto interno non potrebbe essere invocata per escludere il diritto dell'INPS e l'obbligo dello Stato italiano di recuperare gli aiuti illegittimamente concessi, in quanto il giudice dovrebbe interpretare la normativa interna in modo da dare attuazione al diritto comunitario e disapplicare la detta normativa qualora essa dovesse impedire l'effettività del recupero.

1.1. - Il giudice rimettente, dopo avere premesso che la domanda dell'INPS non andava qualificata come ripetizione d'indebito (secondo la tesi dell'ente), bensì come azione promossa dall'istituto previdenziale per il recupero di contributi omessi, ha ritenuto che, per ragioni di ordine logico, si dovesse decidere con priorità sulla questione della prescrizione.

Ha quindi affermato che, nel caso in esame, l'efficacia diretta della fonte comunitaria non poteva essere messa in dubbio, individuando tale fonte nella decisione della Commissione europea e nelle due sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee (sopra citate), che il giudice nazionale aveva l'obbligo di applicare previa disapplicazione della normativa di diritto interno qualora essa si ponesse in conflitto con quella comunitaria.

Dopo avere rilevato che, secondo l'ordinamento interno, il diritto azionato dall'INPS per il recupero di contributi omessi sarebbe stato soggetto alla prescrizione (quinquennale) prevista dall'art. 3, comma 9 e comma 10, della legge n. 335 del 1995, il giudice a quo ravvisa nell'art. 15 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, che fissa un «periodo limite» di dieci anni per il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente concessi, la norma di diritto comunitario rilevante nella fattispecie.

Il rimettente procede all'interpretazione del citato art. 15, affermando che esso contempla un termine di prescrizione destinato a trovare applicazione non soltanto nei rapporti tra Commissione europea e Stato membro, ma anche tra quest'ultimo e beneficiari degli aiuti da recuperare, con la conseguenza che il termine per azionare la relativa pretesa creditoria in base al diritto comunitario applicabile sarebbe diverso e più lungo rispetto a quello stabilito dal diritto interno.

A questo punto il rimettente osserva che «il giudice di diritto interno, dovendo adeguare al diritto comunitario l'art. 3, comma 9, lettera a), ultima parte, e comma 10, della legge n. 335 del 1995, dovrebbe leggere tale previsione nel senso che il limite quinquennale di prescrizione dei crediti contributivi opera a meno che i crediti in questione non siano accertati come frutto di aiuti illegittimi dalla Commissione europea». Ma tale interpretazione implicherebbe la sottrazione delle relative ipotesi alla norma interna (art. 3 cit. della legge n. 335 del 1995) e obbligherebbe il giudicante a verificare se le situazioni sostanziali soggette al diverso termine di prescrizione previsto dal diritto comunitario possano considerarsi «eterogenee» rispetto a quelle che restano sottoposte alla legge nazionale. Si dovrebbe cioè verificare se la diversa disciplina sia ragionevole, perché il giudice dovrebbe dare una interpretazione conforme non soltanto al diritto comunitario

(prevalente su quello interno) ma anche ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, fra i quali è il principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 Cost.

Il giudice a quo perviene ad escludere il carattere eterogeneo delle fattispecie, perché «l'interpretazione nascente dal combinato disposto dell'art. 3, comma 9, lettera a), ultima parte, e comma 10, della legge n. 335 del 1995 e del regolamento (CE) n. 659/1999 implica che norme diverse disciplinano in maniera diseguale situazioni identiche». Infatti, l'unica differenza sarebbe ravvisabile nell'intervento della Commissione europea e nella diversa disciplina prevista dal diritto comunitario in caso di pronuncia d'illegittimità degli aiuti.

Pertanto, non ravvisando la possibilità di un'interpretazione adeguatrice, il rimettente ritiene rilevante (avuto riguardo all'arco temporale in cui gli aiuti furono concessi all'impresa) e non manifestamente infondata (alla stregua delle considerazioni esposte) la questione di legittimità costituzionale nei termini sopra indicati, richiamando il principio secondo cui il giudice della controversia può investire la Corte costituzionale della questione di compatibilità comunitaria nel caso di norme dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi, nell'impossibilità di un'interpretazione conforme, nonché qualora la non applicazione della disposizione interna determini un contrasto, sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale, con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona.

2. - La questione è inammissibile sotto vari profili.

2.1. - Il rimettente, dopo avere correttamente affermato che, nel contrasto tra norma interna e norma comunitaria con effetto diretto, il giudice deve applicare la norma comunitaria, previa disapplicazione della norma di diritto nazionale, individua nell'art. 15 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio la norma comunitaria applicabile nell'ambito dell'azione di recupero, affermando che essa contempla un termine di prescrizione (decennale) destinato a spiegare efficacia non soltanto nei rapporti tra Commissione e Stato membro, ma anche tra quest'ultimo e i beneficiari degli aiuti da recuperare. Di qui prende le mosse il percorso argomentativo che lo conduce a sollevare la questione nei sensi sopra indicati.

Ma il giudice a quo non chiarisce in modo sufficiente le ragioni di tale interpretazione, che si rivela anzi non plausibile.

Essa è affidata sia alla lettura degli articoli 14 e 15 del citato regolamento, sia ad uno spunto argomentativo tratto da una decisione della Commissione europea del 28 giugno 2000, riguardante aiuti di Stato concessi dalla Germania alla società Salzgitter e alle controllate del gruppo operante nel settore siderurgico. Tuttavia, né le norme indicate né la pronuncia della Commissione confortano l'opzione ermeneutica adottata dal rimettente; al contrario, per più aspetti la smentiscono.

Invero, l'art. 14 - sotto il titolo «recupero degli aiuti» - si riferisce alle iniziative della Commissione e, nel terzo comma, dispone che «il recupero va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione. A tal fine e in caso di procedimento dinanzi ai Tribunali nazionali, gli

Stati membri interessati adottano tutte le misure necessarie disponibili nei rispettivi ordinamenti giuridici, comprese le misure provvisorie, fatto salvo il diritto comunitario».

Il principio che le procedure dirette al recupero dell'aiuto incompatibile sono disciplinate dal solo diritto nazionale è espresso, dunque, in forma molto chiara. Né a diverse conclusioni si può giungere sulla base del successivo art. 15, anch'esso riferito ai poteri della Commissione (primo comma), il quale, con il richiamo a «qualsiasi azione intrapresa dalla Commissione o da uno Stato membro, che agisca su richiesta della Commissione, nei confronti dell'aiuto illegale», non ha inteso riferirsi alle azioni di recupero avviate nell'ambito degli ordinamenti nazionali bensì alle iniziative intraprese sempre dalla medesima Commissione, che ben può chiedere informazioni, chiarimenti, indagini agli Stati membri per pervenire alle proprie determinazioni.

Quanto alla decisione *Salzgitter*, essa al punto 84 così recita: «Nell'ambito delle riflessioni sul principio della certezza del diritto, la Germania accenna inoltre alla necessità che, per il recupero degli aiuti illegali e incompatibili, si applichino le procedure del diritto nazionale, che prevede l'applicazione di termini di prescrizione. Al riguardo la Commissione si limita a ricordare che in base alla giurisprudenza della Corte le disposizioni del diritto nazionale devono essere applicate in modo da non rendere praticamente impossibile la ripetizione degli aiuti prescritta dal diritto comunitario». Come si vede, dunque, la decisione della Commissione non contesta affatto il principio che per gli aiuti illegali e incompatibili si applichino le procedure del diritto nazionale, che prevede termini di prescrizione, ma si limita a ribadire che le disposizioni del diritto nazionale non vanno applicate in modo da rendere impossibile la ripetizione degli aiuti. Ed è il caso di aggiungere che anche la sentenza della Corte di giustizia in data 22 aprile 2008, C-408/04, la quale trae spunto dalla decisione della Commissione europea ora citata, nel prendere in esame il «periodo limite» ed il termine di prescrizione stabilito dall'art. 15 del regolamento n. 659/1999, ne tratta a proposito del tempo di cui dispone la Commissione per esercitare la sua funzione di controllo della compatibilità dell'aiuto e per la conseguente ingiunzione di recupero allo Stato membro, come si legge con chiarezza nei punti della sentenza raggruppati sotto il titolo (anch'esso significativo) «relativamente al tempo di reazione della Commissione», nei punti da 95 a 108 (in particolare, nei punti 98, 101, 103).

Il suddetto principio, del resto, è consolidato nella giurisprudenza comunitaria, la quale ha più volte affermato che il recupero dell'aiuto deve realizzarsi attraverso i mezzi e le procedure vigenti negli Stati membri, sempre che il recupero stesso non sia reso praticamente impossibile (tra le altre: sentenza della Corte di giustizia 21 maggio 1990, C-142/87, *Tubemeuse*, punto 61; sentenza 20 settembre 2001, C-390/98, *Banks*, punti 121-122; sentenza 5 ottobre 2006, C-368/04, *Transalpine Olleitung*, punto 45). L'autonomia dello Stato membro incontra due soli limiti: l'equivalenza tra ciò che è previsto dal diritto comunitario con quanto previsto per le violazioni del diritto interno; e l'effettività del rimedio, nel senso che non sia reso impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario. Ciò riguarda anche il termine di prescrizione; secondo il diritto comunitario, esso deve essere analogo a quello previsto per i casi «interni» e deve essere ragionevolmente idoneo a rendere effettiva la sentenza o la decisione comunitaria che obbliga lo Stato al recupero.

Il rimettente ha ommesso di considerare i profili ora indicati e tale omissione, rendendo non plausibile l'individuazione dell'art. 15 del citato regolamento comunitario come norma applicabile nell'ambito dell'azione di recupero proposta dallo Stato membro nei confronti del beneficiario degli aiuti ritenuti incompatibili, si traduce in erroneità del presupposto interpretativo, già di per sé idonea ad integrare una ragione d'inammissibilità della questione sollevata (ex plurimis, sentenza n. 390 del 2008; ordinanze n. 447 del 2008, n. 63 del 2007 e n. 109 del 2006).

2.2 - Altro profilo di inammissibilità si deve ravvisare nel difetto di motivazione dell'ordinanza di rimessione in ordine alla applicabilità, alla fattispecie oggetto del giudizio principale, del termine di prescrizione quinquennale stabilito dall'art. 3, commi 9 e 10, della legge n. 335 del 1995 per le obbligazioni contributive.

Il giudice a quo, infatti, non ha approfondito la rilevanza, ai fini dell'individuazione della natura dell'obbligazione, della sua finalità di porre rimedio alla violazione del diritto comunitario, in quanto diretta al recupero di aiuti di Stato accertati in via definitiva come illegittimi da una decisione della Commissione e da due sentenze della Corte di giustizia (ordinanza n. 36 del 2009, con riguardo all'ipotesi di esenzioni fiscali), affermando in modo apodittico che la pretesa vantata dall'INPS andrebbe ricondotta nella categoria delle obbligazioni contributive, peraltro dopo aver rilevato che la relativa fonte era nel diritto comunitario.

Il giudice rimettente trascura, altresì, di precisare le ragioni che lo inducono ad escludere, in difetto di uno specifico termine breve di prescrizione in ordine al recupero degli aiuti di Stato, il ricorso al termine ordinario decennale.

Siffatte carenze, rendendo incerto il presupposto interpretativo ed impedendo il dovuto controllo sulla applicabilità della norma oggetto della questione di costituzionalità, comportano l'inammissibilità della stessa per insufficiente motivazione sulla rilevanza.

3. - Inoltre, anche il quesito sottoposto all'esame di questa Corte é errato. Esso prospetta un «combinato disposto» tra l'art. 3, commi 9, lettera a), ultima parte, e 10 della legge n. 335 del 1995 e l'art. 15 del regolamento (CE) n. 659/1999, ed in tal modo realizza un'interpolazione che risulta viziata sul piano giuridico.

Infatti, per giurisprudenza ormai costante di questa Corte, nei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato (sentenze n. 168 del 1991(1), n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973). Le norme derivanti dalla fonte comunitaria vengono a ricevere, ai sensi degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne e, se munite di efficacia diretta, precludono al giudice nazionale di applicare la normativa interna con esse ritenuta inconciliabile (ove occorra, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ex art. 234 del Trattato CE).

In questo quadro, il «combinato disposto» realizzato dal rimettente non é consentito perché si risolve nella fusione di due norme (sulla cui individuazione, peraltro, valgono le considerazioni esposte nei paragrafi precedenti) destinate invece a restare distinte, in quanto appartenenti ad ordinamenti diversi, pur se coordinati, e che non sono suscettibili di essere lette in combinazione appunto perché tra loro contrastanti.

Ne consegue che non é stata individuata correttamente la disposizione da sottoporre allo scrutinio di legittimità costituzionale, giungendo quindi a formulare un *petitum* che, invece di essere espresso in termini puntuali e specifici, risulta erroneo nell'individuazione dei presupposti interpretativi, ed insufficientemente determinato (*ex plurimis*, sentenza n. 325 del 2008, ordinanze n. 393 del 2007 e n. 279 del 2007).

La questione sollevata dal Tribunale di Reggio Calabria, in funzione di giudice del lavoro, dunque, é per diversi profili inammissibile.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 219

Processo penale - Chiusura delle indagini preliminari - Obbligo per il pubblico ministero di chiedere l'archiviazione se la Corte di cassazione ha ritenuto insussistenti i gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 cod. proc. pen. e non sono stati acquisiti ulteriori elementi a carico dell'indagato - Irragionevolezza nonché violazione dei principi di eguaglianza e dell'obbligatorietà dell'azione penale - Illegittimità costituzionale - Assorbimento degli ulteriori profili di censura.

Corte Costituzionale - Sentenza 20.04.2009 n. 121 – Pres. Amirante – Rel. Frigo.

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 405, comma 1 bis, c.p.p., aggiunto dall'art. 3, l. n. 46/2006, in riferimento agli art. 3 e 112 Cost. Tale norma riconosce a determinate pronunce, emesse in sede cautelare, un'efficacia preclusiva sul procedimento principale. Più in particolare, la norma attribuisce a talune ipotesi qualificate di cd. giudicato cautelare una valenza condizionante, che viene a incidere sulla possibilità di apertura del processo, inibendo l'atto di esercizio dell'azione penale. La regola dettata dall'art. 405, comma 1 bis, c.p.p. si presenta, irragionevole per un triplice ordine di profili. Il primo e fondamentale di essi risiede nella diversità tra le regole di giudizio che presiedono alla cognizione cautelare e quelle che legittimano l'esercizio dell'azione penale. Sotto un secondo profilo, la norma censurata si rivela incongruente in quanto trascura la diversità della base probatoria delle due valutazioni a confronto. In terzo luogo, infine, va osservato che la Corte di cassazione, quando si pronuncia in materia cautelare, non accerta in modo diretto la mancanza del "fumus commissi delicti".

FATTO - Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Giudice per le indagini preliminari

del Tribunale di Forlì ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 111, secondo comma, e 112 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 405, comma 1-bis, del codice di procedura penale, aggiunto dall'art. 3 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), in forza del quale «il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'articolo 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini».

Il giudice rimettente riferisce che - nell'ambito di un più ampio procedimento penale, dal quale era derivato, per separazione, il procedimento a quo - la Corte di cassazione, con quattro sentenze emesse tra il 21 giugno e il 26 luglio 2005, aveva rigettato i ricorsi del pubblico ministero avverso le ordinanze del Tribunale di Bologna, con cui erano state annullate in sede di riesame, per carenza dei gravi indizi di colpevolezza, le misure cautelari applicate ad alcune delle persone sottoposte alle indagini. I ricorsi del pubblico ministero erano stati respinti, a seconda dei casi, o perché basati su valutazioni attinenti al merito, inammissibili in sede di legittimità; o per la ritenuta infondatezza delle censure mosse alla motivazione del provvedimento impugnato; ovvero, ancora, per entrambe le ragioni ora indicate.

Poiché, in tutti i casi, la Corte di cassazione - confermando la decisione del tribunale del riesame - si era «pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273» cod. proc. pen., il pubblico ministero, in applicazione del comma 1-bis dell'art. 405 del medesimo codice, aggiunto dall'art. 3 della legge n. 46 del 2006, aveva formulato richiesta di archiviazione: rappresentando, tuttavia, che in assenza di tale disposizione egli avrebbe chiesto il rinvio a giudizio degli indagati e denunciando altresì il contrasto della disposizione stessa con il principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost..

Ad avviso del giudice a quo, il comma 1-bis dell'art. 405 cod. proc. pen. violerebbe non soltanto il parametro costituzionale evocato dalla pubblica accusa, ma anche gli artt. 111, secondo comma, e 112 Cost..

La disposizione impugnata determinerebbe, in specie, «un'indebita dilatazione [...] della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza effettuabile, in sede di legittimità, in punto di misure cautelari». Per consolidata giurisprudenza, infatti, la valutazione del peso probatorio degli indizi, ai fini dell'adozione delle misure cautelari personali, è compito riservato al giudice del merito e può essere contestata, con ricorso per cassazione, unicamente sotto il profilo della sussistenza, adeguatezza e logicità della motivazione.

La norma sottoposta a scrutinio trascurerebbe, dunque, la circostanza che il sindacato della Corte di cassazione in ordine ai gravi indizi di colpevolezza, richiesti dall'art. 273 cod. proc. pen., è sempre vincolato alle risultanze investigative considerate dal giudice di merito e delle quali si dà conto nel provvedimento impugnato: con la conseguenza che detto sindacato non comporterebbe di necessità la considerazione di tutti gli elementi indiziari acquisiti nel corso delle indagini, in quanto il giudice del merito potrebbe averne trascurati alcuni nel ragionamento seguito. Il pubblico ministero non potrebbe essere privato, tuttavia, dell'opportunità di far valere tali risultanze, non consi-

derate, nel seguito del procedimento, anzitutto mediante la richiesta di rinvio a giudizio o la citazione a giudizio.

Sotto diverso profilo, poi, la regola dettata dall'art. 405, comma 1-bis, cod. proc. pen. non terrebbe conto della differenza intercorrente tra gli elementi che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio o la citazione a giudizio e i gravi indizi che legittimano l'applicazione di una misura cautelare. Questi - dovendo risultare idonei a fondare, secondo la giurisprudenza di legittimità, un giudizio di qualificata probabilità sulla responsabilità dell'indagato in ordine ai reati addebitatigli - avrebbero, infatti, una maggiore «pregnanza» dei primi: e ciò, in considerazione sia della diversa fase del procedimento in cui le misure cautelari ordinariamente intervengono (e, cioè, «quella iniziale delle indagini preliminari»); sia della gravità intrinseca delle misure stesse, le quali sono applicate a prescindere dal contraddittorio tipico del giudizio.

Per tali aspetti, la norma impugnata si rivelerebbe dunque lesiva tanto dei principi di ragionevolezza e di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost.; quanto del precetto di obbligatorietà dell'azione penale, enunciato dall'art. 112 Cost., venendo a limitare indebitamente l'autonomia del pubblico ministero nell'esercizio di tale azione.

La circostanza che - ad avviso del rimettente - la disposizione censurata non impedisca comunque al giudice per le indagini preliminari di respingere la richiesta di archiviazione e di disporre, quindi, l'«imputazione coatta», non basterebbe a fugare i dubbi di legittimità costituzionale. La richiesta «obbligata» di archiviazione da parte del pubblico ministero comporterebbe, difatti, «passaggi processuali» che possono risultare privi di giustificazione, in contrasto con le esigenze di economia processuale e con il principio di ragionevole durata del processo, espresso dall'art. 111, secondo comma, Cost.: quali, in specie, la fissazione dell'udienza prevista dall'art. 409, comma 2, cod. proc. pen., l'imputazione coatta o l'indicazione di ulteriori indagini da compiere. Queste, d'altro canto, sarebbero finalizzate unicamente a raccogliere «ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini» - conformemente a quanto prevede la norma impugnata - con conseguente compromissione anche del principio di terzietà del giudice, sancito dallo stesso art. 111, secondo comma, Cost.

DIRITTO - 1. - Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Forlì dubita della legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 111, secondo comma, e 112 della Costituzione, dell'art. 405, comma 1-bis, del codice di procedura penale, aggiunto dall'art. 3 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), il quale stabilisce che «il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'articolo 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini».

Ad avviso del giudice rimettente, la norma censurata trascurerebbe la circostanza che il sindacato della Corte di cassazione sulla gravità indiziaria, richiesta dall'art. 273 cod. proc. pen., si esercita per il tramite della motivazione del provvedimento impugnato: onde il vaglio del giudice di legittimità non si estenderebbe necessariamente a tutti

gli elementi indiziari acquisiti nel corso delle indagini, in quanto il giudice di merito potrebbe averne trascurati alcuni nello svolgere le proprie argomentazioni.

Sotto diverso profilo, poi, il legislatore non avrebbe tenuto conto della differenza tra gli elementi che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio o la citazione a giudizio e quelli che legittimano l'applicazione di una misura cautelare. I secondi - dovendo risultare idonei a fondare un giudizio di qualificata probabilità di condanna dell'indagato - avrebbero, infatti, una maggiore «pregnanza» dei primi: e ciò, in considerazione sia della diversa fase del procedimento in cui le misure cautelari normalmente intervengono (vale a dire «quella iniziale delle indagini preliminari»); sia della gravità delle misure stesse, le quali sono applicate a prescindere dal contraddittorio tipico del giudizio.

Per tali aspetti, la norma impugnata si rivelerebbe lesiva tanto dei principi di ragionevolezza e di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost.; quanto del precetto di obbligatorietà dell'azione penale, enunciato dall'art. 112 Cost., venendo a limitare indebitamente l'autonomia del pubblico ministero nelle scelte circa l'esercizio di detta azione.

La circostanza che - secondo l'interpretazione accolta dal rimettente - la disposizione censurata non impedisca comunque al giudice per le indagini preliminari di respingere la richiesta di archiviazione e di disporre, quindi, la formulazione dell'imputazione, non basterebbe a rendere la norma conforme a Costituzione. L'obbligo del pubblico ministero di chiedere l'archiviazione comporterebbe, infatti, il dovere del giudice di compiere attività che possono rivelarsi prive di giustificazione, in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, secondo comma, Cost.: quali la fissazione dell'udienza prevista dall'art. 409, comma 2, cod. proc. pen., l'imputazione coatta o l'indicazione di ulteriori indagini suppletive, le quali, d'altra parte, risulterebbero finalizzate unicamente a raccogliere altri «elementi a carico della persona sottoposta alle indagini» - secondo quanto prevede la norma impugnata - con conseguente lesione anche del principio di terzietà del giudice, enunciato dallo stesso art. 111, secondo comma, Cost..

2. - In riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., la questione è fondata.

3. - Introducendo un vincolo legale del tutto innovativo alle determinazioni del pubblico ministero in punto di esercizio dell'azione penale, la norma impugnata stabilisce che l'organo dell'accusa, «al termine delle indagini», debba formulare richiesta di archiviazione allorché ricorrano due condizioni: una di segno positivo, rappresentata dal fatto che «la Corte di cassazione si [sia] pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza», ai sensi dell'art. 273 cod. proc. pen.; l'altra di segno negativo, costituita dalla circostanza che «non [siano] stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini».

Emerge dai lavori parlamentari - e segnatamente dalla relazione alla proposta di legge n. 5301, i cui contenuti sono stati trasfusi nell'emendamento che ha inserito la disposizione nella legge n. 46 del 2006 - che lo scopo della norma sarebbe di evitare, contrastando una prassi in assunto diffusa, che il pubblico ministero, pure in assenza di sopravvenienze investigative, eserciti «caparbiamente» l'azione penale in relazione a prospettazioni accusatorie la cui inconsistenza sarebbe già stata acclarata dalla Corte di cassazione in occasione dello scrutinio di iniziative cautelari. Si tratterebbe, in sostanza,

di un rimedio preventivo, volto, per un verso, ad alleggerire il carico di lavoro dei giudici dell'udienza preliminare e del dibattimento; e, per altro verso, ad evitare che l'indagato venga inutilmente sottoposto a processo in situazioni nelle quali l'esito liberatorio risulterebbe già scontato, a fronte del «qualificato vaglio» del giudice di legittimità sulla insussistenza della gravità indiziaria.

4. - Nel perseguire tale obiettivo, la disposizione censurata pone una regola che rovescia il rapporto fisiologico tra procedimento incidentale de libertate e procedimento principale.

Sino all'introduzione della nuova norma non si era mai dubitato, in effetti, che la pronuncia emessa in sede cautelare, ancorché all'esito definitivo di una impugnazione, avesse una portata rigorosamente circoscritta al procedimento incidentale de libertate, senza poter vincolare né il pubblico ministero, quanto alle determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale né il giudice dell'udienza preliminare, ai fini del rinvio a giudizio né, ancora, il giudice del dibattimento, con riguardo alla decisione sul merito della regiudicanda (si veda, al riguardo, già Corte di cassazione, sezioni unite, 12 ottobre 1993, n. 20).

Interferenze tra procedimento cautelare e procedimento principale erano considerate ammissibili solo in direzione inversa, sulla base del cosiddetto principio di assorbimento: nel senso, cioè, che il raggiungimento di certi stadi decisori nel procedimento principale era idoneo ad incidere in modo preclusivo - positivamente o negativamente - sulla verifica del *fumus commissi delicti*, richiesto ai fini dell'applicazione delle misure cautelari personali (si veda, al riguardo, la sentenza di questa Corte n. 71 del 1996).

Il principio di «impermeabilità» del procedimento principale agli esiti del procedimento cautelare ha, in effetti, un preciso fondamento logico-sistematico. Esso non discende, difatti, unicamente dal rilievo che la valutazione operata in un procedimento a cognizione sommaria e a carattere accessorio, quale quello cautelare, non può, in linea logica, condizionare gli sviluppi del procedimento a cognizione piena cui il primo è strumentale. Detto principio rappresenta anche e soprattutto il naturale riflesso dell'impostazione accusatoria del vigente codice di rito, che riserva alla fase processuale l'accertamento della responsabilità dell'imputato. Tale impostazione rinviene oggi un esplicito referente costituzionale nei principi del «giusto processo» enunciati dall'art. 111 Cost., e segnatamente in quello per cui la prova si forma nel contraddittorio tra le parti, salve le eccezioni prefigurate dal quinto comma del medesimo articolo.

L'esclusione di effetti condizionanti del giudizio cautelare sul procedimento principale vale difatti a scandire, salvaguardandola, la distinzione tra la fase delle indagini preliminari - nella quale non opera il principio del contraddittorio nella formazione della prova, come non opera in genere per l'applicazione delle misure cautelari - e quella del processo. Essa trova significativa eco, altresì, nella necessaria diversità fra il giudice dell'incidente cautelare e il giudice chiamato a pronunciarsi sul merito dell'imputazione, conseguente al regime delle incompatibilità (art. 34 cod. proc. pen., quale risultante a seguito degli interventi di questa Corte).

5. - Con la norma impugnata, viceversa, il legislatore riconosce a determinate pronunce emesse in sede cautelare un'efficacia preclusiva sul procedimento principale. Più

in particolare, la norma attribuisce a talune ipotesi «qualificate» di cosiddetto giudicato cautelare (sentenze della Corte di cassazione sull'insussistenza della gravità indiziaria) una valenza condizionante che - lungi dall'esaurirsi (secondo la corrente elaborazione giurisprudenziale del suddetto istituto) nel mero impedimento alla riproposizione, *rebus sic stantibus*, di istanze al giudice della cautela basate su motivi già dedotti - viene ad incidere sulla stessa possibilità di apertura del processo, inibendo l'atto di esercizio dell'azione penale.

Significativa, riguardo all'intento di configurare una vera e propria preclusione, è la collocazione della norma all'interno di quelle dell'art. 405 del codice di rito che disciplinano proprio l'«inizio dell'azione penale».

Sul tema va osservato che, sebbene non possa escludersi, pregiudizialmente ed in assoluto, la compatibilità costituzionale di disposizioni che, in particolari frangenti o per particolari aspetti, agiscono nella direzione considerata, è tuttavia evidente che l'inversione dell'ordinario rapporto tra procedimento cautelare e procedimento principale debba esprimersi in una regola rispondente a solidi canoni di razionalità, quanto a presupposti ed effetti: e ciò, avuto specificamente riguardo al fondamento di detto rapporto, quale dianzi evidenziato.

L'esigenza di razionalità risulta, d'altra parte, ancor più pregnante allorché l'intervento si traduca, come nella situazione in esame, in una previsione impeditiva dell'esercizio dell'azione penale. Secondo quanto più volte affermato da questa Corte, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, espresso dall'art. 112 Cost., non esclude che l'ordinamento possa subordinare l'esercizio dell'azione a specifiche condizioni (tra le altre, sentenze n. 114 del 1982 e n. 104 del 1974; ordinanza n. 178 del 2003).

Affinché l'art. 112 Cost. non sia compromesso, tuttavia, simili canoni debbono risultare intrinsecamente razionali e tali da non produrre disparità di trattamento fra situazioni analoghe: e ciò, alla luce dello stesso fondamento dell'affermazione costituzionale dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, come elemento che concorre a garantire - oltre all'indipendenza del pubblico ministero nello svolgimento della propria funzione - anche e soprattutto l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale (sentenze n. 88 del 1991 e n. 84 del 1979).

6. - La regola dettata dall'art. 405, comma 1-bis, cod. proc. pen. si presenta, al contrario, di per sé irragionevole per un triplice ordine di profili.

6.1. - Il primo e fondamentale di essi risiede nella diversità tra le regole di giudizio che presiedono alla cognizione cautelare e quelle che legittimano l'esercizio dell'azione penale.

In ambito cautelare, la valutazione dei «gravi indizi di colpevolezza» implica, infatti - per consolidata giurisprudenza di legittimità e come affermato, in più occasioni, anche da questa Corte (sentenze n. 131 del 1996 e n. 432 del 1995(1); ordinanza n. 314 del 1996) - un giudizio prognostico di elevata probabilità di colpevolezza, giudizio peraltro di tipo «statico», in quanto basato sui soli elementi già acquisiti dal pubblico ministero ed essenzialmente funzionale agli scopi della misura, vale a dire alla soddisfazione delle esigenze cautelari allo stato degli atti e durante il procedimento.

Di contro, alla luce dell'art. 125 disp. att. cod. proc. pen. - secondo cui il pub-

blico ministero chiede l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato quando gli elementi acquisiti «non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio» - la decisione sull'esercizio dell'azione penale si fonda su una valutazione di utilità del passaggio alla fase processuale: valutazione a carattere «dinamico», che tiene conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti e, dunque, ad un possibile sviluppo, in chiave probatoria e ai fini della decisione di merito sulla regiudicanda, degli elementi raccolti in fase investigativa. In altre parole, la valutazione di tali elementi ha luogo «non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale» e dei suoi precipui obiettivi, rappresentando «la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo» (sentenza n. 88 del 1991; in senso analogo, sentenze n. 478 e n. 319 del 1993, ordinanza n. 252 del 1991).

A causa della diversità dei valori in gioco - limitazioni alla libertà personale a fini cautelari, da un lato, e apertura della fase processuale ai fini del giudizio di merito, dall'altro - la gravità indiziaria richiesta dall'art. 273 cod. proc. pen.. Si propone come un criterio il cui metro di accertamento è eterogeneo rispetto a quello della sostenibilità dell'accusa in giudizio: per certi aspetti anche più rigoroso, per certi altri più debole, in ragione sia della possibilità che taluni degli atti di indagine unilateralmente acquisiti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e considerati per la misura cautelare risultino inutilizzabili in sede di giudizio, sia per l'eventualità che la loro valenza e il loro significato cedano o si trasformino, in uno o altro senso, attraverso la dialettica dell'assunzione probatoria dibattimentale.

Gli esiti delle due valutazioni (per la cautela e per l'azione) possono bensì coincidere in concreto: ma possono anche darsi ipotesi nelle quali la mancanza dei gravi indizi non implica l'inutilità del processo, intesa come insostenibilità dell'accusa in giudizio; così come, a rovescio, ipotesi in cui la prognosi di colpevolezza, sottesa alla ritenuta gravità indiziaria, non trovi poi corrispondenza in una condanna legittimata dalle prove acquisite nel dibattimento.

Proprio in tale prospettiva, questa Corte (sentenza n. 71 del 1996) dichiarò costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., gli artt. 309 e 310 cod. proc. pen., nella parte in cui - secondo la costante interpretazione adottata all'epoca dalla giurisprudenza di legittimità - precludevano al giudice dell'impugnazione cautelare (riesame o appello) il controllo sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, allorché nei confronti della persona colpita dalla misura fosse stato emesso il decreto che dispone il giudizio. La Corte osservò, difatti, che la delibazione sottesa al rinvio a giudizio è eterogenea rispetto all'apprezzamento della gravità indiziaria, non sviluppandosi secondo un canone prognostico di colpevolezza o di innocenza, ma attenendo soltanto alla «necessità del dibattimento». Il decreto che dispone il giudizio non poteva ritenersi, quindi, «assorbente» rispetto alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza: con la conseguenza che precludere l'esame di questi ultimi nelle impugnazioni de libertate equivaleva ad introdurre nel sistema un limite «irragionevolmente discriminatorio e ... gravemente lesivo del diritto di difesa».

Questa conclusione resta valida anche dopo la legge 16 dicembre 1999, n. 479:

l'arricchimento dei contenuti dell'udienza preliminare e la modifica dell'art. 425 cod. proc. pen., operati da detta legge (che ha mutato, altresì, i presupposti di accesso al giudizio abbreviato, sopprimendo il requisito del consenso del pubblico ministero), non escludono, infatti, che la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza abbia tuttora «ben altra consistenza qualitativa e quantitativa rispetto alla regola iuris propria del rinvio a giudizio» (Cassazione, sezioni unite, 30 ottobre 2002, n. 39915).

La disposizione impugnata con l'ordinanza in epigrafe é venuta, nella sostanza, a riproporre - per così dire, «a rime invertite» - il medesimo assetto già censurato dalla citata sentenza n. 71 del 1996. Essa impone, difatti, al pubblico ministero di chiedere l'archiviazione a fronte dell'accertamento, operato da altro organo giudiziario in sede cautelare, di una situazione probatoria - l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza - che, di per sé, non lo obbligherebbe necessariamente all'inazione.

L'innesto sull'art. 405 cod. proc. pen., volto a cambiare le regole di giudizio che presiedono all'archiviazione e all'esercizio dell'azione penale per farle coincidere con quelle proprie del giudizio cautelare, si pone nella prospettiva di una vera e propria modifica di sistema, idonea a svuotare di significato l'accertamento dibattimentale dell'accusa e, quindi, lo stesso impianto del codice di rito del 1988; e ciò, in palese contraddizione logico-sistematica con le previsioni degli artt. 425 cod. proc. pen. e 125 disp. att. cod. proc. pen., peraltro non toccate dalla riforma.

6.2. - Sotto un secondo profilo, la norma censurata si rivela incongruente in quanto trascura la diversità, strutturata come fisiologicamente possibile, della base probatoria delle due valutazioni a confronto.

Il pubblico ministero fruisce, infatti - pacificamente - di un potere selettivo riguardo agli elementi da sottoporre al giudice della cautela (salvo che per quelli a favore dell'imputato: art. 291, comma 1, cod. proc. pen.): potere che trova il suo metro di esercizio nel vaglio comparativo tra gli interessi, talora confliggenti, ad ottenere la misura richiesta e, nello stesso tempo, a non pregiudicare, con una prematura e ampia rivelazione degli elementi acquisiti, le indagini ancora in corso, specialmente quelle riguardanti più indagati e più ipotesi d'accusa. Al contrario, le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale debbono essere prese sulla base di tutto il materiale investigativo.

Ne deriva che la decisione de libertate della Corte di cassazione può fondarsi su un panorama probatorio diverso e anche più ridotto rispetto a quello da sottoporre al giudice per il controllo su quelle determinazioni. La circostanza, tuttavia, che il pubblico ministero fosse già in possesso di altri elementi, oltre a quelli vagliati in sede di gravame cautelare, atti a dimostrare - eventualmente, anche in modo evidente - la fondatezza della notizia criminis, non varrebbe ad escludere, ai sensi della disposizione censurata, l'obbligo di chiedere comunque l'archiviazione: la norma é, difatti, assolutamente inequivoca nello stabilire che la pronuncia della Corte di cassazione resta priva di efficacia preclusiva solo qualora l'ulteriore materiale d'accusa sia stato acquisito «successivamente» ad essa. Con la conseguenza che la selezione del materiale allegato alla richiesta di misura cautelare, operata dal pubblico ministero sulla base di un apprezzamento del tutto discrezionale, rischia di avere - a parità di situazioni concrete - un effetto condizionante sull'esercizio o meno dell'azione penale.

6.3. - In terzo luogo, infine, va osservato che la Corte di cassazione, quando si pronuncia in materia cautelare, non accerta in modo diretto la mancanza del *fumus commissi delicti*. In ragione delle caratteristiche proprie del giudizio di legittimità - non alterate, sotto l'aspetto che interessa, dall'ampliamento dei motivi di ricorso attuato dalla stessa legge n. 46 del 2006 [nuovo art. 606, comma 1, lettera e), cod. proc. pen.] - il sindacato de libertate della Corte di cassazione, precipuamente in materia di gravità indiziaria, si esercita indirettamente mediante il controllo sulla motivazione del provvedimento impugnato (così come, del resto, è avvenuto nel procedimento a quo), del tutto residuali e comunque occasionali essendo le situazioni in cui, invece, può direttamente incidere su tale gravità, ad esempio escludendo l'utilizzabilità di uno o più degli elementi indiziari valorizzati dal giudice di merito.

Ciò implica che l'eventuale annullamento del provvedimento impugnato non svela automaticamente l'oggettiva inesistenza dei gravi indizi di colpevolezza: alcuni elementi, benché già acquisiti, potrebbero non essere stati valorizzati nella motivazione del provvedimento impugnato, perché sfuggiti al giudice della cautela o perché, più semplicemente, egli potrebbe avere male motivato sul punto. Al riguardo, non può in effetti trascurarsi la circostanza che - almeno per quanto attiene ai profili del fatto - la pronuncia sull'impugnazione cautelare si basa su un accertamento a carattere sommario, operato nel quadro di un procedimento caratterizzato (specie quanto al riesame) da cadenze temporali compresse.

7. - Tutte le considerazioni sinora svolte conducono alla conclusione della illegittimità costituzionale della norma censurata, a nulla rilevando che essa configuri solo una preclusione per il pubblico ministero all'esercizio dell'azione penale senza quindi vincolare - secondo la corrente esegesi, condivisa dal rimettente - la valutazione del giudice investito della richiesta di archiviazione: il quale, pertanto - ove ritenga insussistenti le ipotesi previste dagli artt. 408 e 411 cod. proc. pen. e dall'art. 125 disp. att. cod. proc. pen. - conserva il potere di respingere la richiesta stessa, disponendo che il pubblico ministero svolga indagini supplementari o che formuli l'imputazione, benché secondo le più lunghe e obbligate cadenze di un percorso anomalo e improprio.

La norma infatti altera la logica dell'istituto dell'archiviazione, che per ratio storica e per il modo in cui è disciplinato, si propone come uno strumento di controllo volto a verificare, in funzione di garanzia dell'osservanza del precetto dell'art. 112 Cost., che l'azione penale non venga indebitamente omessa (si veda, in particolare, la già citata sentenza n. 88 del 1991 di questa Corte): laddove, per contro, nella prospettiva offerta dalla norma stessa, detto istituto assumerebbe l'opposto obiettivo di impedire che l'azione penale venga inopportunamente esercitata, anticipando, in pratica, la funzione di «filtro» che dovrebbe essere propria dell'udienza preliminare.

Per altro verso, qualora il giudice - disattendendo l'eventuale «segnalazione» contraria (secondo cui, in difetto della preclusione di legge, avrebbe esercitato l'azione) fattagli (come nel caso di specie) dall'organo dell'accusa in contemporanea con la richiesta coatta di archiviazione - disponesse comunque l'archiviazione stessa, il pubblico ministero resterebbe privo di qualsiasi rimedio; il decreto di archiviazione emesso de plano non sarebbe, difatti, in alcun modo impugnabile.

Si manifesta, di conseguenza, una ingiustificata disparità di trattamento fra fattispe-

cie identiche sul piano sostanziale. A parità di condizioni, le scelte del pubblico ministero in punto di iniziative cautelari (richiesta o meno della misura, selezione del materiale, esaurimento dei gradi di impugnazione) e la motivazione del provvedimento de libertate possono condizionare l'assetto del potere di azione. A seconda dei casi, l'organo dell'accusa, pur volendosi determinare all'esercizio dell'azione penale non ostante il «giudicato cautelare» per esso negativo, si troverà costretto a chiedere l'archiviazione, senza potersi dolere in alcun modo del provvedimento del giudice che la disponga; ovvero, in difetto di proprie iniziative cautelari, potrà esercitare senza alcun impedimento tale azione: sicché, ove si tratti di reato per il quale é prevista la citazione diretta, vedrà senz'altro soddisfatta la sua pretesa all'instaurazione del processo; mentre, quando si tratti di reato per il quale é prevista l'udienza preliminare, potrà comunque fruire del diritto di impugnare l'eventuale sentenza di non luogo a procedere (art. 428 cod. proc. pen.).

In siffatta prospettiva, la richiesta «coatta» di archiviazione, prevista dalla disposizione censurata, finisce per trasformarsi in una sorta di sanzione extra ordinem per le iniziative cautelari inopportune dell'organo dell'accusa: sanzione peraltro inaccettabile sul piano costituzionale, perché discriminante tra le posizioni degli indagati in rapporto ad attività addebitabili all'organo dell'accusa.

8. - Si deve concludere, pertanto, che - a prescindere da ogni giudizio di opportunità dell'obiettivo che il legislatore si era prefisso - esso é stato comunque perseguito con strumenti lesivi dei parametri espressi dagli artt. 3 e 112 Cost.

L'art. 405, comma 1-bis, cod. proc. pen. va dichiarato, quindi, costituzionalmente illegittimo.

Le residue censure del giudice rimettente, riferite all'art. 111, secondo comma, Cost. esclusivamente con riguardo ai principi di ragionevole durata del processo e di terzietà del giudice, restano assorbite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 1189

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Unite Civili

Controversie in materia di assistenza e previdenza - Ricorso in via amministrativa - Decadenza di cui all'art. 47 del D.P.R. n. 639/1970 - Domanda giudiziale rivolta ad ottenere l'adeguamento di una prestazione già riconosciuta in un importo inferiore a quello dovuto - Applicabilità - Esclusione - Conseguenze - Soggezione della domanda al solo termine prescizionale.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 29.05.2009 n. 12720 – Pres. Carbone – Rel. Vidiri – P.M. Iannelli – INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Biondi, Pulli) – M.R. (Avv.ti Vacirca, Durazzo).

La decadenza di cui all'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639 - come interpretato dall'art. 6 del d.l. 29 marzo 1991, n. 103, convertito, con modificazioni, nella legge 1 giugno 1991, n. 166 - non può trovare applicazione in tutti quei casi in cui la domanda giudiziale sia rivolta ad ottenere non già il riconoscimento del diritto alla prestazione previdenziale in sé considerata, ma solo l'adeguamento di detta prestazione già riconosciuta in un importo inferiore a quello dovuto, come avviene nei casi in cui l'Istituto previdenziale sia incorso in errori di calcolo o in errate interpretazioni della normativa legale o ne abbia disconosciuto una componente, nei quali casi la pretesa non soggiace ad altro limite che non sia quello della ordinaria prescrizione decennale.

FATTO - R.M. adiva il Tribunale di Torino ed esponeva che era stato autoferrotraviere e che aveva richiesto, nei termini di legge, di potere usufruire del prepensionamento ai sensi della legge 5 gennaio 1996 n. 11 per avere maturato i requisiti di anzianità anagrafica e contributiva richiesti dalla suddetta legge.

La S. di Torino, azienda presso la quale il ricorrente aveva lavorato, esperite le necessarie procedure sindacali ed amministrative, aveva sciolto il suo rapporto di lavoro per il pensionamento anticipato, con decorrenza dal 1 gennaio 1998.

L'INPS gli aveva però liquidato il trattamento pensionistico senza tenere in alcun conto gli anni e le settimane relative al periodo di c.d. prepensionamento, utili per potere conseguire l'aliquota percentuale necessaria per il conseguimento ed il calcolo della pensione di anzianità (o di vecchiaia), anticipatamente concessa.

Riferiva ancora il ricorrente che aveva proposto ricorso al Comitato Provinciale ex art. 46 legge 9 marzo 1989 n. 88 in data 21 aprile 2004, non essendo pervenuta alcuna risposta alla sua domanda del 12 marzo 2004 per riottenere il ricalcolo della pensione, ma il Comitato non si era

pronunciato nei termini di legge così da determinare la formazione del silenzio rigetto.

Ciò premesso in fatto, il ricorrente assumeva che una corretta interpretazione letterale, logico-giuridica e sistematica dell'art. 4 del d.l. n. 501 del 1995, convertito in legge 5 gennaio 1996 n. 11, comportava che il beneficio del c.d. prepensionamento non poteva essere limitato alla anticipata percezione della pensione ma comportava anche il riconoscimento della maggiore aliquota di calcolo, corrispondente al periodo mancante alla data di maturazione della pensione di anzianità, che esso ricorrente, in possesso di una anzianità di servizio di anni 32 e mesi 11, avrebbe potuto conseguire con il compimento di 35 anni di anzianità, e cioè entro il termine massimo previsto dalla legge di 7 anni dalla data del prepensionamento.

Chiedeva, pertanto, il M. al Tribunale di Torino che fosse accertato il suo diritto ad ottenere la liquidazione della pensione sulla base contributiva pari a 35 anni di anzianità e la condanna dell'INPS al pagamento delle differenze di trattamento maturate dalla data di pensionamento.

Dopo la costituzione del contraddittorio, il giudice unico del Tribunale di Torino accoglieva in parte la domanda del M., riconoscendo che al medesimo competeva il ricalcolo della pensione con 35 anni di anzianità.

Alla fattispecie in esame era però inapplicabile il disposto dell'art. 47, comma 2, del d.p.r. 30 aprile 1970 n. 639, (come modificato dall'art. 4, comma 2, della legge n. 438 del 1992), sicché l'INPS doveva essere condannato a corrispondere le differenze sui ratei a far tempo dalla data della domanda amministrativa pervenuta all'INPS il 16 marzo 2004, anziché dalla data del pensionamento (1 gennaio 1998).

Avverso tale decisione proponeva appello il M., lamentando che la sentenza impugnata, corretta nella parte in cui aveva escluso l'applicabilità dell'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970, risultava invece errata nella parte in cui aveva riconosciuto solo dalla data della domanda amministrativa le differenze sui ratei arretrati.

L'INPS proponeva a sua volta appello incidentale sollevando nuovamente l'eccezione di decadenza dall'azione giudiziaria intrapresa da controparte ed, in via subordinata, deduceva nel merito l'infondatezza della richiesta del M..

La Corte d'appello di Torino, in parziale accoglimento del gravame principale, riformava la sentenza di primo grado, riconoscendo il diritto del M. alla liquidazione della pensione sulla base di una anzianità contributiva pari a 35 anni e determinava nel 12 luglio 2001 la data di decorrenza delle differenze arretrate, mentre respingeva l'appello incidentale dell'INPS. Avverso tale sentenza l'Istituto propone ricorso per cassazione, affidato ad un unico articolato motivo.

Resiste con controricorso R.M., che spiega anche ricorso incidentale, sostenuto con due motivi. Ambedue le parti hanno depositato memorie.

Con ordinanza interlocutoria del 6 febbraio 2008 n. 2770, la Sezione lavoro di questa Corte rimetteva gli atti al Primo Presidente stante il disposto dell'art. 374, comma 2, c.p.c., osservando, con riferimento al ricorso incidentale del M., che la ricognizione delle posizioni assunte dalla Corte di Cassazione sulla questione dell'applicabilità del termine di decadenza alle ulteriori rivendicazioni concernenti la stessa prestazione previdenziale già riconosciuta, evidenziava contraddizioni e contrasti e che, in ogni caso, la questione,

investendo sotto un profilo di notevole rilevanza, il tema generale dei limiti di operatività dell'istituto della decadenza in materia previdenziale, presentava il connotato della particolare importanza.

Il Primo Presidente ha rimesso la risoluzione della suddetta questione a queste Sezioni Unite.

DIRITTO - 1. Ai sensi dell'art. 335 c.p.c., va disposta la riunione del ricorso principale e di quello incidentale per avere ad oggetto la medesima decisione.

2. Con il ricorso principale l'INPS deduce violazione ed errata applicazione dell'art. 4 del decreto legge 25 novembre 1995 n. 501, convertito nella legge 5 gennaio 1996 n. 11, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c.. L'Istituto sostiene che la maggiore anzianità di cui all'art. 4 del citato decreto legge deve essere attribuita - sulla base di una interpretazione letterale dell'intera disposizione - esclusivamente ai fini del conseguimento del diritto a pensione anche perché non esiste nel nostro ordinamento un principio generale, in base al quale tutte le volte che il legislatore consenta ad una determinata categoria di lavoratori di usufruire del trattamento di quiescenza - prima della maturazione dell'anzianità minima prevista - ciò comporti automaticamente un accredito di contributi figurativi. In assenza di un tale principio il rivendicato beneficio avrebbe dovuto essere contemplato espressamente dalla legge, essendo contrario alla regola stabilita dalla legge n. 153 del 1969, secondo la quale la pensione di anzianità spetta a condizione che si possano fare valere almeno 31 anni di contribuzione effettiva in costanza di lavoro (art. 22, comma 1, lett. b). In altri termini la norma dell'art. 4, non era valsa ad attribuire a tutti i lavoratori, che presentavano determinati requisiti, il beneficio di usufruire del diritto a pensione ma aveva lo scopo di consentire ad ogni azienda - a seguito di una autonoma valutazione dei costi dell'operazione - il mezzo per risanare la propria gestione economica attraverso i piani da approvarsi con le prescritte procedure. Ne conseguiva che il diritto di ogni lavoratore riguardava solo il pensionamento prima del raggiungimento dei requisiti richiesti dalla normativa generale, senza che la riconosciuta maggiorazione potesse essere capace di accrescere l'ammontare del trattamento pensionistico rispetto alla misura effettivamente maturata.

3. Con il ricorso incidentale R.M. lamenta invece una errata interpretazione dell'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970 e dell'art. 6 del d.l. 29 marzo 1991 n. 103, convertito in legge 1 giugno 1991 n. 166. Assume al riguardo che in relazione alla sua domanda di riliquidazione della pensione non era applicabile né l'art. 47 né l'art. 6, sopra richiamati, e ciò in quanto la sua pretesa non aveva ad oggetto la prestazione ma il mero ricalcolo di una prestazione già riconosciutagli e pacificamente spettantegli. La decadenza triennale opera infatti anche nei casi disciplinati dall'art. 6 del d.l. 103 del 1991, (assenza di ricorso amministrativo o ricorso amministrativo tardivo), solo in caso di diniego della intera prestazione previdenziale e non nel caso in cui, come nella fattispecie in esame, la domanda dell'assicurato non concerneva la concessione della prestazione bensì un mero ricalcolo, rispetto alla cui domanda non era necessario l'esperimento di alcun procedimento amministrativo.

4. Va per evidenti motivi di priorità logico-giuridica esaminato il ricorso dell'Isti-

tuto, che va deciso nel merito non essendo accoglibile l'eccezione del M. secondo cui il ricorso suddetto va dichiarato inammissibile, per non essere stati chiariti i termini della censura sollevata e per non essere stati riportati i passaggi della decisione impugnata che si ritengono viziati, atteso che dall'intero contenuto del ricorso dell'INPS si evincono la portata delle doglianze mosse alla decisione della Corte territoriale anche con riguardo alle violazioni di legge che a detta decisione vengono contestate.

4.1. Il ricorso stesso è però privo di fondamento e, pertanto, va rigettato.

4.2. È giurisprudenza costante dei giudici di legittimità che in tema di pensionamento anticipato degli autoferrottranvieri, l'art. 4 del D.L. n. 501 del 1995, convertito nella legge n. 11 del 1996, deve essere interpretato nel senso che il beneficio con tale disposizione riconosciuto non comporta solo l'anticipo della decorrenza della pensione rispetto alla data ordinaria di conseguimento del diritto, ma incide altresì sulla misura della prestazione, giacché - nell'arco temporale intercorrente tra la data della anticipazione della decorrenza stessa e quella ordinaria del conseguimento del diritto - viene accreditata la contribuzione figurativa (cfr. *ex plurimis*: Cass. 24 novembre 2003 n. 17822, cui *adde* Cass. 12 gennaio 2007 n. 515; Cass. 10 agosto 2005 n. 16835; Cass. 12 marzo 2004 n. 5146; Cass. 18 dicembre 2003 n. 19410).

4.3. Ragioni di nomofilachia inducono queste Sezioni Unite a ribadire il principio sopra enunciato non essendo state prospettate ragioni nuove capaci di metterne in dubbio la validità.

5. Va invece accolto il ricorso incidentale del M., avente ad oggetto la generale problematica attinente alla sottoposizione al termine di decadenza - ex art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970 ed art. 6 del d.l. n. 103 del 1991 - delle ulteriori rivendicazioni concernenti la stessa prestazione previdenziale già riconosciuta all'assicurato, per avere il suddetto M. rivendicato con ricorso al Comitato provinciale ex art. 46 legge 9 marzo 1989 n. 88, il ricalcolo della pensione, che gli era stata liquidata senza che - in violazione del disposto dell'art. 4 del d.l. n. 501 del 1995 - si fosse tenuto in alcun conto, ai fini del relativo trattamento economico, degli anni e delle settimane attinenti al periodo di c.d. pre-pensionamento e della contribuzione figurativa.

5.1. Sulla tematica in questione - che come ha evidenziato l'ordinanza della Sezione lavoro presenta il connotato della particolare rilevanza data la natura degli interessi coinvolti - non si riscontra una uniformità di statuizioni, né si rinviene l'enunciazione di un principio di generale applicazione, capace cioè di coprire con il suo ambito applicativo tutti i casi di riliquidazioni di prestazioni previdenziali aventi ad oggetto discrasie circa il *quantum* spettante (come nel caso di specie) o che abbiano ad oggetto analoghe fattispecie relative alle prestazioni previdenziali (domanda di adeguamento monetario della prestazione per il diniego di automatismi economici; richiesta di accessori da ritardo o di inclusioni di specifiche componenti della prestazione già riconosciuta).

5.2. Si rinviene, dunque, in dottrina ed in giurisprudenza una diversità di indirizzi per quanto attiene all'applicabilità del termine decadenziale alla richiesta della differenza dovuta, e non corrisposta, in relazione ad una prestazione di cui già si è riconosciuto il diritto.

5.3. Secondo un orientamento, infatti, con riferimento alla particolare fattispecie

di prestazioni corrisposte non nella loro integrità si è rilevato che qualora la legge preveda la decadenza di un diritto di credito - per il caso di suo mancato esercizio entro un termine predeterminato - la richiesta di pagamento soltanto parziale è atto di esercizio idoneo ad impedire la decadenza con riguardo alla prestazione dovuta - stante la facoltà del creditore di chiedere ed accettare l'adempimento parziale ai sensi dell'art. 1181 c.c., - ed a fare sì che la richiesta di pagamento non sia poi soggetta ad alcun termine della stessa natura. Corollario di tale assunto è l'ulteriore affermazione che l'esercizio di un diritto di credito previdenziale - esercitato entro il termine decadenziale previsto dalla legge - impedisce tale decadenza anche in relazione alle somme ulteriori eventualmente richieste allo stesso titolo, dal momento che la somma successivamente richiesta costituisce sempre una componente essenziale del credito previdenziale ed atteso che non è prospettabile una rinuncia in assenza di uno specifico atto dal quale possa evincersi in maniera univoca una manifestazione di volontà in tali sensi. In conclusione, quindi, la richiesta di una prestazione previdenziale (soddisfatta solo in parte) impedirebbe definitivamente la decadenza di cui all'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970, con l'effetto che la richiesta di integrazione non sarebbe più assoggettata ad alcun termine decadenziale, per essere ad essa applicabile solo il termine di prescrizione.

5.4. Un altro orientamento è volto invece a distinguere il caso in cui si richieda una prestazione entro un termine di decadenza da quello, invece, in cui si contesti una precedente determinazione dell'ente, con la proposizione di una azione giudiziaria entro un distinto termine, anche esso di decadenza, non rinvenendosi alcuna norma o principio che escluda l'operatività di due diversi termini di decadenza, dei quali il primo imponga - ai fini della conservazione del diritto - di farlo valere tempestivamente in sede amministrativa ed il secondo imponga di contro la necessità - una volta che sia stato riconosciuto in maniera definitiva il diritto stesso - di contestare le ulteriori decisioni dell'ente con la proposizione, entro un termine previsto anche esso a pena di decadenza, di una apposita domanda giudiziale.

5.5. La diversità di soluzioni, cui si è ora fatto riferimento, è emersa con evidenza per quanto attiene alla indennità di disoccupazione agricola.

5.6. Numerose decisioni dei giudici di legittimità - aderendo sostanzialmente al primo orientamento - hanno statuito che la richiesta della suddetta indennità entro il termine previsto dall'art. 129 del r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827 (e per i lavoratori agricoli entro il termine di cui all'art. 7 del d.p.r. 25 ottobre 1955 n. 1323) impedisce la decadenza, e fa sì che l'assicurato, il quale abbia accettato il pagamento parziale (art. 1181 c.c.), costituito dall'importo dell'indennità senza la rivalutazione prevista dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 497 del 1988(1) (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 del d.l. 2 marzo 1974 n. 30, convertito in legge 6 aprile 1974 n. 174, nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento del valore monetario dell'indennità di disoccupazione ivi indicato) possa poi richiedere tale integrazione senza essere assoggettato al termine predetto (cfr. *ex plurimis*: Cass., Sez. Un., 18 luglio 1996 n. 6491(2), cui *adde* Cass. 7 luglio 2004 n. 12516; Cass. 23 settembre 1998 n. 9546).

5.7. Altre decisioni - aderendo sostanzialmente invece al secondo orientamento - affermano che il riconoscimento del diritto alla prestazione in misura ipoteticamente

inferiore al dovuto concreta pur sempre quel provvedimento dell'INPS cui l'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970 - senza operare alcuna distinzione tra provvedimenti totalmente o parzialmente negativi - collega l'onere di reagire con la proposizione dell'azione giudiziaria entro il termine di decadenza per far valere il diritto alla differenza (in tali termini vedi tra le altre; Cass. 13 novembre 1996 n. 9965 nonché più di recente Cass. 11 aprile 2008 n. 9560; Cass. 6 marzo 2004 n. 4636 per l'affermazione che la decadenza prevista dall'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970 - come successivamente interpretato e modificato - si applica anche in caso di riconoscimento parziale del trattamento effettivamente dovuto, poiché il diritto alla somma residua è indistinguibile dal diritto all'intera somma prima del pagamento parziale ma, a seguito di quest'ultimo, è configurabile come diritto separato, concettualmente distinto e suscettibile di autonome vicende, e quindi non sottoratto a decadenze, come non lo è alla prescrizione; ed in epoca più risalente Cass. 16 settembre 1997 n. 9210; Cass. 10 settembre 1997 n. 8871).

6. Orbene, queste Sezioni Unite reputano di dovere condividere il primo degli indirizzi scrutinati, dovendosi tale indirizzo applicare in detta fattispecie ed in tutte quelle altre in cui si sia in presenza di una o più componenti, richieste in tempi diversi, di una stessa prestazione, già riconosciuta dall'Istituto.

6.1. A tale conclusione - volta a superare le numerose incertezze che sinora hanno caratterizzato punti non certo marginali della problematica in esame - apprestano sostegno utile alcune considerazioni di carattere generale.

6.2. I giudici di legittimità hanno più volte ribadito che la decadenza sostanziale di cui si discute <è di ordine pubblico> (artt. 2968 e 2969 c.c.), in quanto annoverabile fra quelle dettate a protezione dell'interesse alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spese gravanti su bilanci pubblici, ed è pertanto rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, con il solo limite del giudicato, dovendosi escludere la possibilità, per l'ente previdenziale, di rinunciare alla decadenza stessa ovvero di impedirne l'efficacia riconoscendo il diritto ad essa soggetto (così Cass. 27 marzo 1996 n. 2743, ed ancora *ex plurimis*: Cass. 1 dicembre 1998 n. 12141, che evidenzia come la decadenza sia una conseguenza del fatto oggettivo del mancato esercizio del diritto durante il tempo stabilito, per cui l'ente previdenziale non ha alcun onere probatorio al riguardo), ed hanno altresì rimarcato come per il suo carattere parafiscale, la finanza degli enti pubblici gestori delle assicurazioni generali obbligatorie si contraddistingue per l'esistenza di un bilancio alimentato da prelievi obbligatori come i contributi, sicché l'ente previdenziale non può rinunciare alle decadenze, come pure non può derogare negozialmente alla disciplina legale di questa, né riconoscere il diritto soggetto a termine decadenziale con effetti impeditivi del decorso del suddetto termine (Cass., Sez. Un., 4 luglio 1989 n. 3197, nonché Cass. 27 marzo 1996 n. 2743).

6.3. Ed è, quindi, costante e ripetuta in materia previdenziale la statuizione giurisprudenziale della indisponibilità anche da parte dell'istituto assicurativo dei diritti scaturenti dal rapporto assicurativo, che si traduce nella rilevabilità d'ufficio della decadenza (cfr. al riguardo: Cass. 18 luglio 2002 n. 10472 e Cass. 28 agosto 1997 n. 8122, con riferimento alla fattispecie di una domanda di prepensionamento ex art. 16, comma 1, l. 23 aprile 1981 n. 155; Cass. 24 febbraio 2006 n. 4184 che, proprio in ragione della

ratio della decadenza in materia di assicurazioni sociali e della indisponibilità dei diritti scaturenti dal rapporto con l'Istituto assicurativo, ha poi negato che in una controversia insorta fra soggetti privati, nella quale, pertanto, difetta qualsiasi profilo di indisponibilità delle situazioni coinvolte - come nel caso di azione di responsabilità civile instaurata dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro in relazione alla violazione dell'art. 2087 c.c. - la decadenza prevista dall'art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965 possa essere fatta valere d'ufficio, dovendo essere invece eccepita e tempestivamente formulata dalla parte interessata).

6.4. Né sotto altro versante può trascurarsi la considerazione che la giurisprudenza, sempre in ragione della specificità degli interessi da tutelare, ha - con riferimento ad un istituto da sempre configurato come eccezione in senso stretto in quanto rimesso alla esclusiva disponibilità delle parti - riconosciuto la rilevanza d'ufficio anche della prescrizione (cfr. al riguardo: Cass. 6 dicembre 1995 n. 12538 e, successivamente, tra le altre: Cass. 18 novembre 1997 n. 11479, che hanno rilevato come del resto il principio della irrinunciabilità della prescrizione sia espressamente previsto anche dall'art. 55 del R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827, ostativo del pagamento dei contributi previdenziali prescritti, aggiungendo anche che esso è consono ad un sistema previdenziale avente uno spiccato carattere pubblicistico, nell'ambito del quale è necessario, per la certezza dei rapporti tra l'ente gestore e i cittadini, che i contributi da versare o da rimborsare non siano prescritti e che, comunque, non sia lasciata alla discrezione dell'interessato la possibilità di far valere o meno l'avvenuta prescrizione).

6.5. È, dunque, di comune condivisione l'opinione della piena permeabilità della materia in esame ad interessi di natura pubblicistica. In questa direzione si è mossa pure la dottrina che ha rilevato che: la previsione legale di una autonoma fase contenziosa amministrativa, pur essendo dettata dalla finalità di offrire al privato cittadino - oltre all'azione giudiziaria - anche un ulteriore, più economico ed immediato strumento di tutela, è soprattutto funzionalizzata a garantire, con il doveroso controllo del provvedimento, una limitazione nel tempo - attraverso la predeterminazione di termini procedurali - della impugnabilità di tale provvedimento e, quindi, della precarietà dell'atto amministrativo da emettere; che una finalità indubbiamente acceleratoria va assegnata all'art. 7 della legge n. 533 del 1973, secondo cui la richiesta all'Istituto assicuratore si intende a tutti gli effetti di legge (e quindi anche per l'eventuale decorrenza degli interessi moratori) rigettata, quando siano trascorsi 120 giorni dalla data di presentazione della domanda stessa, senza che l'Istituto si sia pronunziato; che il procedimento di cui al contenzioso amministrativo viene poi preso in considerazione quale punto di riferimento per il computo del termine di decadenza sostanziale (art. 47 d.p.r. n. 639 del 1970, come novellato dall'art. 4 della legge n. 438 del 1990), entro il quale l'azione giudiziaria diretta al riconoscimento deve essere proposta (tre anni per le controversie in materia di trattamenti pensionistici ed un anno per le controversie in materia di prestazioni minori).

6.6. L'evidenziato stretto collegamento tra i termini del contenzioso amministrativo e quelli (tre anni ed un anno in ragione, come si è detto, della diversa natura delle prestazioni) legislativamente fissati a pena di decadenza sostanziale, impongono all'interprete - sulla base dell'innegabile loro finalità acceleratoria - di ritenere nel loro complesso

che tali termini risultino “indifferenti” - nei sensi in precedenza precisati - alle condotte dell’assicurato ma anche dello stesso istituto previdenziale, volte a snaturarne le indicate finalità ed ad alterare l’intero impianto normativo, che predetermina in maniera articolata ed esaustiva i termini del passaggio dalle procedure amministrative all’ordinario processo previdenziale.

7. Quanto ora detto consente di rassegnare - con consequenziali ricadute sulla problematica oggetto della controversia in esame - alcune statuizioni, riassumibili nei seguenti termini:

- in considerazione della indicata natura pubblicistica del termini in materia la decadenza deve trovare applicazione quale che sia il comportamento delle parti, sicché sul decorso dei (diversi) termini attraverso i quali si articola - ed è stata legislativamente cadenzata - la procedura contenziosa amministrativa non può incidere né il privato, con un ricorso amministrativo tardivo, né l’amministrazione, con un provvedimento amministrativo o con una decisione anche essa tardiva (cfr. in tali sensi per la riaffermazione di un principio consolidato: Cass. 6 giugno 2007 n. 13276(3), che individua nella “scadenza dei termini prescritti per l’esaurimento del procedimento amministrativo” la soglia oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo, pur restando rilevante ai fini della procedibilità dell’azione giudiziaria, non consente lo spostamento in avanti del termine di decadenza, e che ha esteso detto principio all’ipotesi di tardivo provvedimento di rigetto nel merito da parte dell’istituto previdenziale; Cass. 7 dicembre 2007 n. 25670(4) cit. e, da ultimo, Cass. 17 marzo 2008 n. 7149, che in tema di indennità di disoccupazione ha ribadito che resta preclusa la possibilità per le parti di derogare, attraverso propri atti o comportamenti, alla disciplina legale sui termini decadenziali per cui la decisione del ricorso tardivamente presentato - ancorché imposta dall’art. 8 della legge n. 533 del 1973 - non impedisce il decorso del termine di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale);

- e sempre nell’area di generale irrilevanza dei comportamenti delle parti ai fini del decorso dei termini scrutinati devono farsi rientrare - e sempre in ragione della già sottolineata natura di ordine pubblico della decadenza in esame - anche gli atti interlocutori dell’Istituto assicurativo o i provvedimenti capaci di assumere carattere decettivo (lettere dell’Istituto con le quali si richiedono ulteriori documenti ovvero si deduce che si sta provvedendo al pagamento o, più in generale, all’esame della pratica amministrativa o - come è avvenuto nella presente controversia - si soprassiede al pagamento della prestazione per ulteriori accertamenti, ecc.), che come tali possono legittimare azioni risarcitorie sempre che detti atti concretizzino condotte lesive dei canoni di correttezza e buona fede.

8. L’impossibilità dell’Istituto previdenziale di incidere (anche con atti irrituali ovvero posti in essere al di fuori dei limiti legislativamente previsti) sulla rigida e predeterminata scansione e sequela dei termini decadenziali - basata su un equilibrato bilanciamento tra finalità pubbliche e tutela dell’assicurato - assume rilievo al fine dell’accoglimento dell’indirizzo giurisprudenziale dell’unitarietà del termine di decadenza e, conseguentemente, sulla non configurabilità di una doppia decadenza: nel caso in cui a fronte del riconoscimento di una prestazione se ne chieda successivamente un

adeguamento (cfr. al riguardo: Cass., Sez. Un., 18 luglio 1996 n. 6491 cit., e negli stessi sensi: Cass. 7 luglio 2004 n. 12516, che rileva l'illogicità ed irrazionalità in materia previdenziale ed assistenziale della previsione di una doppia decadenza sostanziale che, giustificata dalla stessa finalità, si presenterebbe come un doppio sbarramento previsto al solo fine di rendere più difficoltoso l'esercizio del diritto); o ancora in tutti quei casi in cui sia in presenza di una componente di una prestazione già riconosciuta (cfr.: Cass. 11 gennaio 2000 n. 209, che - dalla natura di componenti essenziali della pensione degli scatti perequativi periodici - ne ha fatto conseguire l'inapplicabilità del termine di decadenza ex art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970, allorché la domanda giudiziale sia volta ad ottenere detti scatti, sicché la relativa domanda soggiace unicamente al termine dell'ordinaria prescrizione decennale).

9. Né può trascurarsi la considerazione che una diversa opinione legittimerebbe una ingiustificata dilatabilità dei tempi per il riconoscimento di una prestazione previdenziale perché una condotta dell'Istituto - non importa se derivante da una errata interpretazione della normativa legale o da errori di calcolo o da qualsiasi altra ragione - finirebbe per incidere con lo "spezzettamento" di un diritto unitario (e, conseguentemente, con il disconoscimento di una sua componente) su detti tempi, stante lo stretto collegamento dei termini attraverso i quali è cadenzato il procedimento amministrativo ex art. 47, comma 2, del d.p.r. n. 639 del 1970, ed i termini di decadenza (triennali o annuali), di cui alla stessa norma.

9.1. La configurabilità di un doppio termine appare, quindi, inconciliabile al quadro normativo regolante la materia in esame: perché la fattispecie regolata dal citato art. 47 - così come interpretato autenticamente dall'art. 6 del d.l. n. 103 del 1991 - prevede un solo termine decadenziale per ogni singola prestazione, pur nella duplicità dell'effetto (procedimentale e sostanziale) della suddetta decadenza; e perché il termine non può essere che unico per il carattere unitario della prestazione rivendicata, dal momento che le somme domandate con riferimento alla prestazione originariamente chiesta non hanno una propria autonomia, non configurandosi come diritto a sé.

Ed, ancora, l'opposta opinione finirebbe per contraddire la stessa natura dell'istituto della decadenza per avere l'ordinamento - come è unanimemente ritenuto - stabilito che non possa in relazione a certi diritti perdurare una situazione di incertezza, la quale deve essere necessariamente definita unitariamente in un senso (esercizio del diritto) o nell'altro (perdita del diritto), a seconda che si impedisca o meno il verificarsi della decadenza con il compimento dello specifico atto previsto a tale fine. In ragione di tale natura (e funzione) della decadenza risulta, pertanto, soluzione obbligata quella che ricollega (l'unico) termine di decadenza alla natura del singolo diritto esercitato - e nel nostro caso alla singola prestazione rivendicata - nella impossibilità che possa assumere qualsiasi rilevanza il riferimento alle sue singole componenti (per una chiara, ma anche logicamente implicita conferma dell'unicità del termine di decadenza, cfr.: Cass. 9 marzo 1993 n. 2813, secondo cui allorché l'atto richiesto per impedire la decadenza consiste nell'esercizio di un'azione, la tempestiva proposizione della domanda giudiziale non è idonea a conseguire tale effetto nel caso che il processo sia dichiarato estinto, perché l'estinzione rende inefficaci tutti gli atti processuali compiuti, compreso l'atto introdutti-

vo della lite, al quale non può essere attribuito alcun effetto processuale o sostanziale, e quindi neppure quello da impedire la decadenza del diritto fatto valere in giudizio; negli stessi sensi tra le tante; Cass. 18 gennaio 2007 n. 1090; Cass. 23 marzo 2000 n. 3437; Cass. 14 aprile 1994 n. 3505).

10. Alla stregua dei principi ora enunciati il ricorso incidentale va accolto.

10.1. La sentenza impugnata ha osservato che non poteva trovare accoglimento l'eccezione sull'inammissibilità del gravame del M., sollevata dall'appellante incidentale sul presupposto della intervenuta decadenza ex art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970, per essere stata la domanda giudiziale proposta con ricorso del luglio 2004 - vale a dire a ben sei o sette anni dal provvedimento di liquidazione della pensione - il tutto oltre il limite di sbarramento costituito dalla scadenza dei termini per l'esaurimento del procedimento amministrativo. Dopo avere quindi correttamente reputato non soggetta alla decadenza ex art. 47 del d.p.r. 639/1970 la domanda del M., ha però poi ritenuto applicabile alla fattispecie in esame l'art. 6 del d.l. 103/1991, con l'ulteriore effetto che ha riconosciuto solo parzialmente la fondatezza della domanda in ordine alle differenze sul trattamento pensionistico, facendo retroagire - in applicazione del disposto della suddetta norma - il diritto ai ratei sino al triennio antecedente la preposizione della domanda giudiziale e, quindi, sino alla data del luglio 2001 (per essere il ricorso introduttivo della lite stato depositato nel luglio 2004).

10.2. Nel pervenire a tale conclusione la Corte territoriale - dopo avere ricordato che il M. aveva presentato nei termini la domanda per ottenere il diritto al prepensionamento e che, esperite le procedure, era stato posto in pensione con decorrenza dal 1 gennaio 1998 - ha correttamente qualificato la sua domanda giudiziaria come volta ad ottenere il ricalcolo della prestazione previdenziale, per essersi lo stesso M. già visto riconosciuto il diritto alla concessione del trattamento pensionistico. Ma la stessa Corte, come detto, ha poi errato laddove - dopo avere escluso l'applicabilità alla domanda di ricalcolo della decadenza di cui all'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970 - ha assoggettato poi la stessa domanda al termine di decadenza prevista dall'art. 6 del d.l. n. 103 del 1991, riconoscendo al M. - sulla base di quest'ultima disposizione - le differenze sui singoli ratei del trattamento pensionistico solo a partire dal luglio 2001.

10.3. In tal modo il giudice d'appello non ha tenuto conto che l'art. 6 del d.l. n. 103 del 1991 può trovare applicazione non nelle fattispecie in cui si richieda - come nel caso di specie - il ricalcolo di una prestazione pensionistica, già in precedenza riconosciuta e di cui si domanda la rideterminazione, ma nella diversa ipotesi di mancato o omesso riconoscimento proprio del diritto a detta prestazione, avendo il legislatore con la norma scrutinata inteso evidenziare come a fronte di un diritto non soggetto a prescrizione né suscettibile di essere vanificato attraverso l'istituto della decadenza - come avviene per il diritto ad ottenere la pensione in presenza dei presupposti richiesti per legge - i singoli ratei invece sono sottoposti ad una diversa disciplina per essere assoggettati a propri termini di decadenza sì da potere essere rivendicati con una decorrenza mobile in relazione al tempo della domanda giudiziaria (cfr. in argomento, per utili riferimenti, la sentenza della Corte Costituzionale n. 246 del 1992 che, dopo avere rimarcato come le conseguenze della decadenza sancita con riguardo alle controversie in materia di pensio-

ni previdenziali consistano - in caso di mancata proposizione dell'azione giudiziaria nel previsto termine di decadenza - oltre che nell'inammissibilità dell'eventuale domanda giudiziale, anche nell'estinzione "in preteritum" dei soli ratei pregressi delle prestazioni previdenziali, ha poi respinto le censure di incostituzionalità - sugli artt. 4, commi 1 e 3, e 14 del d.l. 19 settembre 1992 n. 384, convertito nella legge 14 novembre 1992 n. 438, in riferimento agli artt. 3, 24, 38 e 113 Cost. - per essere state dette censure formulate sulla base dell'erroneo convincimento che l'estinzione coinvolgesse lo stesso diritto alla pensione che, come tale, resta invece imprescrittibile e non sottoponibile alla decadenza).

10.4. Ne consegue che va ribadita, per le numerose ragioni esposte, la condivisione dei principi già affermati nella già menzionata decisione di queste Sezioni Unite in tema richiesta di adeguamento della indennità di disoccupazione agraria, che hanno sottolineato come il volere assoggettare - in caso di successiva domanda di qualche componente della prestazione già domandata all'Istituto previdenziale - ad una nuova decadenza detta richiesta finirebbe per contraddire tutte le finalità pubbliche che si è visto essere sottese alle disposizioni dell'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970 (cfr. in tali termini: Cass., Sez. Un., 18 luglio 1996 n. 6491). E nella stessa ottica vanno ancora una volta richiamati, per farne applicazione anche in questa fattispecie, le statuizioni dei giudici di legittimità volti a rilevare la illogicità e irrazionalità in materia previdenziale ed assistenziale della previsione di una doppia decadenza sostanziale giustificata dalle stesse finalità (certezza di erogazione delle spese afferenti al pubblico bilancio), la quale si presenterebbe come un doppio sbarramento previsto al solo fine di rendere più difficoltoso l'esercizio del diritto (così: Cass. 7 luglio 2004 n. 12516 e, negli stessi sensi, in precedenza tra le altre: Cass. 23 novembre 1998 n. 9543); nonché i numerosi *dicta* degli stessi giudici secondo cui il termine di decadenza sostanziale previsto dal citato art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970 non può trovare applicazione allorché la domanda giudiziale sia volta ad ottenere solo l'adeguamento della prestazione, sicché in tale caso la pretesa - è bene ribadirlo - non soggiace ad altro limite temporale che non sia quello dell'ordinaria prescrizione decennale (cfr. in materia di perequazione automatica della pensione, per effetto degli "scatti" perequativi periodici, considerati una componente essenziale della pensione ed una parte integrante di essa, e non l'oggetto di un diritto autonomo e concettualmente distinto da quello concernente il trattamento previdenziale (vedi: Cass. 11 gennaio 2000 n. 209 e, negli stessi sensi, Cass. 8 gennaio 2002 n. 130).

11. Per concludere il ricorso principale va rigettato ed accolto quello incidentale.

11.1. La sentenza impugnata va dunque cassata in relazione al ricorso accolto, ed ai sensi dell'art. 384, comma 2, c.p.c., essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto la causa va rimessa alla Corte d'appello di Torino, in diversa composizione, che dovrà attenersi al seguente principio di diritto: "La decadenza di cui all'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970 - come interpretato dall'art. 6 del d.l. 29 marzo 1991 n. 103, convertito nella legge 1 giugno 1991 n. 166 - non può trovare applicazione in tutti quei casi in cui la domanda giudiziale sia rivolta ad ottenere non già il riconoscimento del diritto alla prestazione previdenziale in sé considerata, ma solo l'adeguamento di detta prestazione già riconosciuta in un importo inferiore a quello dovuto, come avviene nei casi in cui l'Istituto previdenziale sia incorso in errori di calcolo o in errate interpretazioni della normativa

legale o ne abbia disconosciuto una componente, nei quali casi la pretesa non soggiace ad altro limite che non sia quello della ordinaria prescrizione decennale”.

12. Al giudice di rinvio va rimessa anche la statuizione sulle spese del presente giudizio di cassazione.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1988, p. 822

(2) Idem, 1996, p. 1372

(3) Idem, 2007, p. 684

(4) Idem, 2008, p. 187

Controversie in materia di assistenza e previdenza - Ricorso in via amministrativa - Decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali - Art. 47 del D.P.R. n. 639/1970 - Decorrenza - “Dies a quo” - Individuazione - Incidenza del comportamento delle parti sul decorso del termine - Esclusione - Mancanza di provvedimento sulla domanda dell'assicurato - Carenza delle indicazioni di cui all'art. 47, comma 5, D.P.R. n. 639/1970 - Irrilevanza.

Corte di Cassazione, Sez. Un. - 29.05.09 n. 12718 – Pres. Carbone – Rel. Vidiri – P.M. Iannelli – INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo) – A.A.

In tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento delle prestazioni previdenziali, l'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639 (nel testo modificato dall'art. 4 del d.l. 19 settembre 1992, n. 384, convertito, con modificazioni, nella legge 14 novembre 1992, n. 438) dopo avere enunciato due diverse decorrenze delle decadenze riguardanti dette prestazioni (dalla data della comunicazione della decisione del ricorso amministrativo o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della detta decisione), individua infine - nella “scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo” - la soglia di trecento giorni (risultante dalla somma del termine presuntivo di centoventi giorni dalla data di presentazione della richiesta di prestazione di cui all'art. 7 della legge 11 agosto 1973, n. 533 e di centottanta giorni, previsto dall'art. 46, commi quinto e sesto, della legge 9 marzo 1989, n. 88), oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo - pur restando rilevante ai fini della procedibilità dell'azione giudiziaria - non consente lo spostamento in avanti del “dies a quo” per l'inizio del computo del termine decadenziale (di tre anni o di un anno). Ne consegue che, al

fine di impedirne qualsiasi sfioramento in ragione della natura pubblica della decadenza regolata dall'anzidetto art. 47, il termine decorre, oltre che nel caso di mancanza di un provvedimento esplicito sulla domanda dell'assicurato, anche in quello di omissione delle indicazioni di cui al comma quinto del medesimo art. 47.

FATTO - Con ricorso depositato in data 27 dicembre 1995, A.A. lamentava, quale lavoratrice agricola iscritta negli elenchi del Comune di Ercolano, la mancata erogazione della indennità di maternità - di cui alla legge n. 33 del 1980 ed alla legge n. 1204 del 1971 - a lei dovuta per astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro, e chiedeva che l'adito Pretore di Napoli condannasse l'Istituto al versamento della suddetta indennità indebitamente negata per il periodo complessivo corrente dal 5 gennaio 1993 al 5 novembre 1993. Dopo la costituzione dell'Istituto, che eccepiva la decadenza e la prescrizione annuale delle pretese azionate, e che comunque contestava nel merito la fondatezza delle domande per la insussistenza dei rapporti di lavoro, il Pretore di Napoli rigettava la domanda rilevando la violazione del termine annuale di decadenza.

A seguito di gravame dell'assicurata che - dopo avere evidenziato la periodicità degli atti interruttivi della prescrizione e della decadenza dopo la presentazione della domanda amministrativa - insisteva per l'accoglimento della sua domanda e, dopo la costituzione dell'INPS, il Tribunale di Napoli con sentenza del 6 maggio 2004, in accoglimento dell'appello, condannava l'INPS al pagamento in favore della A. della indennità richiesta, con gli a interessi legali dalla maturazione al saldo.

Contro tale decisione l'INPS propone ricorso per cassazione, affidato a due motivi. A.A. non si è costituita.

Con ordinanza del 2 luglio 2008 n. 18104, la Sezione lavoro di questa Corte di cassazione, rilevando che si era manifestato all'interno della suddetta Sezione un contrasto in ordine al tema da decidere - e cioè sulla problematica del decorso o meno del termine di decadenza di cui all'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970 n. 639 nel caso di mancanza di un provvedimento esplicito sulla domanda dell'assicurato ovvero nel caso di omissione delle indicazioni prescritte dal quinto comma del suddetto art. 47 - disponeva ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c. la trasmissione del ricorso al Primo Presidente, che assegnava il detto ricorso a queste Sezioni Unite.

L'INPS ha depositato note difensive ex art. 378 c.p.c..

DIRITTO - 1. Con il primo motivo l'INPS denuncia violazione e falsa applicazione: dell'art 7 della legge 11 agosto 1973, n. 533; dell'art. 46, commi 5 e 6, della legge 9 marzo 1989, n. 88 e dell'art. 47 del d.p.r. 30 aprile 1970, n. 639, nel testo sostituito dall'art. 4, comma primo, del d.l. 19 settembre 1992, n. 384, come convertito in legge 14 novembre 1992 n. 438, nonché vizio di motivazione. Lamenta l'Istituto che il giudice d'appello ha fatto decorrere l'anno - entro il quale esercitare l'azione giudiziaria a pena di decadenza - dal ricorso amministrativo, presentato il 14 novembre 1995 (avverso la nota del 29 novembre 1994 dell'Istituto con cui si notiziava l'assicurata della sospen-

sione della procedura amministrativa). Doveva invece tenersi conto della prima istanza volta ad ottenere la indennità di maternità - presentata in data 19 marzo 1993 - per cui l'esaurimento del procedimento amministrativo doveva ritenersi esaurito dopo trecento giorni da tale data (120 giorni per la formazione del silenzio rifiuto, 90 giorni per la presentazione del ricorso e 90 giorni per la sua decisione), sicché il ricorso amministrativo del 14 novembre 1995 non poteva spostare in avanti il suddetto termine di decadenza.

1.1. Con il secondo motivo l'Istituto ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 4, comma primo, del d.l. lgt. 9 aprile 1946 n. 212; dell'art. 5, commi 6 e 8, del d.l. 11 settembre 1983 n. 463, convertito con modificazioni con legge 11 novembre 1983 n. 638; degli artt. 15 e 17 della legge 30 dicembre 1971 n. 1204; dell'art. 13 del d.p.r. 25 novembre 1976 n. 1206; degli artt. 115 c.p.c. e 2697 c.c., nonché insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza su un punto decisivo della controversia. Rileva al riguardo che in ordine alla riproposta, in sede di gravame, questione sulla infondatezza della domanda dell'assicurata per l'insussistenza dei rapporti di lavoro subordinato, il Tribunale si è limitato ad osservare che la domanda della A. era fondata perché l'appellante aveva depositato estratti contributivi. In tal modo il giudice ha ommesso di verificare - e di darne comunque conto in motivazione - l'esistenza nel caso di specie delle caratteristiche sintomatiche del lavoro subordinato (orario di lavoro, subordinazione, retribuzione), costituenti elementi indefettibili per il riconoscimento della fondatezza della pretesa avanzata da controparte.

2. Esigenze di un ordinato *iter* argomentativo portano subito ad esaminare, per ragioni di priorità logico-giuridica, la questione per la quale la controversia è stata assegnata a queste Sezioni Unite, e cioè - è bene ricordarlo - se decorra o meno il termine di decadenza dell'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali in mancanza di un provvedimento esplicito dell'INPS sulla domanda dell'assicurato o comunque quando manchi, in qualsiasi atto proveniente dall'istituto previdenziale, l'indicazione prescritta dal quinto comma dell'art. 47 del d.p.r. 30 aprile 1970 n. 639, , come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 384/92, convertito nella legge n. 438/92.

3. Come ha sottolineato la ricordata ordinanza della Sezione Lavoro di questa Corte sulla tematica in oggetto si sono formati due contrapposti indirizzi.

3.1. Un primo orientamento - che se ritenuto fondato condurrebbe al rigetto del ricorso dell'Istituto - afferma che la mancanza di un provvedimento esplicito dell'INPS sulla domanda ovvero l'omissione nel provvedimento delle indicazioni prescritte nel quinto comma dell'art. 47 del d.p.r. n. 638 del 1970, impediscono il decorso del termine di decadenza. Nel seguire tale indirizzo si è sostenuto che in tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali, ai sensi dell'art. 47, sia la mancanza di un provvedimento esplicito dell'INPS sulla domanda sia l'omissione nel provvedimento delle indicazioni prescritte dal comma quinto del detto articolo (precisazione dei gravami esperibili e dei termini per l'esercizio dell'azione giudiziaria), configurano degli impedimenti al decorso del termine di decadenza prescritto per l'esaurimento del procedimento amministrativo (da computarsi a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione) (cfr. in tali sensi: Cass., 15 novembre 2004 n. 21595, cui *adde*, tra le altre, Cass. 6 aprile 2006 n. 8001; Cass. 15 dicembre 2005 n. 27672).

3.2. A fondamento di tale *dictum* i giudici di legittimità hanno ricordato come la Corte costituzionale - con sentenze n. 86 del 1998 e n. 311 del 1994 interpretative di rigetto - abbia affermato, anche con riferimento a procedimenti amministrativi di tipo non autoritativo, come il disposto dell'art. 3, comma 4, l. 7 agosto 1990 n. 241, - nel disporre che in "ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere" - contiene un principio di carattere generale, la cui inosservanza impedisce il verificarsi di preclusioni e decadenze, per cui una diversa interpretazione vanificherebbe, in sostanza, oltre che la portata precettiva della norma, l'esigenza di effettiva tutela del cittadino (così in motivazione: Cass. 15 novembre 2004 n. 21595 cit.). E gli stessi giudici hanno altresì precisato che l'obbligo di informazione, prescritto dal comma 5 del citato art. 47, non presuppone la necessaria esistenza di una decisione amministrativa sulla domanda di prestazione, perché il fatto che la norma colleghi l'obbligo della informazione alla concreta esistenza della decisione non significa che, in assenza di essa, l'obbligo della informazione non sussista, e che la decadenza abbia ugualmente il suo corso. Hanno, infatti, a tale riguardo osservato come sarebbe contrario alla logica (oltre che alla stessa ragione normativa) negare il corso della decadenza in presenza di un atto privo della indicazione prescritta (nell'inadempimento, da parte dell'Istituto, dello obbligo di informazione), ed affermarla in assenza dello stesso atto che tale indicazione dovrebbe contenere; ed invero in questi limiti, e non nel fisiologico svolgimento del provvedimento, l'Istituto attraverso il proprio silenzio conseguirebbe un vantaggio - decadenza senza adempimento dell'obbligo di informazione - che gli sarebbe precluso da una espressa decisione (cfr. in tali sensi in motivazione: Cass. 6 aprile 2006 n. 8001 cit.; Cass. 15 dicembre 2005 n. 27672 cit.).

4. L'indirizzo giurisprudenziale, seguito in numerose decisioni, perviene invece ad opposte conclusioni ritenendo che l'omissione della indicazione nell'atto dell'ente previdenziale degli elementi di cui al comma 5 dell'art. 47 non impedisce il decorso del termine decadenziale, potendo operare secondo alcune decisioni solo sul terreno risarcitorio e risultando, di contro, del tutto irrilevante secondo altre - aventi ad oggetto prestazioni previdenziali di diversa natura - perché attinente a termini di legge che il privato è tenuto in ogni caso a conoscere e rispettare (cfr. per tale indirizzo per tutte: Cass. 23 marzo 2005 n. 6231, secondo cui infatti il termine di decadenza cosiddetto sostanziale, previsto per la proposizione dell'azione giudiziaria dall'art. 47 del d.p.r. 30 aprile 1970, n. 639 nella sua vigente formulazione, decorre, nella ipotesi di mancata proposizione del ricorso amministrativo, dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della domanda amministrativa, sicché in caso di mancata pronuncia dell'INPS sulla richiesta di prestazione, il termine stesso si computa a partire dal decorso di complessivi trecento giorni dalla presentazione della domanda, e cioè centoventi giorni per la pronuncia sulla domanda, ex art. 7 della legge 11 agosto 1973, n. 533, oltre a novanta giorni per la proposizione del ricorso amministrativo ed ulteriori novanta per la decisione del ricorso, a norma dell'art. 46, commi quinto e sesto, delle legge 9 marzo 1989, n. 88; cui *adde* in termini simili *ex plurimis*: Cass., 15 maggio 2007 n. 11090; Cass. 11 novembre 2004 n. 21450, in una fattispecie relativa a domanda d'indennità di disoccupazione agricola;

Cass. 24 luglio 2004 n. 13929, in materia di indennità di maternità per astensione facoltativa e, sempre in tema di tale indennità, Cass. 24 ottobre 2003 n. 15987).

5. Queste Sezioni Unite ritengono di condividere questo ultimo indirizzo per la specialità e peculiarità dell'assetto normativo regolante la materia previdenziale, che osta all'estensione di disposizioni che, nel silenzio della legge, risultano di impedimento al perseguimento delle finalità ad esso sottese.

6. L'art. 47 del d.p.r. 30 aprile 1970 n. 639 - nel testo *ratione temporis* applicabile - statuisce:

“Per le controversie in materia di trattamenti pensionistici l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'Istituto o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della predetta decisione, ovvero dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione” (comma 2).

“Per le controversie in materia di prestazioni della gestione di cui all'art. 24 della L. 9 marzo 1989 n. 88, l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di un anno dalle date di cui al precedente comma” (comma 3).

“L'Istituto nazionale della Previdenza sociale è tenuto ad indicare ai richiedenti le prestazioni o ai loro aventi causa, nel comunicare il provvedimento adottato sulla domanda di prestazione, i gravami che possono essere proposti, a quali organi debbono essere presentati ed entro quali termini. È tenuto, altresì, a precisare i presupposti ed i termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria” (comma 5).

Il d.l. 29 marzo 1991 n. 103 (testo del decreto-legge coordinato con la legge di conversione 1 giugno 1991 n. 166 recante “Disposizioni urgenti in materia previdenziale”) all'art. 6 (“Regime delle prescrizioni delle prestazioni previdenziali”) dispone a sua volta:

“I termini previsti dall'art. 47, commi secondo e terzo, del D.P.R. 30 aprile 1970 n. 639, sono posti a pena di decadenza per l'esercizio del diritto alla prestazione previdenziale. La decadenza determina l'estinzione del diritto ai ratei pregressi delle prestazioni previdenziali e l'inammissibilità della relativa domanda giudiziale. In caso di mancata proposizione di ricorso amministrativo, i termini decorrono dall'insorgenza del diritto ai singoli ratei” (comma 1).

“Le disposizioni di cui al comma 1 hanno efficacia retroattiva ma non si applicano ai processi che sono in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto” (comma 2).

6.1. Dalla lettura della suddetta normativa - all'interno della quale il disposto dell'art. 6 del cit. d.l. n. 103/1991 si pone rispetto al disposto dell'art. 47 del d.p.r. n. 639/1970 come norma di interpretazione autentica non suscettibile come tale di mutarne l'impianto contenutistico (cfr. al riguardo sentenza Corte Cost. n. 246 del 1992) - e dalla *ratio* ad essa sottesa emergono tre diversi *dies a quibus*:

- ove sia stata emanato un provvedimento dell'INPS, a seguito di un precedente ricorso amministrativo, la notifica del provvedimento determina il giorno dal quale decorre, a seconda del tipo di prestazione richiesta, il triennio o l'anno di cui al suddetto art. 47;

- se il ricorso amministrativo è stato presentato ma l'INPS non ha provveduto il

termine decorre dalla data del ricorso amministrativo maggiorato del tempo teorico (90 giorni *ex art.* 46, comma sesto, della legge n. 88 del 1989), previsto per la decisione;

- ove neanche il ricorso amministrativo sia stato proposto (o perché non c'è stato alcun provvedimento dell'INPS, in risposta alla domanda iniziale dell'assicurato; o perché, pur in presenza dell'atto reiettivo dell'INPS, l'assicurato non ha a sua volta presentato un valido ricorso) il *dies a quo* è rappresentato dalla data di presentazione della richiesta di prestazione, cui viene addizionato il termine prescritto per l'esaurimento dell'intero procedimento amministrativo pari a giorni trecento (120 giorni per il silenzio rifiuto *ex art.* 7 della legge 11 agosto 1973 n. 533; 90 giorni, termine concesso all'assicurato per ricorrere al Comitato provinciale *ex art.* 46, comma 5, l. 9 marzo 1989 n. 88; 90 giorni per il silenzio rigetto *ex art.* 46, comma 6, legge 9 marzo 1989 n. 88 cit.). Termine questo di trecento giorni non suscettibile, per quanto verrà detto, di essere in alcun modo prolungato.

6.2. Tali conclusioni sono confortate da un criterio ermeneutico che, basandosi non solo sulla lettera delle diverse disposizioni richiamate ma anche su principi logico-sistematici, forniscono le coordinate per risolvere le diverse problematiche oggetto del denunziato contrasto giurisprudenziale.

7. Ma per il superamento delle numerose incertezze che sinora hanno caratterizzato punti non certo marginali in ordine alle prestazioni previdenziali risultano utili anche ulteriori considerazioni di carattere generale.

7.1. I giudici di legittimità hanno più volte ribadito che la decadenza sostanziale di cui si discute <è di ordine pubblico> (*art.* 2968 e 2969 c.c.), in quanto annoverabile fra quelle dettate a protezione dell'interesse alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spese gravanti su bilanci pubblici, ed è pertanto rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, con il solo limite del giudicato, dovendosi escludere la possibilità, per l'ente previdenziale, di rinunciare alla decadenza stessa ovvero di impedirne l'efficacia riconoscendo il diritto ad essa soggetto (così Cass. 27 marzo 1996 n. 2743, cui *adde* in epoca più recente *ex plurimis*: Cass. 1 dicembre 1998 n. 12141, che evidenzia come la decadenza sia una conseguenza del fatto oggettivo del mancato esercizio del diritto durante il tempo stabilito, per cui l'ente previdenziale non ha alcun onere probatorio al riguardo); ed hanno altresì rimarcato come, per il suo carattere parafiscale, la finanza degli enti pubblici gestori delle assicurazioni generali obbligatorie si contraddistingua per l'esistenza di un bilancio alimentato da prelievi obbligatori come i contributi, sicché l'ente previdenziale non può rinunciare alle decadenze, come pure non può derogare negozialmente alla disciplina legale di questa né riconoscere il diritto soggetto a termine decadenziale con effetti impeditivi del decorso del suddetto termine (Cass., Sez. Un., 4 luglio 1989 n. 3197, nonché più di recente, Cass. 27 marzo 1996 n. 2743).

7.2. Ed è costante e ripetuta in materia previdenziale la statuizione giurisprudenziale della indisponibilità anche da parte dell'istituto assicurativo dei diritti scaturenti dal rapporto assicurativo, che si traduce nella rilevabilità d'ufficio della decadenza (cfr. al riguardo: Cass. 18 luglio 2002 n. 10472 e Cass. 28 agosto 1997 n. 8122, con riferimento alla fattispecie di una domanda di prepensionamento *ex art.* 16, comma 1, l. 23 aprile

1981 n. 155; Cass. 24 febbraio 2006 n. 4184 che, proprio in ragione della *ratio* della decadenza in materia di assicurazioni sociali e della indisponibilità dei diritti scaturenti dal rapporto con l'Istituto assicurativo, ha poi negato che in una controversia insorta fra soggetti privati, nella quale, pertanto, difetta qualsiasi profilo di indisponibilità delle situazioni coinvolte - come nel caso di azione di responsabilità civile instaurata dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro in relazione alla violazione dell'art. 2087 cod. civ. - la decadenza prevista dall'art. 10 del d.p.r. n. 1124 del 1965, possa essere fatta valere d'ufficio, dovendo essere invece eccepita e tempestivamente formulata dalla parte interessata).

7.3. Né sotto altro versante può trascurarsi la considerazione che la giurisprudenza, sempre in ragione della specificità degli interessi da tutelare, ha - con riferimento ad un istituto da sempre configurato come eccezione in senso stretto in quanto rimesso alla esclusiva disponibilità delle parti - riconosciuto la rilevanza d'ufficio anche della prescrizione (cfr. al riguardo: Cass. 6 dicembre 1995 n. 12538 e Cass. 18 novembre 1997 n. 11479, che hanno rilevato come del resto il principio della irrinunciabilità della prescrizione sia espressamente previsto anche dall'art. 55 del R.D.L. 4 ottobre 1935 n. 1827, ostativo del pagamento dei contributi previdenziali prescritti, aggiungendo anche che esso è consono ad un sistema previdenziale avente uno spiccato carattere pubblicistico, nell'ambito del quale è necessario, per la certezza dei rapporti tra l'ente gestore e i cittadini, che i contributi da versare o da rimborsare non siano prescritti e che, comunque, non sia lasciata alla discrezione dell'interessato la possibilità di far valere o meno l'avvenuta prescrizione).

7.4. È dunque di comune condivisione l'opinione della piena permeabilità della materia in esame ad interessi di natura pubblicistica. In questa direzione si è mossa, infatti, anche la dottrina che ha rilevato che: la previsione legale di una autonoma fase contenziosa amministrativa, pur essendo dettata dalla finalità di offrire al privato cittadino - oltre all'azione giudiziaria - anche un ulteriore, più economico ed immediato strumento di tutela, è soprattutto funzionalizzata a garantire, con il doveroso controllo del provvedimento, una limitazione nel tempo - attraverso la predefinizione di termini procedurali, - della impugnabilità di tale provvedimento e, quindi, della precarietà dell'atto amministrativo da emettere; che una finalità indubbiamente acceleratoria va assegnata all'art. 7 della legge n. 533 del 1973, secondo cui la richiesta all'Istituto assicuratore si intende a tutti gli effetti di legge (e quindi anche per l'eventuale decorrenza degli interessi moratori) rigettata quando siano trascorsi 120 giorni dalla data di presentazione della domanda stessa, senza che l'istituto si sia pronunziato; che il procedimento di cui al contenzioso amministrativo viene preso in considerazione quale punto di riferimento per il computo del termine di decadenza sostanziale (art. 47 d.p.r. n. 639 del 1970, come novellato dall'art. 4 della legge n. 438 del 1990), entro il quale l'azione giudiziaria diretta al riconoscimento deve essere proposta (tre anni per le controversie in materia di trattamenti pensionistici ed un anno per le controversie in materia di prestazioni minori).

8. L'evidenziato stretto collegamento tra i termini del contenzioso amministrativo e quelli (tre anni ed un anno in ragione, come si è detto, della diversa natura delle prestazioni) legislativamente fissati a pena di decadenza sostanziale, impongono all'interprete

- sulla base dell'inegabile loro finalità acceleratoria - di ritenere nel loro complesso che tali termini risultino "indifferenti" - nei sensi in precedenza precisati - alle condotte dell'assicurato ma anche dello stesso istituto previdenziale, volte a snaturarne le indicate finalità ed ad alterare l'intero impianto normativo, che predetermina in maniera articolata ed esaustiva i termini del passaggio dalle procedure amministrative all'ordinario processo previdenziale.

9. Quanto ora detto consente di rassegnare - su problematiche propedeutiche alla soluzione della presente controversia - alcune statuizioni, riassumibili nei seguenti termini:

- allorché manchi il ricorso amministrativo per l'individuazione del <dies a quo> di decorrenza del termine di decadenza dall'azione giudiziale previsto per le prestazioni previdenziali dal vigente art. 47, comma secondo e terzo, del d.p.r. 30 aprile 1970 n. 639, occorre sommare - come si è più volte affermato - il termine presuntivo di 120 giorni dalla data di presentazione della richiesta di prestazione - di cui all'art. 7 della legge 11 agosto 1973 n. 533, di generale applicazione in tema di formazione del silenzio rifiuto sulle richieste rivolte agli istituti previdenziali ed assistenziali - e quello di 180 giorni (90 giorni + 90 giorni), così come previsto dall'art. 46, commi quinto e sesto, della legge 9 marzo 1989 n. 88, per un totale di trecento giorni (120 giorni + 90 giorni + 90 giorni), legislativamente previsto per l'esaurimento del procedimento amministrativo (così tra le tante: Cass. 11 novembre 2004 n. 21450; Cass. 23 marzo 2005 n. 6231 cit. e più di recente Cass. 7 dicembre 2007 n. 25670(1));

- in considerazione della indicata natura pubblicistica del termini in materia la decadenza deve trovare applicazione, quale che sia il comportamento delle parti, sicché sul decorso dei diversi termini attraverso i quali si articola ed è stata legislativamente cadenzata - nei sensi sopra precisati - la procedura contenziosa amministrativa non può incidere né il privato, con un ricorso amministrativo tardivo, né l'amministrazione, con un provvedimento amministrativo o con una decisione anche essa tardiva (cfr. in tali sensi per la riaffermazione di un principio consolidato: Cass. 6 giugno 2007 n. 13276(2), che individua nella "scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo" la soglia oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo, pur restando rilevante ai fini della procedibilità dell'azione giudiziaria, non consente lo spostamento in avanti del termine di decadenza, e che ha esteso detto principio all'ipotesi di tardivo provvedimento di rigetto nel merito da parte dell'istituto previdenziale; Cass. 7 dicembre 2007 n. 25760 cit. e, da ultimo, Cass. 17 marzo 2008 n. 7149, che in tema di indennità di disoccupazione ha ribadito che resta preclusa la possibilità per le parti di derogare, attraverso propri atti o comportamenti, alla disciplina legale sui termini decadenziali per cui la decisione del ricorso tardivamente presentato - ancorché imposta dall'art. 8 della legge n. 533 del 1973, - non impedisce il decorso del termine di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale);

- e sempre nell'area di generale irrilevanza dei comportamenti delle parti ai fini del decorso dei termini scrutinati devono farsi rientrare - e sempre in ragione della già sottolineata natura di ordine pubblico della decadenza in esame - anche gli atti interlocutori dell'Istituto assicurativo o i provvedimenti capaci di assumere carattere decettivo (lettere dell'Istituto con le quali si richiedono ulteriori documenti ovvero si deduce che

si sta provvedendo al pagamento o, più in generale, all'esame della pratica amministrativa o - come è avvenuto nella presente controversia - si soprassedie al pagamento della prestazione per ulteriori accertamenti, ecc.), che come tali possono legittimare azioni risarcitorie sempre che detti atti concretizzino condotte lesive dei canoni di correttezza e buona fede;

- l'impossibilità dell'Istituto di incidere (anche con atti irrituali ovvero posti in essere al di fuori dei limiti legislativamente previsti) sulla rigida e predeterminata scansione e sequela dei termini decadenziali - in ragione della più volte loro già evidenziata indisponibilità dovuta ad esigenze di definitività e di certezza in ragione delle quali è stato effettuato dal legislatore un equilibrato bilanciamento tra finalità pubbliche e tutela dell'assicurato - assume ancora una volta nelle problematiche scrutinate valore decisivo al fine dell'accoglimento dell'indirizzo giurisprudenziale dell'unitarietà del termine di decadenza e, conseguentemente, sulla non configurabilità di una doppia decadenza nel caso in cui a fronte del riconoscimento di una prestazione se ne chieda successivamente un adeguamento (cfr. al riguardo: Cass., Sez. Un., 18 luglio 1996 n. 6491(3) in tema di adeguamento della indennità di disoccupazione a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13 del d.l. 2 marzo 1974 n. 30, convertito nella legge 6 aprile 1974 n. 174, cui *adde*, negli stessi sensi: Cass. 7 luglio 2004 n. 12516, che rileva l'illogicità ed irrazionalità in materia previdenziale ed assistenziale della previsione di una doppia decadenza sostanziale che, giustificata dalla stessa finalità, si presenterebbe come un doppio sbarramento previsto al solo fine di rendere più difficoltoso l'esercizio del diritto) o in tutti quei casi in cui si sia in presenza di una componente di una prestazione già riconosciuta (cfr.: Cass. 11 gennaio 2000 n. 209, che dalla natura di componenti essenziali della pensione degli scatti perequativi periodici ne ha fatto conseguire l'inapplicabilità del termine di decadenza ex art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970, allorché la domanda giudiziale sia volta ad ottenere detti scatti, sicché la relativa domanda soggiace unicamente al termine dell'ordinaria prescrizione decennale).

10. L'ampio *excursus* sul disposto del più volte citato art. 47 e le considerazioni svolte sulla natura, disciplina e finalità dei termini decadenziali, in detta norma indicati, evidenziano le ragioni che portano ad affermare, in adesione alla giurisprudenza maggioritaria, che sia la mancanza di un provvedimento esplicito dell'INPS sulla domanda sia l'omissione nel provvedimento delle indicazioni prescritte dal quinto comma della suddetta disposizione non costituiscono ostacolo al decorso del termine decadenziale.

10.1. Una siffatta conclusione trova puntuale riscontro anche in autorevole dottrina che - nel delineare il rapporto tra le diverse ipotesi di determinazione del *dies a quo* per il computo dei termini decadenziali, fissati dal comma secondo del testo novellato dell'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970 - assegna una valenza necessariamente prevalente all'ultima ipotesi rispetto alle altre due, perché nella logica evidente della norma l'ipotesi suddetta vale a supplire il vuoto normativo lasciato dalle altre due ipotesi, appunto per il caso di tardività del ricorso e di tardività della decisione di esso, presentandosi, dunque, come disposizione di chiusura, diretta ad evitare in ogni caso (anche oltre quello di mancanza di risposta dell'istituto all'istanza dell'assicurato) una incontrollata dilatabilità del termine di decadenza, da ultimo fissato.

10.2. V'è dunque piena rispondenza tra l'indicato orientamento dottrinario e l'indirizzo giurisprudenziale, che osserva puntualmente che ove si escludesse il decorso della decadenza, in caso di mancato espresso provvedimento di rigetto, si indurrebbe l'assicurato ad astenersi dalla proposizione del ricorso amministrativo al fine di sottrarsi ad ogni termine di decadenza (così in motivazione: Cass. 7 dicembre 2007 n. 25670 cit.).

Tutto ciò - è agevole osservare - consentirebbe e legittimerebbe una ingiustificata dilatabilità nel tempo dei termini di decadenza ad opera sia dell'Istituto che dell'assicurato, con la vanificazione o il drastico ridimensionamento delle finalità pubbliche sottese alla disciplina legale. Ne consegue che anche l'omissione delle indicazioni di cui al comma 5 dell'art. 47 non può configurare un ostacolo al decorso del tempo decadenziale, risultando questa una soluzione obbligata sempre per la generale esclusione del potere delle parti e dei loro comportamenti (quali che essi siano) di incidere in qualsiasi modo sul decorso dei tempi del procedimento amministrativo, così come ha più volte affermato la giurisprudenza (Cass. 7 dicembre 2007 n. 25670 cit., che osserva come dalla mancanza nel provvedimento dell'Istituto delle informative il legislatore non ne faccia discendere nessuna sanzione, nonché Cass. 24 ottobre 2003 n. 15987, che rimarca a sua volta come nei casi in cui non sia stato emesso alcun provvedimento da parte dell'Istituto - e quindi nella necessaria mancanza di un avvertimento sui termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria - non si sia affatto dubitato, in assenza di una specifica disposizione di segno diverso, che operino normalmente i termini di decadenza previsti dalla legge, al pari di quanto accade nel caso in cui vi siano espliciti provvedimenti da parte dell'Istituto; segno quindi che l'onere posto a carico dell'INPS dal citato art. 47 del D.P.R. n. 639 del 1970 non è stato considerato dal legislatore come imprescindibile, tale cioè che la sua mancanza valga a mutare i termini per il procedimento amministrativo e per il procedimento giudiziario).

10.3. Correttamente, quindi, la dottrina ha parlato nel caso di specie di mera irregolarità, che non solo la prassi ma anche la giurisprudenza amministrativa ha più volte riconosciuto in relazione a provvedimenti che manchino di indicazioni che l'atto dovrebbe recare ed invece non contiene (oppure ad indicazioni che non dovrebbero essere presenti nell'atto, ad esempio, perché erronee ed invece sussistono in esso o che dovrebbero presentarsi diversamente da come sono).

Né va sottaciuto che, come è stato osservato da più parti, la stessa violazione dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, non determina l'illegittimità del provvedimento amministrativo tardivamente emanato se non nei casi in cui la legge lo preveda espressamente, e che come tale norma anche la successiva - nella parte in cui dispone che in ogni atto da notificare devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere - va inquadrata tra le misure di tipo organizzativo volte ad imporre all'amministrazione di dotarsi di una struttura efficiente e trasparente - nonché a misurare, seppure con modalità diverse, l'impegno del personale, responsabilizzandolo all'esatto adempimento dei compiti affidati - e non certo ad incidere sulla validità dell'atto amministrativo, la cui legittimità va misurata sulla base del suo concreto contenuto e delle sue specifiche finalità e non di certo - nel silenzio della legge - sull'assenza di elementi formali incapaci di alterarne la natura e la funzione.

10.4. Sotto altro versante, ad ulteriore, ultima e decisiva conferma dei risultati cui si è pervenuti, va considerato che configura un principio generale quello secondo cui le controversie giurisdizionali in materia di assistenza e previdenza hanno direttamente ad oggetto i rapporti sostanziali, con conseguente sottrazione al sindacato giudiziario delle questioni attinenti alla mera legittimità formale e procedurale dei singoli provvedimenti (così: Cass. 7 novembre 2007 n. 25670 cit.).

11. Alla stregua di quanto sinora detto va accolto il primo motivo del ricorso proposto dall'INPS.

11.1. Nell'accogliere la domanda della A., riformando la sentenza del primo giudice, il Tribunale di Napoli ha osservato preliminarmente che alla fattispecie in esame andava applicato il terzo comma dell'art. 47 del d.p.r. 30 aprile 1970 n. 639 (come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 384 del 1992, convertito nella legge 14 novembre 1992 n. 438), ed ha precisato che l'eccezione di decadenza di cui alle suddette disposizioni è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado di giudizio - tranne la formazione del giudicato sul punto - ed è sottratta quindi alla disponibilità delle parti in ragione della protezione dell'interesse pubblico alla definitività ed alla certezza delle determinazioni concernenti l'erogazione di spese gravanti sui bilanci pubblici; ha escluso, però, che fosse maturata la decadenza sostanziale di un anno osservando che l'INPS, con nota del 29 novembre 1994, aveva sospeso ogni erogazione ed ha, così, interpretato tale nota come rigetto della istanza amministrativa, con la conseguenza che, avendo l'assicurata proposto ricorso amministrativo al Comitato Provinciale dell'INPS il 14 novembre 1995, il ricorso giudiziario, depositato in data 27 dicembre 1995, doveva considerarsi tempestivo.

11.2. La sentenza impugnata, dopo avere enunciato corretti principi sulla indisponibilità dei termini decadenziali di cui all'art. 47 del d.p.r. n. 639 del 1970, non ha fatto scaturire da tali principi gli effetti consequenziali.

11.3. Ed invero, il giudice d'appello nell'interpretare il secondo e terzo comma della suddetta disposizione - per quanto attiene alla decorrenza del termine di decadenza - ha assegnato al provvedimento sospensivo del 29 novembre 1994 (disposto per l'effettuazione di accertamenti sulla fondatezza del diritto rivendicato) la portata di provvedimento di rigetto della domanda, ed ha così ritenuto che il successivo ricorso presentato in data 24 novembre 1995 facesse decorrere il termine di 90 giorni per la formazione del silenzio rigetto in via definitiva. Così decidendo il giudice d'appello è incorso in errore perché non ha considerato che, essendo stata la domanda amministrativa per l'indennità di maternità proposta il 19 marzo 1993, ed essendo stato depositato in data 27 dicembre 1995 il ricorso introduttivo della lite davanti al giudice ordinario, si era verificata la decadenza per cui la domanda dell'assicurata volta al riconoscimento della indennità di maternità per astensione obbligatoria e facoltativa non poteva trovare accoglimento. Né il provvedimento sospensivo poteva giustificare una diversa soluzione non potendo non solo le condotte decettive dell'assicurato e dell'INPS, ma anche meri provvedimenti interlocutori o sospensivi dell'Istituto, incidere in alcun modo - in ragione delle finalità pubbliche sottesa alla decadenza sostanziale applicabile in materia - sul decorso dei termini decadenziali.

12. In ossequio al disposto dell'art. 384, comma 1, c.p.c., ed essendosi in presenza

della soluzione di una questione di particolare importanza sulla quale si è manifestato un contrasto, va enunciato il seguente principio di diritto: “In tema di decadenza dall’azione giudiziaria per il conseguimento delle prestazioni previdenziali, l’art. 47 del d.p.r. 30 aprile 1970 n. 639, (nel testo modificato dall’art. 4 del d.l. 19 settembre 1992 n. 384, convertito nella legge 14 novembre 1992 n. 438) - dopo avere enunciato due diverse decorrenze delle decadenze riguardanti dette prestazioni (dalla data della comunicazione della decisione del ricorso amministrativo o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della detta decisione), individua infine - nella “scadenza dei termini prescritti per l’esaurimento del procedimento amministrativo” - la soglia di trecento giorni (risultante dalla somma del termine presuntivo di centoventi giorni dalla data di presentazione della richiesta di prestazione di cui all’art. 7 della legge 11 agosto 1973 n. 533, e di centottanta giorni, previsto dall’art. 46, commi quinto e sesto, della legge 9 marzo 1989 n. 88), oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo - pur restando rilevante ai fini della procedibilità dell’azione giudiziaria - non consente lo spostamento in avanti del *dies a quo* per l’inizio del computo del termine decadenziale (di tre anni o di un anno). Disposizione quest’ultima che, per configurarsi come una norma di chiusura volta ad evitare una incontrollabile dilatabilità di detta soglia, deve trovare applicazione - al fine di impedirne qualsiasi sfioramento in ragione della natura pubblica della decadenza regolata - oltre che nel caso di mancanza di un provvedimento esplicito sulla domanda dell’assicurato anche in quello di omissione delle indicazioni di cui al comma 5 del citato art. 47”.

13. Va dunque accolto il primo motivo del ricorso e dichiarato assorbito il secondo. La sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto, ed ai sensi dell’art. 384, comma 2, c.p.c., non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto la controversia va decisa con il rigetto della domanda di A.A..

14. Nessuna statuizione sulle spese dell’intero processo stante la natura della presente controversia (art. 152 disp. att. c.p.c.).

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2008, p. 187

(2) Idem, 2007, p. 684

(3) Idem, 1996, p. 1372

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Lavoro subordinato (rapporto di) - Estinzione e risoluzione del rapporto - Preavviso e indennità sostitutiva - Principio dell'efficacia obbligatoria e non reale del preavviso - Fondamento.

Disoccupazione involontaria - Recesso del datore di lavoro dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato - Preavviso non lavorato - Computabilità ai fini del raggiungimento del requisito dei due anni d'iscrizione nell'AGO contro la disoccupazione involontaria ai fini del conseguimento dell'indennità ordinaria - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. lavoro – 16.06.2009 n. 13959 – Pres. De Luca – Rel. Napoletano – P.M. Matera – INPS (Avv.ti Triolo, De Rose, Fabiani) – L.M. (Avv. Murgia)

Il recesso del datore di lavoro dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con esonero per il lavoratore dalla relativa prestazione, determina l'immediata risoluzione del rapporto di lavoro a tutti gli effetti giuridici, con la conseguenza che il periodo di preavviso non lavorato non può essere computato ai fini del raggiungimento del requisito dei due anni d'iscrizione nell'AGO contro la disoccupazione involontaria per la corresponsione dell'indennità ordinaria di disoccupazione.

FATTO - La Corte di Appello di Cagliari, sezione distaccata di Sassari, rigettando l'impugnazione dell'INPS, confermava la sentenza del Tribunale di Nuoro che aveva accolto la domanda di L.M. avente a oggetto la condanna dell'INPS al pagamento dell'indennità di disoccupazione a requisiti ordinari negata dall'Istituto, che aveva invece corrisposto quella a requisiti ridotti, sul presupposto del mancato raggiungimento, alla data della cessazione del rapporto, di due anni di assicurazione per la disoccupazione.

Ritenevano i giudici di appello di poter ricomprendere il periodo di preavviso non lavorato in quello del rapporto di lavoro, sì da raggiungere i due anni dell'assicurazione e tanto sul rilievo che non era stata fornita dall'INPS la prova "che vi era stata non una mera volontà della parte datoriale di non avvalersi dalla data del recesso della prestazione della L., ma un accordo fra lavoratore e datore di lavoro, manifestato dal fatto, con valor concludente, di accettazione da parte della lavoratrice, senza riserve, dell'indennità" sostitutiva del preavviso.

Avverso tale sentenza l'INPS ricorreva in Cassazione sulla base di un'unica censura, illustrata da memoria, cui resisteva l'intimata.

DIRITTO - Con l'unico motivo l'INPS deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 19 RDL 636/39, in relazione all'art. 2118 c.c..

Richiama la vexata quaestio della natura reale od obbligatoria dell'indennità di preavviso e di come la stessa sia stata risolta dalle S.U. con sentenza 7914(1) del 1994 a favore della natura obbligatoria.

Assume che la decorrenza dell'indennità di disoccupazione dall'ottavo giorno successivo al periodo corrispondente all'indennità di mancato preavviso trova la sua ragion d'essere non nell'asserita prosecuzione del rapporto fino alla scadenza del termine di preavviso, quanto piuttosto nel fatto che durante il suddetto periodo il lavoratore non si trova in uno stato di bisogno.

La censura è fondata.

Invero, questa Corte ha di recente ribadito, sulla base dell'indirizzo già segnato dalle S.U. della Cassazione con sentenza n. 7914/94, che alla stregua di una interpretazione letterale e logico - sistematica dell'art. 2118 c.c., nel contratto di lavoro a tempo indeterminato il preavviso non ha efficacia reale, che comporta, in mancanza di accordo tra le parti circa la cessazione immediata del rapporto, il diritto alla prosecuzione del rapporto stesso e di tutte le connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine, ma efficacia obbligatoria, con la conseguenza che nel caso in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, il rapporto si risolve altrettanto immediatamente, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva e senza che da tale momento possano avere influenza eventuali avvenimenti sopravvenuti, a meno che la parte recedente, nell'esercizio di un suo diritto potestativo, acconsenta, avendone interesse, alla continuazione del rapporto lavorativo, protraendone l'efficacia sino al termine del periodo di preavviso. Tale interpretazione corrisponde non solo all'assetto ordinamentale dell'epoca in cui è entrata in vigore la normativa codicistica, nella quale mancava un articolato sistema di tutela della stabilità del posto di lavoro, ma anche a quello attuale, caratterizzato, ogni qualvolta il legislatore ha avuto di mira l'assimilazione di un rapporto di lavoro ad un rapporto stabile ed efficace, dalla previsione di un apparato di misure idonee allo scopo (Cass. 11740/07).

Tale indirizzo, che trova conferma nella successiva giurisprudenza di legittimità (Cass. 15495/08), è stato ribadito da questa Corte, cui questo Collegio intende dare continuità giuridica essendo coerente con l'interpretazione letterale e logico - sistematica dell'art. 2118 c.c. nella consapevolezza "della contraria opinione, che ha avuto riscontro sia in dottrina che in giurisprudenza, secondo cui il preavviso ha un'efficacia reale perché durante tale periodo di tempo continuano in ogni caso a verificarsi tutti gli effetti del contratto (cfr. al riguardo tra le altre: Cass. 9 giugno 1994 n. 5596; Cass. 5 febbraio 1992 n. 1236, cui adde, Cass. 26 luglio 2002 n. 11118, che - dopo avere rimarcato che, solo dietro accordo di entrambe le parti a rinunciare alla prestazione lavorativa durante il periodo di preavviso, può essere consentita la corresponsione di una indennità sostitutiva di preavviso con effetti estintivi immediati - riafferma, in mancanza di detto accordo, il principio dell'efficacia reale del preavviso, con il corollario della piena operatività del rapporto di lavoro e di tutte le obbligazioni connesse fino alla scadenza del termine di preavviso)".

Né si è mancato di rilevare, condivisibilmente, nella citata sentenza 11740/07, che "alla stregua delle considerazioni svolte questa Corte ritiene che non occorre il consenso di entrambe le parti per impedire la prosecuzione del rapporto sino alla scadenza del

termine di preavviso, potendosi pervenire a tale risultato anche unilateralmente, e cioè da parte del solo recedente (contra però in maniera espressa anche: Cass. 7 ottobre 1975 n. 3190). Ed invero, nel caso di specie si viene a configurare una obbligazione alternativa in capo alla parte recedente perché questa - nel rispetto della lettera e della ratio dell'art. 2118 c.c. - può, nell'esercizio di un diritto potestativo, recedere dal rapporto con effetti immediati dietro l'obbligo verso la parte receduta di una indennità equivalente all'importo della prestazione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, o può acconsentire, allorquando ne abbia interesse, alla continuazione del rapporto lavorativo protraendone l'efficacia sino al termine del periodo di preavviso".

Deve, pertanto, affermarsi che il periodo di preavviso non lavorato non può essere computato, ai fini del raggiungimento del requisito dei due anni d'iscrizione nell'AGO contro la disoccupazione involontaria per la corresponsione dell'indennità ordinaria di disoccupazione, in quanto il recesso del datore di lavoro dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato con esonero per il lavoratore dalla relativa prestazione determina l'immediata risoluzione del rapporto di lavoro a tutti gli effetti giuridici.

La sentenza impugnata, espressione di un opposto principio, va di conseguenza cassata e non essendo necessari ulteriori accertamenti, decidendo nel merito, il ricorso originario della L. va rigettato.

La natura delle questioni tratte e le oscillazioni sul tema della giurisprudenza di legittimità, nonché il diverso orientamento espresso dai giudici del merito giustifica la compensazione delle spese dell'intero giudizio.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 953

1 - **Integrazione salariale straordinaria** - Procedimento per la concessione - Disciplina regolamentare (D.P.R. n. 218/2000) e legislativa (legge n. 223/1991) - Incompatibilità - Esclusione - Fondamento - Spostamento dell'informazione circa i criteri di scelta e le modalità della rotazione dal momento iniziale della comunicazione datoriale di avvio della procedura di integrazione salariale a quello, immediatamente successivo, dell'esame congiunto - Esclusione.

2 - **Associazioni sindacali a diffusione nazionale** - Sindacati intercategoriali - Attribuzione della legittimazione attiva - Requisito della diffusione sul territorio nazionale - Nozione - Configurabilità - Condizioni - Rappresentanze sindacali unitarie - Questioni relative alla ritualità della convocazione dell'organo - Incidenza sulla regolare formazione delle deliberazioni assunte - Fondamento - Fattispecie.

3 - Integrazione salariale straordinaria - Procedimento per la concessione - Comunicazione di apertura della procedura di trattamento di integrazione salariale - Assoluta genericità - Conseguenze - Illegittimità della sospensione dei lavoratori - Sanatoria in conseguenza dell'effettività del confronto tra organizzazioni sindacali e datore di lavoro - Esclusione - Inosservanza degli obblighi di comunicazione e concertazione previsti in favore del sindacato - Condotta antisindacale - Conseguenze - Repressione ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori e contestuale declaratoria di illegittimità della collocazione dei lavoratori in cassa integrazione - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 09.06.2009 n. 13240 - Pres. Mattone - Rel. Zappia - P.M. Matera (Diff.) - F.A. spa (De Luca Tamajo, Borsotti, Dirutigliano, Tosi) - S.In.C. (Marziale)

1 - In tema di procedimento per la concessione della integrazione salariale straordinaria deve escludersi qualsiasi incompatibilità tra la normativa regolamentare introdotta con il D.P.R. 10 giugno 2000, n. 218 e le disposizioni della legge 23 luglio 1991, n. 223: la disciplina regolamentare, che si limita ad imporre all'imprenditore che intenda chiedere l'intervento straordinario di integrazione salariale l'obbligo di dare tempestiva comunicazione alle r.s.u. e, solo in mancanza di esse, alle organizzazioni di categoria maggiormente rappresentative, nulla dice sul contenuto concreto della comunicazione, né detta alcuna disciplina in ordine ai criteri di scelta e, pertanto, non ha in alcun modo inciso sugli obblighi di rilevanza collettiva di cui all'art. 1, commi settimo ed ottavo, della legge n. 223 citata, la cui modifica avrebbe d'altronde ecceduto i limiti della delega prevista dall'art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59. Né la normativa regolamentare ha spostato l'informazione circa i criteri di scelta e le modalità della rotazione dal momento iniziale della comunicazione datoriale di avvio della procedura di integrazione salariale a quello, immediatamente successivo, dell'esame congiunto, atteso che, così opinando, il contenuto della norma di cui all'art. 2 del D.P.R. n. 218 cit. sarebbe del tutto estraneo all'esigenza di semplificazione del procedimento amministrativo e avrebbe come conseguenza solo l'alleggerimento degli oneri della parte datoriale con la compressione dei diritti di informazione spettanti al sindacato, dando luogo ad un sistema di consultazione sindacale palesemente inadeguato.

2 - In tema di repressione della condotta antisindacale, la legittimazione ad agire è riconosciuta dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori alle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, richiedendo pertanto solo il requisito della diffusione del sindacato sul territorio nazionale, con ciò dovendosi intendere che sia sufficiente - e al tempo stesso necessario - lo svolgimento di una effettiva azione sindacale non su tutto, ma su gran parte del territorio nazionale, non richiedendosi che l'associazione faccia parte di una confederazione, né che sia maggiormente rappresentativa. In particolare, qualora dispongano dei requisiti

sopra indicati, sono legittimate anche le associazioni sindacali intercategoriale, in riferimento alle quali però i limiti minimi di presenza sul territorio nazionale ai fini della rappresentatività devono ritenersi, in termini assoluti, più elevati di quelli richiesti ad un'associazione di categoria. Ne consegue che la stipula del contratto collettivo nazionale può costituire uno degli indici maggiormente rivelatori della rappresentatività sindacale alla base della legittimazione ex art. 28 della legge n. 300 del 1970, ma non certamente l'unico elemento rivelatore di essa. Le questioni relative alla ritualità della convocazione degli organi collegiali, quali nella specie le rappresentanze sindacali unitarie, se pur attinenti ad un profilo formale dell'adottanda delibera, assumono rilievo sostanziale, in quanto le modalità della convocazione (ovvero l'omessa convocazione) refluiscono sulla regolare formazione del consesso e sulla regolare formazione delle deliberazioni assunte.

3 - In tema di procedimento per la concessione della integrazione salariale straordinaria, la comunicazione di apertura della procedura di trattamento di integrazione salariale assolutamente generica in ordine ai criteri in base ai quali pervenire all'individuazione dei dipendenti interessati alla sospensione - nella specie, individuati nelle "esigenze tecniche, organizzative e produttive" e nelle "esigenze professionali e funzionali" - tale da rendere impossibile qualunque valutazione coerente tra il criterio indicato e la selezione dei lavoratori da sospendere, viola l'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 1, comma 7, della legge 23 luglio 1991, n. 223, e tale violazione non può ritenersi sanata dall'effettività del confronto con le organizzazioni sindacali, trovandosi queste ultime a dover interloquire sul tema senza essere a conoscenza del contenuto specifico dei dati da trattare. L'inosservanza degli obblighi di comunicazione e concertazione previsti in favore del sindacato costituisce condotta antisindacale suscettibile di essere contrastata con il procedimento di repressione previsto dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori. L'illegittimità del provvedimento amministrativo di autorizzazione della integrazione salariale straordinaria incide, in sequenza logica, anche sulla sospensione disposta dal datore di lavoro, conseguendone l'illegittimità della collocazione in cassa integrazione dei lavoratori.

FATTO - Con ricorso depositato il 26.4.2003 l'articolazione provinciale di Torino della O.S. S.In.C. proponeva opposizione avverso il decreto in data 3.4.2003 emesso ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300/70, con il quale il Tribunale di Torino aveva ritenuto insussistente la dedotta condotta antisindacale della F.A. s.p.a. in occasione del procedimento di Cassa integrazione guadagni straordinaria avviato con la comunicazione del 31.10.2002, rilevando che la lesione del diritto di corretta comunicazione dei criteri di scelta era superata dall'accordo raggiunto con le r.s.u. il 18.3.2003.

Con sentenza in data 15.7.2003 il Tribunale di Torino, in parziale accoglimento dell'opposizione, dichiarava il carattere antisindacale della condotta tenuta dalla F.A. s.p.a. nella vicenda oggetto di giudizio.

Avverso tale sentenza proponeva appello la società predetta lamentandone la erroneità sotto diversi profili e chiedendo il rigetto della opposizione proposta dal sindacato; e proponeva altresì appello incidentale il S.In.C. chiedendo la dichiarazione di illegittimità dei provvedimenti di cassa integrazione adottati dalla società a seguito della procedura per cui è causa nonché la condanna dell'azienda al pagamento in favore dei lavoratori sospesi dell'intera retribuzione.

La Corte di Appello di Torino, con sentenza in data 1.2.2004, rigettava l'appello principale e, in parziale accoglimento dell'appello incidentale, dichiarava la illegittimità dei provvedimenti di sospensione in c.i.g.s. adottati a seguito della procedura avviata con comunicazione del 31.10.2002.

Avverso questa sentenza propone ricorso per cassazione la F.A. s.p.a. con sette motivi di impugnazione.

Resiste con controricorso l'associazione sindacale intimata.

La ricorrente ha presentato memoria ex art. 378 c.p.c.

DIRITTO - Col primo motivo di gravame la società ricorrente lamenta violazione dell'art. 28 legge 300/70, nonché contraddittoria, erronea ed insufficiente motivazione circa la carenza di legittimazione attiva del sindacato (art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.).

In particolare rileva la ricorrente che i giudici di appello, nel motivare la decisione adottata in punto di legittimazione attiva del S.In.C., avevano semplicemente richiamato la decisione resa in altra diversa sentenza, senza farsi carico di riportarne la motivazione, così da non consentire di comprendere quale sarebbe la ragione del formarsi del loro convincimento. E rileva altresì che comunque in capo al suddetto S.In.C. difetterebbero sia il requisito della nazionalità sia la caratteristica di sindacato di categoria, trattandosi in realtà di sindacato intercategoriale, mentre del tutto irrilevante e priva di persuasività appariva l'osservazione della Corte territoriale secondo cui la legittimazione ad agire in capo alla detta organizzazione deriverebbe dal diritto di tutelare i propri rappresentanti all'interno delle r.s.u. e dal fatto che, avendo la società ritenuto di coinvolgere la detta organizzazione nell'ambito della procedura di c.i.g.s., dando corso anche all'esame congiunto, sarebbe stato attribuito di fatto alla stessa anche il diritto di lamentare giudizialmente i vizi della procedura alla quale era stata invitata a partecipare dalla stessa parte datoriale.

Il motivo, come innanzi proposto, si appalesa infondato.

È invero *ius receptum* che la motivazione per *relationem* ad altre decisioni si può considerare carente o meramente apparente solo quando il *decisum* si fonda esclusivamente sul mero rinvio a precedenti giurisprudenziali richiamati in modo acritico e non ricollegati esplicitamente al fatto controverso. Siffatta situazione non si è verificata nel caso di specie ove si osservi che la Corte territoriale ha fatto esplicito riferimento al rilievo di parte appellante circa la mancanza in capo all'organizzazione in questione del requisito della nazionalità e della caratteristica di sindacato di categoria, in tal modo richiamando i motivi di gravame e rilevando che gli stessi erano stati sottoposti a vaglio critico in analoga vicenda processuale in cui era stata ritenuta in capo alla predetta organizzazione l'esistenza di quelle caratteristiche intrinseche e fondanti ai fini della idoneità rappresentativa: e pertanto, trattandosi della medesima sigla sindacale, della quale non

erano mutate l'organizzazione e le finalità, doveva anche in tal caso ritenersi l'infondatezza dei rilievi sollevati.

Ed in proposito deve altresì rilevarsi che la Corte territoriale ha evidenziato che, una volta disposto l'invio da parte della società della comunicazione di avvio della procedura alla predetta organizzazione sindacale con conseguente partecipazione della stessa all'esame congiunto, non rispondeva a criteri di razionalità denegare il diritto di tale organizzazione di lamentare in giudizio vizi della procedura cui dalla stessa parte datoriale era stata invitata a partecipare.

Tanto premesso in ordine alla sufficienza sul punto della motivazione della Corte d'appello, e rilevato che l'accertamento di fatto relativo al detto requisito costituisce indagine demandata al giudice del merito come tale incensurabile in sede di legittimità ove risulti sufficientemente motivata (v., fra le altre, Cass. sez. lav., 29.10.2002 n. 15262), ritiene il Collegio di non doversi discostare dall'orientamento consolidato di questa Corte che, a più riprese, ha ritenuto sussistente la legittimazione attiva di organismi locali di sindacati non maggiormente rappresentativi sul piano nazionale, né intercategoriale o aderenti a confederazioni, essendo invece determinante il requisito della diffusione del sindacato (anche monocategoriale) sul territorio nazionale, dovendosi però intendere tale diffusione nel senso che basta lo svolgimento di effettiva azione sindacale (non su tutto ma) su gran parte del detto territorio (Cass. sez. lav., 18.7.2006 n. 16383; Cass. sez. lav., 10.1.2005 n. 269; Cass. sez. lav., 3.6.2004 n. 10616; Cass. sez. lav., 20.4.2002 n. 5765; Cass. sez. lav., 26.2.2004 n. 3917; Cass. sez. lav., 17.10.1990 n. 10114).

In particolare questa Corte ha precisato che sono legittimate *“anche le organizzazioni sindacali che non curino gli interessi dei lavoratori di un solo settore produttivo ma quelli dei lavoratori in genere (sindacati cosiddetti multicategoriale o acategoriale), in considerazione della libertà organizzativa di cui i sindacati fruiscono e dell'assenza di elementi normativi di segno contrario, fermo restando che l'organismo locale che agisce in giudizio deve essere articolazione di un'organizzazione di carattere nazionale, che abbia una concreta, adeguata diffusione sul territorio nazionale e svolga un'azione sindacale per la promozione degli interessi dei lavoratori, in favore dei quali si dirige, sul piano locale, l'azione dei singoli organismi territoriali”* (Cass. sez. lav., 7.8.2002 n. 11833).

Tale orientamento è ribadito dalle Sezioni Unite di questa Corte che, tra l'altro, hanno affermato il principio secondo cui *“in tema di repressione della condotta anti-sindacale, di cui all'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori, la legittimazione ad agire è riconosciuta dalla citata norma alle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, richiedendo pertanto solo il requisito della diffusione del sindacato sul territorio nazionale, con ciò dovendosi intendere che sia sufficiente - e al tempo stesso necessario - lo svolgimento di una effettiva azione sindacale non su tutto ma su gran parte del territorio nazionale, senza esigere che l'associazione faccia parte di una confederazione né che sia maggiormente rappresentativa. In particolare, qualora dispongano dei requisiti sopra indicati, sono legittimate anche le associazioni sindacali intercategoriale, in riferimento alle quali però i limiti minimi di presenza sul territorio nazionale ai fini della rappresentatività devono ritenersi, in termini assoluti, più elevati di quelli richiesti ad una associazione di categoria”* (Cass. SS.UU., 21.12.2005 n. 28269).

In motivazione la stessa sentenza, sul punto, ha ulteriormente precisato che *“tuttavia, in sede applicativa, tale affermazione deve essere correlata con il principio secondo cui la rappresentatività richiesta dall’art. 28 Stat Lav. costituisce, come si è detto, un requisito nettamente meno impegnativo di quello della maggiore rappresentatività”*.

Non ignora questa Corte che, successivamente alla predetta decisione delle Sezioni Unite, con le pronunce di questa Sezione n. 1307 del 24.1.2006 e n. 6429 del 23.3.2006, è stata disposta la cassazione delle sentenze impugnate con riferimento alla specifica questione concernente il carattere nazionale della organizzazione sindacale legittimata ad accedere allo speciale strumento processuale di rafforzata tutela dell’attività sindacale fornito dall’art. 28 della legge n. 300/70.

La circostanza non assume peraltro carattere né decisivo né rilevante in relazione alla fattispecie in esame, ove si osservi che in dette pronunce questa Sezione si era limitata a prendere atto che la Corte territoriale aveva affermato il carattere “nazionale” della organizzazione sindacale interessata basandosi esclusivamente sul dato di fatto attinente alla sola dimensione territoriale dell’organizzazione predetta. E pertanto correttamente questa Corte ha evidenziato che *“a fronte di questo rilievo meramente topografico - presenza del sindacato su un’ampia area del territorio del paese - fondatamente obietta la difesa delle società ricorrenti che il carattere “nazionale” dell’associazione sindacale legittimata ai sensi della L. n. 300 del 1970, art. 28, è riferito anche e soprattutto alla attività del sindacato e che invece nessuna indagine in tale direzione è stata fatta dal Giudice di merito, essendosi la sentenza impugnata arrestata al mero rilievo topografico”*.

Le pronunce suddette si appalesano pertanto del tutto coerenti con i principi enunciati dalle Sezioni Unite nella predetta sentenza n. 28629 del 2005, laddove il Supremo consesso, nell’individuare il filtro selettivo nella specifica materia, aveva, per come detto, posto l’accento sulla circostanza che il requisito della diffusione del sindacato sul territorio nazionale non poteva essere disgiunto dallo svolgimento di una effettiva azione sindacale quanto meno su gran parte del territorio nazionale, dando quindi al suddetto requisito della “nazionalità” un significato contenutistico e non puramente esteriore o formale; e in maniera consequenziale hanno proceduto alla cassazione delle sentenze impugnate sotto il profilo che nessuna indagine in tale direzione era stata operata dai giudici di merito.

Aderendo ai principi sopra evidenziati questa Corte, con la recente sentenza n. 29257 del 17.9.2008, ha ritenuto non fondati i rilievi di parte ricorrente circa la carenza di legittimazione ai sensi dell’art. 28 della legge n. 300/70 del sindacato C., rifacendosi in particolare al predetto arresto delle Sezioni Unite del 2005, più volte richiamato, e ribadendo che, in presenza della diffusione del sindacato sul territorio nazionale riscontrabile attraverso lo svolgimento di una effettiva azione sindacale, devono ritenersi legittimate anche le associazioni sindacali intercategoriali.

Da tale orientamento non ritiene questa Corte di doversi discostare, non mancando peraltro di evidenziare che con la memoria depositata ai sensi dell’art. 378 c.p.c. la società ricorrente ha introdotto, in ordine ai criteri da utilizzare in tale valutazione, degli elementi nuovi e diversi rispetto a quelli proposti con il ricorso per cassazione, quali l’esistenza di *“un vertice nazionale dell’organizzazione capace di filtrare le varie*

istanze locali e, soprattutto, l'esigenza che l'effettività dell'azione sindacale a livello nazionale debba essere riscontrata "nella più tipica manifestazione dell'attività sindacale: la stipulazione di un contratto collettivo di livello nazionale" (rifacendosi, sotto quest'ultimo aspetto, alle ulteriori pronunce di questa Corte n. 212 del 9.1.2008 e n. 520 dell'11.1.2008).

Sul punto rileva innanzi tutto il Collegio che tali specificazioni del tema con argomenti nuovi, per di più ancorati a necessari accertamenti di fatti, non sono ammissibili in sede di memoria ex art. 378 c.p.c. (in tal senso, Cass. SS.UU., 15.5.2006 n. 11097); a ciò deve aggiungersi, con riferimento alla esigenza della stipulazione di un contratto collettivo di livello nazionale, che l'affermazione, nella sua assolutezza, non sembra coerente ai principi fissati nella predetta sentenza delle Sezioni Unite n. 28269 del 2005, laddove il momento qualificante, ai fini della individuazione dei presupposti per il riconoscimento della legittimazione della organizzazione sindacale ex art. 28 Stat. Lav., era individuato nello svolgimento di una effettiva attività sindacale quanto meno su gran parte del territorio nazionale: il che comporta, per un verso, che la stipula del contratto collettivo nazionale può essere individuato quale uno degli indici maggiormente rivelatori della rappresentatività sindacale che costituisce la base della legittimazione ex art. 28 legge 300/70, ma non certamente quale l'unico elemento rivelatore, come sembra opinare la ricorrente con affermazione eccessivamente assolutistica, di tale rappresentatività; e per altro verso, a conferma di quanto appena evidenziato, che la valutazione, in termini di necessità ma anche di sufficienza, dello svolgimento della effettiva attività sindacale quanto meno su gran parte del territorio nazionale, porta conseguenzialmente ad escludere che il detto requisito possa essere ravvisato solamente nella stipulazione di un contratto collettivo esteso all'intero ambito nazionale.

Il suddetto motivo di gravame non può pertanto trovare accoglimento.

Col secondo motivo di gravame la società ricorrente lamenta violazione o falsa applicazione dell'art. 20 della legge 15.3.1997 n. 59 in relazione all'art. 1 della legge 223/91 ed al DPR n. 218/2000 (art. 360, n. 3, c.p.c), nonché carenza e contraddittorietà della motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5, c.p.c).

Osserva in particolare la società ricorrente, posto che l'intervento legislativo attuato mediante l'art. 20 della legge n. 59/1997 costituisce espressione della scelta operata dallo stesso legislatore di procedere alla cd. delegificazione delle materie sulle quali non esista riserva di disciplina legale traducendosi nella sostituzione di una disciplina di livello regolamentare ad una preesistente di livello legislativo, che non può dubitarsi che l'oggetto dell'intervento regolamentare ed il conseguente effetto di delegificazione mediante abrogazione delle precedenti norme di legge che disciplinavano il procedimento per la concessione della c.i.g.s., non possono conoscere incertezza alcuna. Di talché, costituendo la comunicazione datoriale di avvio della procedura finalizzata alla concessione della c.i.g.s. nonché l'esame congiunto, disciplinati dall'art. 5 della legge n. 164/75 ed integrati nei contenuti dall'art. 1, commi 7 ed 8 della legge 223/91, dei momenti della serie coordinata e collegata di fasi, atti ed adempimenti prodromici ed indefettibili rispetto alla emanazione del provvedimento finale di concessione della c.i.g.s., deve conseguenzialmente ritenersi che le nuove disposizioni introdotte dall'art. 2 del

DPR n. 218/2000, che hanno regolamentato tanto la comunicazione di avvio che la fase di esame congiunto, abbiano direttamente inciso, abrogandolo, sul complessivo sistema procedimentale delineato dalla legge 164/75 e da quella 223/91.

Il rilievo non è fondato.

Osserva il Collegio, in relazione al contenuto ed alle finalità dell'art. 20 della legge 15.3.1997 n. 59, che se pur la stratificazione degli interventi normativi in subiecta materia ha legittimato una serie di dubbi interpretativi sul punto, una corretta impostazione della problematica in questione non può prescindere dal rilievo che la delega contenuta nel suddetto testo normativo era finalizzata esclusivamente alla semplificazione dei procedimenti amministrativi; e siffatta semplificazione si è attuata, a seguito dell'intervento regolamentare operato mediante il DPR 10.6.2000 n. 218, con la limitazione del contenuto della comunicazione sindacale concernente la intenzione di chiedere la c.i.g.s., che ora deve essere effettuata alle rappresentanze unitarie e solo in mancanza di esse alle organizzazioni di categoria maggiormente rappresentative, e con la previsione dell'esame congiunto posticipato della situazione con le r.s.u..

Alla stregua di quanto sopra, ed in base ad una corretta lettura del testo normativo in questione, deve escludersi che la nuova disciplina abbia in alcun modo interessato gli obblighi di rilevanza collettiva di cui all'art. 1, commi settimo ed ottavo, della legge 223/91 ove si osservi che qualsiasi intervento del suddetto DPR volto a regolamentare le comunicazioni sindacali esula dai limiti della delega prevista dall'art. 20 della predetta legge 59/1997, che riguarda soltanto le fasi di intervento dell'autorità amministrativa, mentre l'art. 1 della legge predetta non può essere considerata solo una norma che regola il procedimento amministrativo contenendo per contro la previsione di una serie di obblighi di carattere sostanziale e di rilevanza collettiva.

Né può ritenersi che l'oggetto dell'intervento regolamentare ed il conseguente effetto di delegificazione mediante l'abrogazione delle precedenti norme di legge (art. 1, comma 7 ed 8, legge 223/91) emergerebbero in maniera evidente dal contenuto dell'Allegato 1 n. 90 della legge 59/1997 sotto il profilo che la disapplicazione normativa e l'ambito della relativa "delegificazione" riguarderebbero tutte le fasi, atti od adempimenti che, essendo regolati del DPR n. 218/2000, sono strettamente connessi o strumentali rispetto al provvedimento amministrativo finale di adozione della Cassa integrazione straordinaria, con conseguente sostituzione, per abrogazione esplicita o implicita, (per evidente incompatibilità) di tutte le disposizioni, anche di fonte legale, che precedentemente li regolavano.

Una siffatta interpretazione invero, oltre a mancare di qualsiasi riferimento formale alla asserita abrogazione delle disposizioni in questione, appare censurabile sotto il profilo dell'eccesso di delega, ove si osservi che la normativa di cui alla legge 223/91 si estrinseca su due piani differenti, l'uno riguardante il procedimento amministrativo, l'altro riguardante le relazioni collettive. Ne consegue che qualsiasi intervento del suddetto DPR volto a regolamentare le comunicazioni sindacali si porrebbe al di fuori dei limiti della delega prevista dalla norma citata (legge 59/1997), finalizzata - per come detto - esclusivamente alla semplificazione dei procedimenti amministrativi senza in alcun modo incidere sulla ulteriore funzione della legge 223/91 concernente la regolamentazione delle comunicazioni sindacali.

Ciò in quanto una norma regolamentare delegata, intanto può avere un effetto abrogativo di una preesistente norma primaria, in quanto la norma secondaria si sia strettamente attenuta ai limiti della delega legislativa; e nel caso di specie tali limiti erano circoscritti alla sola semplificazione del procedimento amministrativo,

D'altronde la Corte territoriale ha correttamente evidenziato che l'art. 2 del DPR n. 218/00 si limita ad imporre all'imprenditore che intenda chiedere l'intervento straordinario di integrazione salariale l'obbligo di dare tempestiva comunicazione alle r.s.u., ma nulla dice sul contenuto concreto della comunicazione né detta alcuna disciplina in ordine ai criteri di scelta; e pertanto deve escludersi qualsiasi ipotesi di incompatibilità fra la normativa suddetta e quella contenuta nell'art. 1 della legge 223/91.

Anche nella specifica materia non ritiene la Corte di doversi discostare dall'orientamento di recente espresso con la sentenza n. 28464 del 2008, laddove è stato evidenziato, con dovizia di argomenti, come la circostanza che il DPR n. 218 del 2000 si muova in direzione del procedimento amministrativo sfociante nel decreto concessorio dei trattamenti di c.i.g.s. - e di integrazione salariale a seguito della stipula di contratti di solidarietà - emerge chiaramente, oltre che dalla sua rubrica, anche dal contenuto dell'art. 1, comma 1, in base al quale il regolamento in questione *“disciplina, ai sensi della L. 15 marzo 1997, n. 59, art. 20, i procedimenti di concessione dei trattamenti di cassa integrazione salariale a seguito della stipula dei contratti di solidarietà”*.

Ed una significativa conferma delle finalità del suddetto DPR, *“volto ad una più semplice e, nello stesso tempo, più efficace articolazione del procedimento concessorio della cassa integrazione straordinaria.... e non certo a scardinare, con una portata totalmente abrogativa e nell'assoluto silenzio del legislatore, l'intero reticolato di garanzie assicurato dalla L. n. 223 del 1991 a tutela delle posizioni dei singoli lavoratori nonché delle organizzazioni sindacali (cfr. ai riguardo DPR n. 218 del 2000, art. 2), si riscontra nel ripetuto richiamo che nelle singole disposizioni del decreto in esame viene fatto agli atti iniziali del procedimento (cfr. artt. 3 e 4, riguardanti rispettivamente la “domanda di intervento straordinario di integrazione salariale” e gli “accertamenti ispettivi”), ai “termini di conclusione del procedimento” (cfr. art. 8) nonché alla “validità ed efficacia del provvedimento” (cfr. art. 9)”* (Cass. sez. lav., 28.11.2008 n. 28464).

Parimenti non può neanche ritenersi condivisibile l'assunto secondo cui l'informazione circa i criteri di scelta e le modalità della rotazione sarebbero, dalla nuova normativa, spostati dal momento iniziale della comunicazione datoriale di avvio della procedura di integrazione salariale a quello, immediatamente successivo, dell'esame congiunto. Ed invero in tal modo opinando, il contenuto della predetta norma di cui all'art. 2 del DPR n. 218/00 sarebbe del tutto estraneo alla esigenza di semplificazione del procedimento amministrativo, ma avrebbe come conseguenza solo l'alleggerimento degli oneri della parte datoriale con la compressione dei diritti di informazione spettanti al sindacato stesso, il quale non sarebbe quindi posto in condizioni di operare un meditato controllo in ordine alla sussistenza o meno delle ragioni della chiesta integrazione salariale; e pertanto il sistema di consultazione sindacale in tal modo ipotizzato risulterebbe palesemente inadeguato stante l'assenza di conoscenza da parte dell'associazione sindacale dei dati da trattare, e la norma in parola legittimerebbe la violazione dei doveri di correttezza e buona fede imposti in via generale dagli artt. 1175 e 1375 c.c..

Col terzo motivo di gravame la ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 1 legge 223/91 ed ancora dell'art. 2 DPR n. 218/00, in relazione alla nozione di ragioni ostative alla rotazione (art. 360, n. 3, c.p.c.), nonché insufficiente, contraddittoria e/o omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia.

In particolare rileva la società ricorrente che erroneamente la Corte territoriale aveva omesso di considerare che il tema della rotazione era stato affrontato nella sede normativamente corretta, ossia nell'esame congiunto di cui al quinto comma dell'art. 2 DPR n. 218/00, tant'è che in tale circostanza la F.A. aveva mutato la propria linea iniziale intesa a negare la disponibilità alla rotazione, e pertanto non poteva dubitarsi che la procedura fosse stata correttamente eseguita.

E rileva che erroneamente la Corte territoriale aveva escluso che tale argomento fosse stato oggetto di esame congiunto non avendo compiuto alcuna indagine istruttoria, sebbene sollecitata dalla difesa, volta a dimostrare processualmente il contenuto del confronto e l'esplicitazione dei temi attinenti non solo ai criteri di scelta, ma anche all'impossibilità di procedere alla rotazione; e ciò anche alla luce del valore probatorio da attribuire al verbale del 5.12.2002 che sanciva la regolarità del confronto stesso.

Il motivo non è fondato.

In proposito osserva il Collegio che preliminare rispetto alla questione concernente l'effettivo espletamento del confronto sui criteri di scelta dei lavoratori da sospendere e sui meccanismi di rotazione, è la questione concernente la corretta applicazione della sequenza procedurale prevista dalla non abrogata legge 223/91, all'art. 1 commi sette ed otto. E sul punto la Corte territoriale ha in maniera corretta e razionale evidenziato che la comunicazione di apertura della procedura di trattamento di integrazione salariale era assolutamente generica in ordine ai criteri in base ai quali si sarebbe pervenuti alla individuazione dei dipendenti interessati alla sospensione. Ed invero tali criteri, individuati nelle "esigenze tecniche, organizzative e produttive" e nelle "esigenze professionali e funzionali" enunciati della predetta lettera del 31.10.2002 erano, per come rilevato nell'impugnata sentenza, delle categorie generali prive di alcun contenuto concreto consistendo in affermazioni talmente generiche da rendere impossibile qualunque valutazione coerente tra il criterio indicato e la selezione dei lavoratori da sospendere.

Di conseguenza rileva il Collegio che, stante la persistente vigenza dell'art. 1, comma 7, della legge 223/91, ci troviamo in presenza di una palese violazione dell'obbligo di comunicazione previsto da tale norma, che non può essere certamente sanato dalla ritenuta effettività del confronto con le organizzazioni sindacali sullo specifico tema, atteso che la società aveva comunque posto le organizzazioni suddette nelle condizioni di dover interloquire sul tema senza essere a conoscenza del contenuto specifico dei dati da trattare, donde la inadeguatezza del confronto sindacale istauratosi; e pertanto correttamente la Corte territoriale ha ritenuto la irrilevanza dei capitoli di prova dedotti dall'appellante ed intesi a dimostrare che nel corso dei numerosi incontri avuti dalla parte datoriale con le associazioni sindacali, quest'ultime erano state messe a conoscenza del piano di ristrutturazione e dei criteri di scelta dei lavoratori, esponendo altresì la propria disponibilità ad esaminare meccanismi di rotazione. Ed invero con la procedura seguita si era già consumata la dedotta condotta antisindacale avendo avuto modo sul punto questa

Corte di evidenziare “*che la violazione dell’obbligo della comunicazione (e, dei pari, l’esistenza di vizi inerenti al contenuto di tale obbligo), da un lato, integra una vera e propria ipotesi di condotta antisindacale, che può formare oggetto dell’azione prevista dall’art. 28 della L. 20 maggio 1970 n. 300 e, dall’altro, investendo un elemento essenziale (e non meramente formale o marginale) della complessa fattispecie, è causa diretta di illegittimità del provvedimento finale, perché preclude la mancata verifica del corretto esercizio del potere del datore di lavoro e impedisce il perseguimento dello scopo previsto dalla legge (la suddetta tutela della posizione dei singoli lavoratori coinvolti nella procedura)*” (Cass. SS.UU. 11.5.2000 n. 302).

Col quarto motivo di gravame la società ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell’art. 2697 c.c. ed ancora dell’art. 2 DPR n. 218/2000 in relazione ai verbali del Ministero del Lavoro 25.11.2002 e 5.12.2002 (art. 360, n. 3, c.p.c.), nonché insufficiente, contraddittoria e/o omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5, c.p.c.).

In particolare rileva la ricorrente che erroneamente la Corte territoriale aveva del tutto omesso di considerare il valore probatorio da attribuire ai verbali del 25.11.2002 e del 5.12.2002 con cui il Ministero del lavoro aveva certificato la regolarità della procedura svoltasi, essendosi limitata a considerare tale atto tamquam non esset trascurando del tutto la circostanza che il giudice ordinario poteva sindacare il detto atto amministrativo esclusivamente sotto il profilo della violazione di legge e della incompetenza, e non già disapplicarlo ritenendo un presunto vizio di eccesso di potere.

Il ricorso è sul punto inammissibile.

In proposito osserva il Collegio che come è noto, per il principio di specificità e autosufficienza del ricorso, è necessario che nello stesso siano indicati con precisione tutti quegli elementi di fatto che consentano di controllare l’esistenza del denunciato vizio senza che il giudice di legittimità debba far ricorso all’esame degli atti.

Orbene, nel caso di specie parte ricorrente, nel far riferimento all’avvenuta certificazione da parte del Ministero del lavoro della regolarità della procedura svolta, avrebbe dovuto, nel presente giudizio di legittimità, riportare per esteso il contenuto di tale documento nel contesto del proposto ricorso per cassazione, ovvero allegarlo al ricorso predetto.

In assenza di tali adempimenti ci troviamo in presenza di una evidente violazione del rispetto del canone di autosufficienza che risulta fondato sull’esigenza, particolare nel giudizio di legittimità, di consentire al giudice dello stesso di valutare l’esistenza del vizio denunciato senza dover procedere ad un (non dovuto) esame dei fascicoli - d’ufficio o di parte - che a tali atti facciano riferimento.

In particolare rileva il Collegio in tal modo non si è consentito a questa Corte di valutare il contenuto, la portata, e quindi, la rilevanza del documento in parola, elementi tutti indispensabili al fine di considerare l’eventuale l’incidenza dello stesso in relazione al riconoscimento dell’adempimento da parte datoriale degli obblighi alla stessa imposti dalla legge.

E di conseguenza non si è posta la Corte regolatrice in condizione di adempiere al suo istituzionale compito di verificare il fondamento della lamentata violazione in ordine alla affermata regolarità della procedura.

Col quinto motivo di gravame la società ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1363, 1366 e 1367 c.c. e dell'art. 1375 c.c. nonché violazione dell'art. 2697 c.c. in relazione agli accordi sindacali 18 marzo 2003 - 22 luglio 2003 (art. 360, n. 3, c.p.c.), ed inoltre insufficiente, contraddittoria e/o omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5, c.p.c.).

In particolare rileva la ricorrente che la Corte territoriale aveva erroneamente escluso l'efficacia sanante dell'accordo 18.3.2003, sulla base di una pretesa invalidità dello stesso, arroccandosi in una visione formalistica intesa a privilegiare la omessa formale convocazione delle r.s.u. in luogo dell'aspetto contenutistico costituito dalla effettiva volontà della maggioranza delle predette r.s.u.; e tale interpretazione in chiave formalistica dell'intera vicenda si poneva in palese contrasto con i principi di buona fede e di correttezza che devono riscontrarsi in ogni attività negoziale.

Ed ha altresì rilevato che la Corte torinese, procedendo ad una erronea applicazione delle norme che disciplinavano la ripartizione dell'onere probatorio, aveva addossato alla società ricorrente l'onere di dimostrare la corretta formazione della volontà dell'organismo r.s.u., mentre per contro spettava all'organizzazione sindacale, e segnatamente al S.In.C., dimostrare che la situazione di apparenza non coincideva con la realtà e che la F. A. non ignorava la situazione reale.

Il motivo non è fondato.

Innanzitutto occorre evidenziare che le questioni relative alla ritualità della convocazione di un organo collegiale, se pur formalmente attinenti alle modalità di tale convocazione e quindi ad un profilo formale della adottanda delibera, assumono in realtà un rilievo sostanziale refluendo le modalità della convocazione (ovvero la omessa convocazione) sulla regolare formazione del consesso e quindi sulla regolare formazione delle deliberazioni assunte. E sul punto la Corte territoriale ha correttamente rilevato, ribadendo quanto già evidenziato dal giudice di primo grado, che "le decisioni delle r.s.u. devono essere precedute dalla convocazione dell'organo collegiale e la volontà dell'organo deve necessariamente formarsi unitariamente in base al principio di maggioranza (artt. 5 e 8 del Regolamento per il funzionamento delle r.s.u. del 19.5.95); nella specie è pacifico che prima della sottoscrizione dell'accordo in questione non vi è stata né convocazione né deliberazione delle r.s.u. e pertanto la volontà dell'organo collegiale non si è validamente formata".

In ordine all'ulteriore profilo della dedotta censura, concernente la non riconducibilità delle firme apposte sull'accordo in questione alla volontà dell'organo collegiale r.s.u. e la piena consapevolezza da parte della società di tale situazione, rileva il Collegio che il proposto gravame involge in realtà sul punto la valutazione di specifiche questioni di fatto, valutazione non consentita in sede di giudizio di legittimità. Devesi in proposito evidenziare che la deduzione di un vizio di motivazione della sentenza impugnata con ricorso per cassazione conferisce al giudice di legittimità non il potere di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale sottoposta al suo vaglio, bensì la sola facoltà di controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico - formale, delle argomentazioni svolte dal giudice del merito, al quale spetta in via esclusiva il compito di individuare le fonti del proprio convincimento e di dare adeguata contezza

dell'iter logico - argomentativo seguito per giungere ad una determinata conclusione. Ne consegue che il preteso vizio della motivazione, sotto il profilo della omissione, insufficienza, contraddittorietà della stessa, può legittimamente dirsi sussistente solo quando, nel ragionamento del giudice di merito, sia rinvenibile traccia evidente del mancato o insufficiente esame di punti decisivi della controversia, ovvero quando esista insanabile contrasto fra le argomentazioni complessivamente adottate, tale da non consentire l'identificazione del procedimento logico - giuridico posto a base della decisione (Cass. sez. I, 26.1.2007 n. 1754; Cass. sez. I, 21.8.2006 n. 18214; Cass. sez. lav., 20.4.2006 n. 9234; Cass. sez. trib., 1.7.2003 n. 10330; Cass. sez. lav., 9.3.2002 n. 3161; Cass. sez. III, 15.4.2000 n. 4916).

In altri termini, il controllo di logicità del giudizio di fatto - consentito al giudice di legittimità - non equivale alla revisione del "ragionamento decisorio", ossia dell'opzione che ha condotto il giudice del merito ad una determinata soluzione della questione esaminata: invero una revisione siffatta si risolverebbe, sostanzialmente, in una nuova formulazione del giudizio di fatto, riservato al giudice del merito, e risulterebbe affatto estranea alla funzione assegnata dall'ordinamento al giudice di legittimità il quale deve limitarsi a verificare se - in relazione alla motivazione in fatto della sentenza impugnata - siano stati dal ricorrente denunciati specificamente - ed esistano effettivamente - vizi (quali, nel caso di specie, la carente, insufficiente o contraddittoria motivazione) che, per quanto si è detto, siano deducibili in sede di legittimità.

Con la ulteriore previsione che la motivazione in fatto della sentenza d'appello - che confermi, come nella fattispecie, la sentenza di primo grado - può risultare - secondo la giurisprudenza di questa Corte (Cass. sez. lav., 13.9.2006 n. 1958; Cass. sez. lav., 12.5.2006 n. 11039) - dalla integrazione della parte motiva delle due sentenze.

Orbene nel caso di specie la Corte territoriale, nel rilevare la non riconducibilità delle firme apposte sull'accordo in questione alla volontà dell'organo collegiale r.s.u. e la piena consapevolezza da parte della società di tale situazione, è pervenuta a tale conclusione attraverso una completa ed esauriente valutazione della istruttoria esperita nel primo grado del giudizio, avendo rilevato come dalla stessa fosse emerso che non vi era stata alcuna riunione di tutte le r.s.u. (teste M.), che nel corso dell'incontro del 17/18 marzo nessuno era mai intervenuto a nome delle r.s.u. avendo tutti parlato a nome delle OO.SS. (teste D.M.), che la sottoscrizione dell'accordo del 18.3.2003 era avvenuta solo successivamente negli uffici dei diversi responsabili del personale dei singoli stabilimenti (teste C.), che alcuni sottoscrittori non avevano partecipato ad alcun incontro precedente ma si erano presentati solo per la firma, uno in particolare a seguito di sollecitazione telefonica (teste B.).

Ed in ordine all'accordo del 22.7.2003 la Corte territoriale ha rilevato che lo stesso, essendo stato stipulato dopo la decisione del giudizio di primo grado, non poteva essere esaminato in quanto su di esso non si era potuto articolare alcun contraddittorio; e comunque, siccome rilevato dal sindacato appellato e non contestato dall'appellante, l'accordo predetto era affetto dagli stessi vizi nel processo di formazione della volontà delle r.s.u.

Alla stregua di quanto sopra deve ritenersi che la motivazione dei giudici di merito

si appalesa completa ed esaustiva, non apparendo l'accertamento del fatto - operato dagli stessi - inficiato da alcun vizio di motivazione, sotto il profilo della illogicità dell'iter logico - argomentativo seguito e della mancata esplicitazione delle argomentazioni svolte per giungere alla soluzione adottata.

Tanto basta per rigettare, siccome infondato, il suddetto motivo di gravame.

Col sesto motivo la ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 7, legge 223/91 e dell'art. 5, co. 4, 5 e 6, legge n. 164/75, dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 2 del DPR n. 218/2000, in relazione al contenuto della lettera di apertura della procedura (art. 360, n. 3, c.p.c), nonché insufficiente, contraddittoria e/o omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5, c.p.c).

In particolare rileva la società che, anche qualora si ritenesse applicabile la procedura di cui all'art. 1, co. 7, della legge 223/91, non poteva dubitarsi della esaustività del contenuto delle comunicazioni di avvio della procedura di c.i.g.s., basandosi la diversa conclusione della Corte territoriale su una rigoristica e fuorviante lettura dell'art. 1, co. 7, della legge 223/91 e dell'art. 5, co. 4, 5 e 6, della legge 164/75. Ciò in quanto la comunicazione aziendale del 31.10.2002 non si limitava alla individuazione del solo criterio di scelta dei lavoratori da collocare in cassa integrazione fondato sulle "esigenze tecniche, organizzative e produttive", ma conteneva una sequenza di indicatori, incentrati su una serie di passaggi - quali l'individuazione delle unità organizzative interessate dalle sospensioni, le singole attività o produzioni coinvolte, la suddivisione numerica tra quadri, impiegati, intermedi ed operai, la fissazione degli elementi in cui trovavano concretizzazione le dedotte esigenze tecnico, produttive ed organizzative, la rilevanza delle esigenze funzionali e professionali - dai quali era agevole desumere come i criteri indicati fossero dotati di sufficiente chiarezza e specificità, sia pure come linee guida dell'operazione selettiva. Doveva pertanto ritenersi il pieno rispetto dell'ipotetico obbligo informativo dell'azienda in ordine ai criteri di scelta, obbligo che nella fase iniziale non poteva essere troppo "stringente" e la cui "concretezza" doveva vagliarsi nel momento del confronto sindacale; ciò in quanto solo la dialettica sindacale in sede di esame congiunto avrebbe potuto eventualmente costringere l'azienda all'adozione di parametri stringenti che, viceversa, non risultavano imposti dal dettato normativo.

Il rilievo non è fondato.

Sul punto ritiene il Collegio di non doversi discostare dal costante orientamento giurisprudenziale, enunciato dalle Sezioni Unite con la sentenza 302/2000, e ripreso nei successivi arresti giurisprudenziali di questa Corte, laddove è stato evidenziato che "la specificità dei criteri di scelta... consiste nella idoneità dei medesimi ad operare la selezione e nel contempo a consentire la verifica della corrispondenza della scelta ai criteri. In altri termini l'aggettivo non individua una specie nell'ambito del genere criterio di scelta ma esprime la necessità che esso sia effettivamente tale, e cioè in grado di operare da solo la selezione dei soggetti da porre in cassa integrazione, infatti un criterio di scelta generico non è effettivamente tale, ma esprime soltanto, non un criterio, ma un generico indirizzo nella scelta" (Cass. sez. lav., 23.4.2004 n. 7720; in tal senso, v. altresì Cass. sez. lav. 29.5.2006 n. 12719; Cass. sez. lav., 18.5.2006 n. 11660). E pertanto correttamente la Corte territoriale, con motivazione precisa ed esauriente che si sottrae di conseguen-

za ai rilievi ed alle censure sollevate in questo giudizio di legittimità, ha rilevato che i criteri indicati nella nota del 31.10.2002 erano costituiti da affermazioni assolutamente generiche che rendevano impossibile la valutazione della coerenza tra il criterio indicato e la selezione dei lavoratori da sospendere; e tale valutazione appare in buona sostanza confermata dalla stessa ricorrente laddove ha evidenziato la sufficiente chiarezza e specificità dei criteri indicati, “quali linee guida dell’operazione selettiva”; il che equivale ad escludere il predetto requisito della specificità atteso che, per come evidenziato da questa Corte nella citata sentenza n. 7720 del 2004, un criterio di scelta generico non è effettivamente tale, ma esprime solo un generico indirizzo nella scelta.

Col settimo motivo di gravame la ricorrente lamenta, in via subordinata, violazione e falsa applicazione dell’art. 28 legge n. 300/70, art. 1 legge 223/91 ed art. 2 DPR n. 218/2000 (art. 360, n. 3, c.p.c.); nonché insufficiente, contraddittoria e/o omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5, c.p.c.).

In particolare rileva la società che, anche qualora si ritenesse applicabile la procedura di cui all’art. 1, co. 7, della legge 223/91 e si considerasse in qualche modo violato il diritto sindacale ad una esauriente informativa in sede di apertura della procedura di c.i.g.s., non si potrebbe comunque giungere ad una dichiarazione di illegittimità di tutti i provvedimenti individuali di sospensione in c.i.g.s.; ciò in quanto tale dichiarazione di illegittimità dei detti provvedimenti individuali non presenterebbe alcuna attinenza necessaria rispetto al momento strettamente collettivo ed agli interessi specifici del sindacato, e non sarebbe quindi in grado di rimuovere alcun pregiudizio di natura strettamente sindacale.

Inoltre rileva la ricorrente che i fatti successivi al ricorso ex art. 28 della legge 300/70, ed in particolare gli accordi sindacali del 18.3.2003 e del 22.7.2003 avevano modificato radicalmente la situazione di fatto comportando il passaggio ad una fase di gestione concordata della stessa cassa: pertanto alla base delle sospensioni adottate vi era un nuovo accordo sindacale, un nuovo assetto di equilibri ed una nuova situazione di fatto, di talché doveva escludersi l’attualità della condotta antisindacale.

Il motivo non è fondato atteso che l’assunto difensivo muove da un presupposto corretto (finalità delle comunicazioni predette) per poi pervenire a delle conclusioni inaccettabili in sede di applicazione della normativa in materia.

Osserva infatti il Collegio che la normativa in tema di comunicazioni posta dal settimo comma dell’art. 1 legge 223/91 è finalizzata ad assolvere ad una duplice funzione, essendo diretta, per un verso, a porre le organizzazioni sindacali in grado di concordare la scelta dei lavoratori da sospendere e, per un altro verso, ad assicurare “la tutela degli interessi dei lavoratori in relazione alla crisi dell’impresa” (secondo quanto già prevedeva l’art. 5, quinto comma, della legge n. 164 del 1975).

Posto pertanto che, avuto riguardo alla duplice funzione sopra delineata, vi è quindi un doppio piano di tutela - quello delle prerogative sindacali e quello delle garanzie individuali -, si deve rilevare “che la violazione dell’obbligo della comunicazione (e, del pari, l’esistenza di vizi inerenti al contenuto di tale obbligo), da un lato, integra una vera e propria ipotesi di condotta antisindacale, che può formare oggetto dell’azione prevista dall’art. 28 della L. 20 maggio 1970 n. 300 e, dall’altro, investendo un elemento

essenziale (e non meramente formale o marginale) della complessa fattispecie, è causa diretta di illegittimità del provvedimento finale, perché preclude la mancata verifica del corretto esercizio del potere del datore di lavoro e impedisce il perseguimento dello scopo previsto dalla legge (la suddetta tutela della posizione dei singoli lavoratori coinvolti nella procedura)” (Cass. SS.UU., 11.5.2000 n. 302).

Deve di conseguenza ritenersi che una violazione delle regole del procedimento incida direttamente sulla legittimità del provvedimento amministrativo di autorizzazione dell'intervento straordinario di integrazione salariale che non può essere assentito in una situazione in cui né il criterio della rotazione, né altro criterio sia indicato per l'individuazione dei lavoratori da sospendere; di talché correttamente la Corte territoriale ha rilevato che l'inosservanza della garanzia procedimentale, implicando la mancata attuazione del principio di trasparenza, incideva altresì sul provvedimento di collocazione in cassa integrazione determinandone l'illegittimità poiché impediva il perseguimento dello scopo previsto dalla legge e precludeva la verifica del corretto esercizio del potere del datore di lavoro, giungendo alla conclusione che la dichiarazione di illegittimità del collocamento in c.i.g.s. di tutti i lavoratori derivava dalla accertata invalidità della procedura stessa in considerazione della condotta antisindacale tenuta dalla società datoriale, che altrimenti - rileva il Collegio - non verrebbe in alcun modo sanzionata.

E pertanto, considerato che gli obblighi di comunicazione e concertazione sono previsti in favore del sindacato, appare evidente che una tale violazione procedimentale si atteggia chiaramente quale condotta antisindacale suscettibile di essere contrastata con il procedimento di repressione previsto dall'art. 28 Stat. Lav.; ma poiché l'illegittimità del provvedimento amministrativo di autorizzazione della c.i.g.s. incide poi in sequenza logica anche sulla sospensione in c.i.g.s. disposta dal datore di lavoro che tale provvedimento presuppone, correttamente va dichiarata la illegittimità di siffatta collocazione in cassa integrazione dei lavoratori operata dalla società datoriale, previa disapplicazione (ex art. 5 legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. E) del provvedimento amministrativo di autorizzazione della predetta c.i.g.s.

Sotto tale profilo il suddetto motivo di gravame non può trovare accoglimento.

E parimenti infondato si appalesa l'ulteriore aspetto della proposta censura in ordine alla ritenuta assenza del requisito della attualità della condotta antisindacale stante la radicale modifica della situazione di fatto operata dai successivi accordi sindacali del 18.3.2003 e del 22.7.2003, avuto riguardo ai rilievi svolti da questa Corte con riferimento alla dedotta efficacia sanante dell'accordo del 18.3.2003, che investono l'aspetto sostanziale della regolarità della convocazione del consesso e quindi della regolare formazione delle deliberazioni assunte, di talché i medesimi rilievi valgono anche con riferimento alla ipotizzata cessazione della condotta antisindacale a seguito dell'adozione di tale delibera; ed avuto riguardo altresì alle argomentazioni svolte nell'impugnata sentenza con riferimento al successivo accordo del 22.7.2003, ove si osservi che la Corte territoriale - nell'evidenziare l'assenza di contraddittorio sul punto - ha rilevato, tra l'altro, che tale accordo era affetto dai medesimi vizi del processo di formazione della volontà della r.s.u. riscontrati nel precedente accordo del 18.3.2003.

Né può essere infine accolta la censura secondo cui, essendo oggetto di causa la

sola sospensione in c.i.g.s. dei lavoratori degli stabilimenti F.A. dell'area torinese, non sarebbe possibile ricavarne una pretesa illegittimità di tutte le sospensioni adottate al termine della procedura, anche con riferimento a contesti produttivi industriali totalmente estranei ai fatti di causa. Sul punto non può non rilevarsi la evidente carenza di specificità della suddetta deduzione difensiva, che fa riferimento in maniera assolutamente generica, e quindi apodittica, a non meglio specificati "contesti produttivi industriali totalmente estranei ai fatti di causa", di talché la censura si appalesa sul punto inammissibile.

Alla stregua delle argomentazioni esposte il ricorso deve essere integralmente respinto.

Al rigetto del ricorso segue, in applicazione del principio della soccombenza, la condanna della ricorrente al pagamento delle spese relative al presente giudizio di legittimità, che si liquidano come da dispositivo.

(*Omissis*)

Assegni familiari - Lavoratore in mobilità - Mese di febbraio - Liquidazione su base giornaliera.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 08.05.2009 n. 10640 - Pres. D'Agostino - Rel. Coletti De Cesare - P.M. Matera - F.G. (Avv.ti Carpagnano, Capacchione) - INPS (Avv.ti Tadris, Fabiani).

L'assegno per il nucleo familiare dovuto, ai sensi del comma 10 dell'art. 7 l. 223/1991, ai lavoratori iscritti nelle liste di mobilità va determinato, in considerazione della specialità della normativa che lo prevede, su base giornaliera, e cioè secondo il criterio proprio dell'indennità di mobilità, trovando nella relativa disciplina la sua fonte genetica, la sua ratio e il suo specifico collegamento; esso, perciò, deve essere corrisposto in ragione del numero dei giorni di cui è composto il mese di febbraio di ciascun anno e non nella misura intera rapportata al mese, ovvero a trenta giorni, non trovando applicazione, in considerazione della specialità della regolamentazione, il parametro di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 59 D.P.R. 797/1955, come sostituito dall'art. 15 l. 1038/1961.*

FATTO - Con la sentenza specificata in epigrafe, la Corte di appello di Bari confermava la sentenza del Tribunale di Trani con la quale era stata rigettata la domanda

* Conformi, ex plurimis, sentt. nn. 10537 e 10878 del 2009.

proposta dall'odierno ricorrente nei confronti dell'INPS, avente ad oggetto l'accertamento del suo diritto - per l'intero periodo in cui era stato iscritto nelle liste di mobilità - alla corresponsione, nel mese di febbraio di ogni anno d'iscrizione, della misura intera dell'assegno per il nucleo familiare, erogata dall'INPS in misura ridotta, con condanna dell'Istituto al pagamento della relativa differenza, da quantificarsi in corso di causa o in separato giudizio.

Ritenevano i giudici di appello che, essendo il reclamato assegno collegabile, nella specie, non alla effettiva prestazione lavorativa, bensì all'indennità di mobilità, a questa esso accedeva quale prestazione accessoria, sicché la sua misura doveva essere rapportata, sotto il profilo temporale, alla misura dell'indennità; pertanto, essendo l'indennità di mobilità ragguagliata alle giornate di effettiva disoccupazione, anche l'assegno per il nucleo familiare doveva essere rapportato ai giorni di disoccupazione, con la conseguenza che correttamente l'Istituto aveva rapportato l'assegno reclamato, spettante per il mese di febbraio, alla durata di 28 o 29 giorni di tale mese e non a quella del mese intero (o di trenta giorni).

Per la cassazione di questa sentenza il lavoratore ricorre sulla base di un unico motivo. L'Istituto resiste con controricorso.

DIRITTO - Con l'unico articolato motivo il ricorrente deduce violazione dell'art. 2 del decreto legge n. 69 del 1988, convertito in legge n. 153 del 1988, degli artt. 11, 12 e 59 del D.P.R. n. 797 del 1955, e dell'art. 7, comma 10, della legge n. 223 del 1991.

Assume che, nella specie, non si discute della misura dell'importo dell'indennità di mobilità dovuta nel mese di febbraio, bensì dell'importo - dovuto nello stesso mese - del diverso istituto dell'assegno per il nucleo familiare, con la conseguenza che è del tutto improprio il riferimento, da parte della Corte di merito, alla disciplina della predetta indennità.

Richiama, poi, la specifica disciplina dell'assegno di cui trattasi e sostiene che nel caso di specie ricorre una delle ipotesi in cui il mancato svolgimento della prestazione lavorativa viene equiparato alla prestazione effettiva, consentendosi al lavoratore di percepire la provvidenza *de qua* nonostante la sua inattività.

Pone, quindi, il seguente quesito di diritto, ai sensi dell'art. 366-*bis* c.p.c.: "se ai fini della percezione dell'ANF nella misura intera, sia sufficiente che il lavoratore in mobilità rimanga tale, nel mese di riferimento, per almeno 104 ore (se operaio) o 130 (se impiegato) e se ha ragione, questa difesa, a ritenere che la durata del mese sia un dato assolutamente irrilevante a quei fini, con la conseguenza che, anche nel mese di febbraio, ove l'inattività dovuta a mobilità raggiunga la richiamata soglia oraria, l'assicurato avrà titolo per ricevere l'ANF nell'intera misura mensile".

Il ricorso è infondato.

Questa Corte ha già avuto modo di precisare, con la sentenza n. 6155 del 2004, che l'erogazione dell'assegno per il nucleo familiare previsto dall'art. 2 del decreto-legge 13 marzo 1988, n. 69, convertito, con modificazioni, nella legge 13 maggio 1988, n. 153, presuppone - alla stregua della funzione previdenziale assunta dall'istituto rispetto alla originaria funzione di mera integrazione del salario - l'effettivo svolgimento di attività lavorativa, come si evince dalla disciplina generale sugli assegni familiari di cui al D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797, e successive modificazioni ed integrazioni, richiamata dal terzo

comma del predetto art. 2, la quale - ad eccezione di alcune particolari situazioni specificamente indicate (malattia, infortunio etc.) - commisura la entità degli assegni relativi a ciascun periodo di paga alle <giornate prestate> e ad un numero minimo di ore lavorate con la conseguenza che, al di fuori delle predette situazioni particolari (e di quelle specificamente contemplate da altre disposizioni, quali i periodi di cassa integrazione e di mobilità e quelli di permesso o aspettativa per motivi politici o sindacali), gli assegni non spettano per i periodi in cui, pur essendo formalmente in essere il rapporto, sia tuttavia carente la prestazione lavorativa in conseguenza della insussistenza del sinallagma funzionale del contratto.

E sempre nella citata sentenza si è ritenuto che il collegamento con la prestazione effettiva è confermato, poi, dalla previsione normativa (nello stesso T.U. e in altre specifiche disposizioni) di situazioni nelle quali il mancato svolgimento dell'attività di lavoro è equiparato alla prestazione effettiva. In relazione a tali situazioni, infatti, è evidente la eccezionalità di disciplina rispetto alla regola generale, atteso che la previsione sarebbe superflua ove si configurasse un collegamento esclusivo fra il diritto all'assegno e la retribuzione, si da far ritenere la corresponsione dell'assegno in carenza di prestazione effettiva, ma in presenza di retribuzione, come un'ipotesi normale.

Ora, è indubbio che nel caso di specie ricorre appunto una di quelle ipotesi eccezionali in cui l'assegno in questione non è collegabile alla effettiva prestazione lavorativa, in quanto il legislatore ha equiparato determinati periodi di inattività lavorativa alla prestazione effettiva in ragione all'esigenza sociale di sostegno temporaneo di alcune categorie di lavoratori (cfr. Cass. 6155/04, cit.).

Nel caso della mobilità, in particolare, il sostegno economico si riferisce alla condizione di disoccupazione del lavoratore, già licenziato, nel periodo di ricerca di una nuova occupazione e si realizza, pertanto, non già mediante l'integrazione salariale, come nell'ipotesi della cassa integrazione, bensì mediante una distinta indennità, analoga all'indennità di disoccupazione (cfr. Cass. sez. un., n. 11326 del 2005(1)).

La corresponsione dell'assegno per il nucleo familiare durante il periodo di mobilità, prevista dall'art. 7, comma 10, della legge n. 223 del 1991, prescinde dunque dal rapporto lavorativo; e la non collegabilità dell'assegno allo svolgimento effettivo della prestazione lavorativa esclude che per la determinazione della misura del relativo importo possa farsi riferimento alle regole normali che disciplinano siffatto assegno, le quali sono modulate con riferimento esclusivo all'ipotesi in cui vi sia una prestazione lavorativa e non come nella specie, che dalla stessa si prescinde del tutto.

Viene in rilievo, al riguardo, l'art. 59 (come sostituito dall'art. 15 della legge n. 1038 del 1961.) del T.U. sugli assegni familiari approvato con D.P.R. n. 797 del 1955, rimasto in vigore, a norma del quale "entro ciascun periodo di pagamento della retribuzione gli assegni base corrispondenti spettano per intero, qualunque sia il numero di giornate di lavoro prestate, qualora permanga la continuità del rapporto di lavoro ed il lavoratore abbia compiuto nel mese almeno 104 ore lavorative se operaio e 130 se impiegato" (primo comma) e "qualora la durata del lavoro compiuto nel mese risulti inferiore ai limiti suddetti, spettano tanti assegni giornalieri quante sono le giornate di lavoro effettivamente prestate" (secondo comma).

È evidente che tale dettagliata disciplina dettata per l'erogazione della prestazione è

inapplicabile nel caso in esame, perché la sua operatività presuppone la commisurazione dell'assegno alla effettività della prestazione lavorativa che invece, nella specie, manca.

Né è utilizzabile, ai fini di cui trattasi, la previsione di cui al secondo comma della disposizione esaminata, essendo la regola ivi prevista pur sempre collegata allo svolgimento dell'attività lavorativa, sia pure espletata in misura inferiore al tetto prefissato dal precedente comma.

Sul piano sistematico, dunque, deve ritenersi che il richiamato comma 10 dell'art. 7 della legge n. 223/1991, nel prevedere che "per i periodi di godimento dell'indennità di mobilità spetta l'assegno per il nucleo familiare di cui all'art. 2 del decreto-legge 13 marzo 1988, n. 69, convertito con modificazioni, dalla legge 13 maggio 1988, n. 153", costituisca norma speciale rispetto al citato art. 59 del T.U. del 1955, che condiziona l'erogazione del beneficio ad una effettiva prestazione di lavoro.

La specialità della norma, su cui si radica il diritto del lavoratore in mobilità alla corresponsione della provvidenza di cui trattasi, comporta l'attrazione, per quello che riguarda la spettanza dell'assegno in questione, nella disciplina propria dell'indennità di mobilità nell'ambito della quale il diritto all'assegno, in ipotesi appunto di messa in mobilità del lavoratore, trova la sua fonte genetica, la sua *ratio* ed il suo specifico collegamento.

Nell'ipotesi in esame, pertanto, la stretta interdipendenza tra indennità di mobilità ed assegno per il nucleo familiare implica che tale assegno è dovuto nei limiti in cui spetta l'indennità di mobilità, la quale è stabilita, alla stregua della disciplina dell'indennità di disoccupazione, su base giornaliera pur essendo corrisposta con cadenza mensile e conseguentemente è dovuta in ragione dei giorni di cui è composto il mese di febbraio di ciascun anno (cfr. Cass. n. 12747 del 2008(2)).

In risposta al quesito posto dal ricorrente, deve, pertanto, affermarsi che l'assegno per il nucleo familiare dovuto, ai sensi dell'art. 7, comma 10, della legge n. 223 del 1991, ai lavoratori iscritti nelle liste di mobilità va determinato, in considerazione della specialità della normativa che lo prevede, su base giornaliera, e cioè secondo il criterio proprio dell'indennità di mobilità, trovando nella relativa disciplina la sua fonte genetica, la sua *ratio* ed il suo specifico collegamento; esso, perciò, deve essere corrisposto in ragione dei giorni di cui è composto il mese di febbraio di ciascun anno e non nella misura intera rapportata al mese, ovvero a trenta giorni, non trovando applicazione, in considerazione della specialità della regolamentazione, il parametro di cui al primo e secondo comma dell'art. 59 (come sostituito dall'art. 15 delle legge n. 1038 del 1961.) del T.U. sugli assegni familiari approvato con D.P.R. n. 797 del 1955.

Il dispositivo della sentenza impugnata è, quindi, conforme al principio di diritto sopra enunciato, anche se la motivazione va parzialmente integrata nel senso sopra indicato.

Il ricorso di conseguenza va rigettato.

Sussistono giusti motivi, ravvisabili nella novità della questione trattata, per compensare le spese di questo giudizio.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 404

(2) Idem, 2008, p. 736

Lavori socialmente utili - Assegno per l'anno 1999 - Rivalutazione, ex art. 8, comma 8, d.lg. n. 468 del 1997 - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 06.05.2009 n. 10397 - Pres. De Luca - Rel. Toffoli - P.M. Sepe - C.N. (Avv. Capuano) - INPS (Avv.ti Stumpo, De Rose, Triolo, Fabiani)

L'assegno mensile base per i lavori socialmente utili, fissato dall'art. 8, comma 3, D. Lgs. 1° dicembre 1997 n. 468 in lire 800.000 (attuali euro 413,17) e rivalutato dal successivo comma 8, con decorrenza dal 1° gennaio 1999, nella misura dell'80% della variazione annuale Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati, è stato successivamente determinato, dall'art. 45, comma 9, legge 17 maggio 1999 n. 144, in lire 850.000 mensili, dal 1° gennaio 1999, non suscettibili di rivalutazione, ex art. 8, comma 8, D. Lgs. n. 468 cit., atteso il palese contrasto di quest'ultima norma con il tenore del richiamato art. 45, comma 9, che fissa in maniera chiara, diretta ed esauriente la misura mensile, per il 1999, dell'assegno in questione. Né, in senso contrario, sono invocabili considerazioni logiche, non essendovi alcuna ragione di rivalutare, per l'anno 1999, un assegno la cui misura, per il medesimo anno, è stata direttamente fissata dal legislatore.

FATTO - La Corte d'appello di Napoli confermava la sentenza di primo grado che aveva accolto l'opposizione, proposta dall'INPS nei confronti di N.C., contro il decreto ingiuntivo che aveva accolto la pretesa di detto lavoratore di applicare la rivalutazione dell'indennità a favore dei lavoratori socialmente utili, prevista dall'art. 8, comma 8, del d. lgs. n. 468/1997, (con decorrenza dal 1 gennaio 1999), all'importo dell'indennità in questione fissato in L. 850.000 mensili dall'art. 45, comma 9, della legge 17 maggio 1999 n. 144.

La Corte di merito riteneva che il legislatore del 1999, nell'alimentare l'importo del sussidio (nella misura L. 50.000 mensili) al fine di porre rimedio agli effetti del prelievo fiscale, aveva rideterminato l'intero importo della prestazione, includendovi sia l'adeguamento monetario che il recupero del prelievo fiscale, come evidenziato anche dai conteggi forniti dall'INPS.

Il C. propone ricorso per cassazione affidato a due motivi illustrati da successiva memoria. L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO - Il primo motivo, denunciando vizio di motivazione, lamenta l'esiguità e l'insufficienza della motivazione fornita sul punto di diritto effettivamente rilevante (dopo una lunga digressione circa la disciplina sulla rivalutazione dell'indennità di l.s.u.), non scaturente da un procedimento logico-giuridico.

Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 45, comma 9, legge 17 maggio 1999 n. 144. Si sostiene, sulla base della mancata precisazione che l'aumento dell'indennità assorbiva anche la rivalutazione dell'indennità prevista dalla

legge, alla luce della tecnica normativa adottata in casi simili, e dei lavori preparatori, che concorrono sia l'aumento dell'indennità previsto per legge, sia la rivalutazione dell'assegno nella misura dell'80% dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati ex art. 8, comma 8, d. lgs. n. 468/1997.

Non si ritiene il ricorso meritevole di accoglimento.

Il primo motivo è palesemente infondato, non essendo configurabile un vizio di motivazione denunciabile in cassazione a norma dell'art. 360 n. 5 c.p.c. in relazione a questioni di puro diritto, come quella rilevante ai fini della decisione della presente causa e riproposta in questa sede di legittimità.

Passando all'esame del secondo motivo, deve notarsi che le norme potenzialmente rilevanti sono l'art. 8, commi 3 e 8, del d. lgs. n. 468/1997, e l'art. 45, comma 9, legge n. 144/1999.

Il citato art. 8 comma 3 fissa l'assegno mensile base per i lavori socialmente utili in L. 800.000 (attuali € 413,17). Il successivo comma 8 prevede che "con decorrenza dal 1 gennaio 1999 l'assegno mensile per i lavori socialmente utili viene rivalutato nella misura dell'80 per cento della variazione annuale ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati". Tuttavia l'art. 45, comma 9, legge 17 maggio 1999 n. 144, interviene sulla misura di detto assegno con la disposizione secondo cui "dal 1 gennaio 1999, l'assegno per i lavori socialmente utili è stabilito in L. 850.000 mensili".

La tesi, sostenuta dal ricorrente, secondo cui quest'ultimo importo di L. 850.000 non può considerarsi quello effettivamente dovuto per il 1999 per i lavori socialmente utili, dovendo lo stesso essere rivalutato in applicazione dell'art. 8, comma 8, d. lgs. n. 468/1997, (sulla base della ultima variazione annuale dei prezzi al consumo rilevata dall'Istat) non può essere condivisa, stante il suo palese contrasto con il tenore del richiamato art. 45, comma 9, che fissa in maniera chiara, diretta ed esauriente la misura mensile per il 1999 dell'assegno in questione. In senso contrario non sono invocabili neanche considerazioni logiche, visto che evidentemente non vi è alcuna ragione di rivalutare per l'anno 1999 un assegno la cui misura, per il medesimo anno, è stata direttamente fissata dal legislatore.

Può anche osservarsi che è scarsamente significativa l'osservazione del ricorrente secondo cui l'aumento di L. 50.000, mensili, giustificato negli atti preparatori con l'esigenza di compensare la sopravvenuta sottoposizione dell'indennità per i l.s.u. a imposizione fiscale, è valso solo ad assicurare una reintegrazione nel corso del 1999 della ritenuta fiscale applicata negli anni 1998 e 1999. Infatti gli stessi computi offerti dal ricorrente evidenziano comunque che è intervenuto un aumento dell'indennità notevolmente superiore alla corrente ritenuta fiscale.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

Non deve disporsi per le spese del giudizio, ex art. 152 disp. att. c.p.c., nel testo anteriore a quello di cui all'art. 42, comma 11, d. l. 30.9.2003 n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24.11.2003 n. 326, non applicabile *ratione temporis*.

(*Omissis*)

Integrazione salariale - Erogazione del trattamento - Incompatibilità con qualunque attività lavorativa suscettibile di produrre reddito - Fattispecie.

Corte di Cassazione, Sez. lavoro – 10.03.2009 n. 5720 – Pres. Mattone – Rel. Ianniello – P.M. Matera – INPS (Avv.ti Fabiani, De Rose, Triolo) – D.C.G. (Avv. Sarra)

In tema di trattamento di cassa integrazione guadagni, dalla “ratio” dell’art. 8, commi quarto e quinto, del d. l. 21 marzo 1988 n. 86, convertito, con modificazioni, nella l. 20 maggio 1988 n. 160, si desume l’incompatibilità del trattamento di integrazione salariale con qualunque attività lavorativa suscettibile di produrre reddito per chi la svolge, anche se in concreto non ne risulti l’effettivo conseguimento. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della corte territoriale, che aveva ritenuto rilevante, per escludere la decadenza dal diritto al trattamento di CIGS, la circostanza che il lavoratore non avesse percepito compensi o utili per l’attività svolta a vantaggio della società di capitali di cui era socio).

FATTO - G.D.C., dipendente della s.r.l. Nisi Venosa collocato in CIGS dal 1983, aveva ricevuto dall’INPS la comunicazione della sua decadenza da detto beneficio a partire dal 1 gennaio 1989 (e fino alla data del suo licenziamento del 31 maggio 1995) ai sensi dell’art. 8, comma 5° del D.L. 21 marzo 1988 n. 86, convertito nella legge 20 maggio 1988 n. 160, per non avere comunicato preventivamente a tale ente di prestare, quale socio della Texil Sud s.r.l., attività di lavoro continua e costante, finalizzata al controllo dell’attività aziendale di tale società.

Proposto ricorso al Tribunale di Matera in data 9 luglio 1999, il D.C. aveva ottenuto dal giudice adito, con sentenza del 9 maggio 2003, la condanna dell’INPS al pagamento del trattamento di integrazione salariale e della quota di t.f.r. relativamente al periodo suddetto.

Su appello dell’INPS, la Corte d’appello di Potenza ha confermato integralmente la sentenza appellata, rigettando anzitutto l’eccezione di decadenza per decorso del termine annuale di cui all’art. 47, comma 3° del D.P.R. n. 639/1970 e quella di prescrizione del diritto azionato nonché la deduzione di difetto di legittimazione passiva dell’INPS con riguardo alla pretesa relativa alla quota di t.f.r..

Quanto alla deduzione dell’INPS secondo cui il D.C. sarebbe definitivamente decaduto dal diritto all’integrazione salariale a partire dal 1 gennaio 1989, avendo ommesso di comunicare all’Ente medesimo lo svolgimento di attività lavorativa incompatibile con tale trattamento, in quanto inserito, quale socio della Texil Sud s.r.l. con sede in Pomarico, nella relativa azienda con svolgimento di attività di lavoro continua e costante finalizzata al controllo della produttività aziendale, la Corte territoriale ha accertato la veridicità di quanto dedotto dall’INPS, ma, rilevando che la predetta attività era stata prestata dal D.C. in maniera gratuita, ha escluso che la mancata comunicazione della stessa comporti la decadenza dal beneficio dell’integrazione salariale.

Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione l'INPS, con un unico articolato motivo.

Resiste alle domande il D.C. con un proprio rituale controricorso.

DIRITTO - L'INPS deduce col ricorso la violazione e falsa applicazione dell'art. 8, comma 5° del D.L. 21 marzo 1988 n. 86, convertito nella legge 20 maggio 1988 n. 160.

Richiamato il contenuto dell'art. 8, commi 4° e 5° del decreto legge indicato, l'ente ricorrente sostiene che la mancata comunicazione preventiva da parte del lavoratore all'INPS dello svolgimento di attività lavorativa, anche se autonoma e anche se non retribuita, comporta la decadenza del lavoratore dal beneficio, in quanto la finalità della disposizione di legge consisterebbe nel porre tempestivamente l'INPS nelle condizioni di conoscere il fatto della prestazione di attività lavorativa da parte del fruitore della integrazione salariale, onde poter valutare in maniera appropriata l'eventuale incidenza di tale situazione sulla spettanza o meno di tutta o parte della integrazione medesima.

Del resto la compatibilità della integrazione salariale col reddito di attività lavorativa sarebbe disciplinata dal combinato disposto degli artt. 3 del D. Lgs. 9 novembre 1945 n. 788 e 8, comma 4° del D.L. 21 marzo 1988 n. 86, in termini di mera incumulabilità dei due tipi di entrate in misura variabile a seconda delle modalità e dell'ammontare di esse (cita Cass. 14 aprile 1993 n. 4419(1) e 14 giugno 1995 n. 6712(2)).

Ne consegue, secondo l'INPS, che scopo della norma non consisterebbe unicamente nell'evitare l'erogazione di una previdenza pubblica a chi percepisce altrimenti un reddito da lavoro, in quanto la possibile parziale coesistenza, in via di principio, dei due redditi non escluderebbe che la mancata comunicazione di cui al comma 5° dell'art. citato abbia autonoma rilevanza ed ad esso sia connessa la conseguenza della decadenza dal trattamento integrativo CIGS quando il soggetto interessato si ponga in condizione di conseguire un reddito di lavoro accanto a quello previdenziale.

L'Ente ricorrente chiede pertanto la cassazione della sentenza impugnata.

Nel controricorso, il resistente deduce l'inammissibilità del ricorso per violazione dell'art. 365 c.p.c.: l'assenza di indicazione della data nella procura in calce al ricorso per cassazione e anche in quest'ultimo atto renderebbe infatti incerto il tempo in cui la procura era stata rilasciata, così ponendo in dubbio il suo carattere di procura speciale, che deve essere pertanto necessariamente rilasciata successivamente al deposito della sentenza impugnata, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte.

La difesa del D.C. deduce inoltre l'inammissibilità del ricorso per violazione della regola della autosufficienza (art. 366 n. 3): sarebbe vago il riepilogo dei fatti nonché l'indicazione degli atti e dei documenti citati e delle parti del provvedimento impugnato cui sono dirette le censure, impedendo così a questo giudice di legittimità la completa cognizione degli elementi indispensabili per la decisione. Anche il contenuto della sentenza sarebbe infine riprodotto per estratto in maniera insufficiente.

Un terzo motivo di inammissibilità del ricorso è denunciato dalla parte resistente per pretesa violazione dell'art. 366 n. 4 c.p.c.: la difesa del D.C. sostiene infatti che risulterebbe dalla relazione dell'INPS del 6 agosto 1969 che il trattamento straordinario di integrazione salariale sarebbe decorso per il D. C. dal 1° gennaio 1983, quando la disciplina di legge

precedente al D.L. del 1988 in materia di integrazione salariale non prevedeva l'obbligo di comunicazione all'INPS dei lavori che l'assicurato intenda intraprendere.

Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso per cassazione, in quanto l'eventuale accoglimento anche di una sola di esse precluderebbe l'esame del merito del ricorso medesimo.

Tali eccezioni sono manifestamente infondate.

Quanto alla prima, è infatti evidente che l'indicazione della data nel ricorso o nella procura apposta in calce o a margine dello stesso, la quale, in quanto successiva alla data della sentenza impugnata, assolve alla funzione di rendere palese il carattere necessariamente speciale della procura, riguardante cioè, ex art. 365 c.p.c., lo specifico giudizio di legittimità sulla base della valutazione della sentenza da impugnare (*cfr.*, *ex ceteris*, da ultimo, Cass. 24 giugno 2008 n. 17145), non costituisce l'unico mezzo allo scopo.

Ed invero, nel caso in esame un identico risultato è stato raggiunto con la indicazione nel corpo della procura in calce al ricorso per cassazione dell'INPS (che questa Corte è autorizzata a verificare in ragione del tipo di censura svolta) degli estremi della sentenza della Corte d'appello di Potenza impugnata.

Con riferimento alla seconda deduzione di inammissibilità, va rilevato che, contrariamente a quanto con essa sostenuto, il ricorso contiene l'esposizione dei fatti e degli atti che interessano la decisione, senza dilungarsi in inutili richiami di circostanze di contorno, di nessun rilievo sul piano indicato.

Infine anche la terza eccezione è destituita di fondamento, dovendosi, secondo le regole generali, normalmente valutare i fatti materiali, consistenti - in ipotesi - in azioni od omissioni, sulla base della normativa di legge vigente al momento della loro verifica. Nel caso di specie, trattandosi della dedotta omissione della preventiva comunicazione in relazione ad un fatto verificatosi a partire dal 1° gennaio 1989, la legge applicabile era appunto quella ritenuta anche dai giudici di merito e di cui al D.L. n. 86/1988, convertito nella legge n. 160/1988.

Passando all'esame del ricorso dell'INPS, esso appare fondato nei termini che seguono.

L'art. 8 del D.L. 21 marzo 1988 n. 86, convertito nella legge 20 maggio 1988 n. 160 - con riferimento alla materia degli interventi di integrazione salariale straordinaria a carico dell'INPS - stabilisce al 4° comma:

"Il lavoratore che svolga attività di lavoro autonomo o subordinato durante il periodo di integrazione salariale non ha diritto al trattamento per le giornate di lavoro effettuate".

Il successivo 5° comma aggiunge inoltre:

"Il lavoratore decade dal diritto al trattamento di integrazione salariale nel caso in cui non abbia provveduto a dare preventiva comunicazione alla sede provinciale dell'INPS dello svolgimento della predetta attività".

Se la prima disposizione persegue lo scopo di evitare il cumulo, fino alla concorrenza, tra l'erogazione (quantomeno integrale: *cfr.* Cass. 14 aprile 1993 n. 4419, 14 giugno 1995 n. 6712) della previdenza pubblica e quella proveniente da una attività lavorativa suscettibile di produrre reddito per chi la svolge ed implica pertanto per la sua concreta applicazione l'accertamento a posteriori della effettiva percezione di un reddito e del relativo ammontare giorno per giorno in costanza di sospensione in CIGS, la disposizione di cui al

5° comma dell'art. 8 in esame è diretta a consentire all'INPS la tempestiva verifica relativamente alla compatibilità della attività temporanea o saltuaria (non a tempo indeterminato, che determinerebbe l'estinzione del rapporto di lavoro presupposto dell'integrazione: Corte Cost. 26 maggio 1995 n. 195(3)) che l'interessato intende svolgere con l'erogazione, totale o parziale, dell'integrazione salariale nel medesimo periodo.

Alla diversa *ratio* consegue che nel secondo caso, a differenza del primo, non è necessario che si tratti di attività lavorativa retribuita (*cf.* Cass. 28 maggio 2003 n. 8490, 14 agosto 2004 n. 15890 e 10 gennaio 2006 n. 173), quanto che essa, nel contesto in cui è espletata (non, ad es., se si tratti di attività di volontariato), sia suscettibile di produrre reddito per chi la svolge, anche se in concreto non ne risulti poi l'effettivo conseguimento.

La sentenza impugnata non ha fatto corretta applicazione alle regole così dettate al riguardo dalla legge, erroneamente ritenendo rilevante per escludere la decadenza del D.C. dal diritto alla integrazione in CIGS il fatto, ulteriore, che questi non avesse percepito compensi o utili per l'attività svolta a vantaggio della società di capitali di cui era socio, fatto che viceversa è relegato nella sfera dell'irrelevante dalla norma di legge in commento, come sopra interpretata.

Il ricorso va pertanto accolto e la sentenza impugnata va cassata.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa in questa sede nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c., col rigetto delle originarie domande del D.C.. Nulla per le spese dell'intero giudizio – a norma dell'art. 152 disp. att. c.p.c., applicabile, *ratione temporis*, nel testo antecedente alla sostituzione operata con il D.L. 30 settembre 2003 n. 269, art. 42, comma 11 convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003 n. 326 –, non apparendo la pretesa del D.C. manifestamente infondata o temeraria.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 531

(2) Idem, 1995, p. 1044

(3) Idem, idem, p. 607

Handicaps - Congedi parentali ex art. 4, comma 4-*bis*, della legge n. 53 del 2000 - Stato di handicap in condizioni di gravità - Limite quinquennale per l'accertamento - Contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza - Norma soppressa dall'art. 3, comma 106, della legge n. 350 del 2003 - Interpretazione costituzionalmente orientata della soppressione - Effetti - Eliminazione retroattiva della disposizione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro – 20.01.2009 n. 1405 - Pres. Sciarelli - Rel. Ianniello - P.M. Riello - INPS (Avv.ti Di Meglio, Fabiani, Triolo) - F.M. (Avv. Montemurro, Buonafede)

La norma di cui all'art. 4, comma 4-bis, della legge n. 53 del 2000, che condizionava il congedo di cui al comma 2 all'accertamento dello stato di handicap in condizioni di gravità da almeno cinque anni, e che poi è stata soppressa dall'art. 3, comma 106, della legge n. 350 del 2003, contrastava con l'art. 3 della Costituzione, in quanto escludeva irragionevolmente dal beneficio i genitori di minori con handicap di età inferiore ai cinque anni ed i genitori per i quali l'esigenza di accertamento della situazione di handicap del figlio sorgesse solo per effetto della legge istitutiva del beneficio e della protezione, sul piano previdenziale, rispetto ad altri che avessero fatto accertare la situazione di handicap nel quinquennio antecedente per fruire dei benefici previsti dalla legge n. 104 del 1992. Conseguentemente, in una prospettiva interpretativa costituzionalmente orientata, la "soppressione" del limite temporale quinquennale opera fin dall'introduzione, nel testo legislativo, della prescrizione relativa all'accertamento della situazione di handicap grave, l'uso del termine ambiguo "soppressione", piuttosto che "abrogazione", inducendo a ritenere che il legislatore abbia voluto l'eliminazione retroattiva della disposizione, nel rispetto di principi di rilievo costituzionale.

FATTO - Con sentenza pubblicata il 21 maggio 2005, la Corte d'appello di Trieste ha confermato integralmente la sentenza in data 18 novembre 2003, con la quale il Tribunale di Udine aveva accolto le domande svolte da M.F. nei confronti dell'INPS. Questi, impiegato dipendente dal Consorzio Cooperativo Latteria Friulane di Campofornido (UD), padre e unico genitore in vita di M.F., nata nel 1974 e affetta sin dalla nascita da una patologia inducente un *handicap* in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3°, della legge 5 febbraio, n. 104, si era visto negare dall'INPS il congedo previsto dal comma 4-bis dell'art. 4 della legge 8 marzo 2000 n. 53 (come introdotto dall'art. 80, comma 2° della L. 23 dicembre 2000 n. 388 e quindi trasfuso nell'art. 42, comma 5° del D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151) - e richiesto dal F. nel settembre 2002 per il periodo dal 1° gennaio al 31 ottobre 2003 -, sulla base della motivazione secondo cui l'accertamento della situazione di *handicap* della figlia non era avvenuto da almeno cinque anni, come disposto dalla norma citata.

Nel giudizio conseguentemente istaurato per ottenere tale congedo, i giudici dei due gradi di merito avevano ritenuto che il requisito almeno quinquennale dell'accertamento dell'*handicap* fosse stato, in corso di giudizio, soppresso dall'art. 3, comma 106° della legge 24 dicembre 2003 n. 350, con efficacia retroattiva. La Corte d'appello di Trieste aveva comunque rilevato che, anche sul piano della interpretazione del testo originario dell'art. 4, comma 4-bis della legge n. 53/00, il requisito del quinquennio poteva essere riferito all'*handicap* in situazione di gravità piuttosto che alla certificazione dello stesso a norma dell'art. 4, comma 1° della legge 5 febbraio 1992 n. 104.

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Trieste propone ricorso per cassazione l'INPS, con un unico motivo, con il quale deduce la violazione delle leggi richiamate (art. 4 L. 5 febbraio 1992 n. 104, art. 4 della L. 8 marzo 2000 n. 53, come modificato dall'art. 80, comma 2° della legge 23 dicembre 2000 n. 388, art. 42 del T.U. n. 151 del

2001, art. 12 delle disp. prel. al codice civile) e il vizio di motivazione, col sostenere l'erroneità della interpretazione operata dai giudici di merito sia in ordine alla pretesa retroattività della disposizione di legge che aveva soppresso il riferimento al quinquennio con riguardo all'accertamento dello stato di *handicap* in situazione di gravità del familiare del lavoratore, sia quanto alla interpretazione della legge introduttiva del beneficio, con riguardo alla necessità che l'accertamento da parte delle Commissioni mediche presso le ASL di cui all'art. 4, 1° comma della legge n. 104/92 risalga in ogni caso ad almeno cinque anni prima.

Resiste alla domanda il F. con un proprio rituale controricorso.

DIRITTO - Il ricorso dell'INPS è infondato.

L'art. 4, comma 4-*bis* della legge 8 marzo 2000 n. 53, introdotto con l'art. 80, comma 2° della legge 23 dicembre 2000 n. 388 e quindi trasfuso nell'art. 42, comma 5° del D. Lgs. 26 marzo 2001 n. 151 (contenente il T.U. delle disposizioni legislative in materia di tutela e di sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000 n. 53), stabiliva, nel testo originario:

“La lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre ... di soggetto con handicap in situazione di gravità di cui all'art. 3, comma 3° della legge 5 febbraio 1992 n. 104, accertata ai sensi dell'art. 4, comma 1 della medesima legge” (dalle unità sanitarie locali mediante le commissioni mediche di cui all'art. 1 della legge 15 ottobre 1990 n. 295, integrate da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare) *“da almeno cinque anni e che abbiano titolo a fruire dei benefici di cui all'art. 33, commi 1, 2 e 3, della medesima legge per l'assistenza del figlio, hanno diritto di fruire del congedo di cui al comma 2 dell'art. 4 della legge 8 marzo 2000 n. 53, entro sessanta giorni”* (trattasi del congedo fino a due anni che qui, a differenza di quanto stabilito dalla legge n. 53/00, comporta l'erogazione di una indennità corrispondente all'ultima retribuzione e il riconoscimento della contribuzione figurativa nel periodo).

Successivamente, l'art. 3, comma 106° della legge 24 dicembre 2003 n. 350 (cd. legge finanziaria per il 2004) ha disposto quanto segue: *“All'art. 42, comma 5° del cit. T.U. delle disposizioni legislative in materia di tutela e di sostegno della maternità e della paternità di cui al D. Lgs. 26 marzo 2001 n. 151, le parole “da almeno cinque anni” sono soppresse”*.

Il ricorrente contesta l'interpretazione di quest'ultima norma di legge da parte dei giudici di merito, i quali hanno ritenuto che la soppressione avesse nell'intenzione del legislatore efficacia retroattiva.

In proposito, era stato, in dottrina, da più parti rilevato che l'originario testo della norma, che condizionava l'attribuzione del beneficio che istituiva all'accertamento almeno quinquennale della situazione di *handicap* grave, appariva per molti aspetti assolutamente irragionevole, contrastando in maniera evidente quantomeno con l'art. 3 della Costituzione.

In maniera assolutamente irragionevole, la norma discriminava infatti il genitore per il quale la necessità di far accertare la situazione di *handicap* grave del figlio sorgesse solo per effetto della legge del 2000, istitutiva del beneficio nella forma indennizzata e

protetta sul piano previdenziale (come evidentemente verificatosi nel caso in esame), rispetto ad altri che, nella medesima situazione, avessero fatto accertare tale situazione di *handicap* già da cinque anni prima della legge citata, per fruire dei benefici in proposito previsti dalla legge n. 104 del 1992.

Inoltre, ancora più irragionevolmente discriminatoria andava valutata la norma con riguardo ai genitori di figli handicappati in situazione di gravità con una età minore di cinque anni, rispetto ai quali ultimi l'esigenza di una assistenza da parte del genitore, cui la norma intendeva far fronte, appare semmai maggiore.

Né la necessità di un accertamento almeno quinquennale nelle forme indicate della situazione di handicap appariva sufficientemente giustificata sul piano razionale, tanto più nel caso, come quello di specie, in cui le patologie all'origine di tale situazione risalissero nel tempo, addirittura fino dal momento della nascita del soggetto handicappato.

Anzi, a quest'ultimo proposito, la prescrizione di un accertamento nelle forme indicate risalente al quinquennio appariva poi addirittura inutile, data la possibilità di superare in proposito l'accertamento amministrativo in sede giudiziaria.

Sono evidentemente queste le ragioni che hanno indotto il legislatore del 2003, a distanza di appena tre anni dall'istituzione del beneficio in esame, a "sopprimere" il riferimento al quinquennio nella prescrizione relativa all'accertamento della situazione di handicap grave.

Ma si tratta di ragioni che, secondo quanto rilevato, sostengono l'ipotesi di una soppressione voluta con efficacia retroattiva.

Tenuto conto di ciò, e quindi alla stregua della *ratio* della disposizione soppressiva, in una prospettiva interpretativa costituzionalmente orientata, deve pertanto ritenersi, con i giudici di merito, che la norma indicata vada interpretata nel senso che essa dispone la soppressione delle parole indicate fin dall'origine della loro introduzione nel testo legislativo.

A tale risultato ermeneutico non si oppone infatti il tenore letterale dell'espressione usata dal comma 106° dell'art. 3 della legge finanziaria per il 2004.

Il termine "soppressione" (diversamente da quello di "abrogazione") è infatti un termine atecnico, ma dotato di un significato "forte" rispetto al suo oggetto ancorché non esprima con assoluta certezza la eliminazione retroattiva di esso.

Tale termine assume, pertanto, nel contesto in cui è usato nella norma in esame, una valenza ambigua sul piano considerato.

Ambiguità che si spiega facilmente col clima convulso che caratterizzava in quegli anni la formazione delle leggi finanziarie di fine anno, con l'inserimento in esse, anche all'ultimo momento, di numerose disposizioni nelle materie più disparate, spesso in forme non brillanti per chiarezza espositiva.

Ambiguità che peraltro si ritiene possa essere risolta nel caso in esame, proprio sulla base della considerazione dell'intento perseguito dal legislatore nel rispetto di principi di rilievo costituzionale, come sopra indicato.

Concludendo, sulla base delle considerazioni esposte, il ricorso va respinto, con le normali conseguenze in ordine al regolamento delle spese di giudizio, operato in dispositivo.

(*Omissis*)

CORTE D'APPELLO
Sezioni Civili

Procedure concorsuali - Stato di insolvenza - Bilancio aziendale - Eccedenza delle poste attive rispetto a quelle passive - Irrilevanza

Corte di Appello di Ancona - 10.1.2009 n. 2 - Pres. Perfetti - Rel. Formiconi - T.E. s.r.l. (Avv. Ciarrocchi) - INPS (Avv. Flori) - Fallimento T.E. s.r.l. (Avv. Mosconi)

L'art. 5 L.F. trova applicazione, e pertanto lo stato di insolvenza deve ritenersi acclarato, anche nel caso in cui il bilancio aziendale presenti una eccedenza delle poste attive rispetto a quelle passive, laddove la presenza di beni di non facile né rapida liquidabilità renda inattuabile la copertura dei debiti dell'impresa attraverso il ricorso ai mezzi ordinari ed alle ordinarie scadenze.

FATTO - Con ricorso depositato presso la cancelleria di questa Corte il 18 luglio 2008 la S.r.l. T.E., in persona del legale rappresentante, proponeva reclamo ex articolo 18 R. D. 267/1942 avverso la sentenza del Tribunale di Fermo, in data 11-13 luglio 2007, con cui era stato dichiarato il fallimento della medesima società.

La ricorrente, a sostegno del gravame, deduceva l'insussistenza dello stato d'insolvenza non essendo la pretesa avanzata dall'INPS, unico creditore istante, basata su titoli esecutivi o, comunque, giudiziali trattandosi di "cartelle di pagamento" e "DM10M insoluti" aventi rilevanza meramente interna all'Istituto.

Conclusivamente domandava, in accoglimento della proposta impugnazione, la revoca dell'intervenuta declaratoria di fallimento per insussistenza dei presupposti di legge con esclusivo riferimento allo stato di insolvenza; in via istruttoria chiedeva ammettersi prova per testi in relazione alla trattativa con il creditore istante per definire la posizione debitoria, alla cessione di un ramo d'azienda ed all'attività effettivamente svolta da questa.

Disposta l'udienza di comparizione delle parti e fissato il termine per il deposito di memorie, si costituiva il curatore del fallimento il quale rilevava che la società versava in una situazione di impotenza economica integrante gli estremi dello stato d'insolvenza come dimostravano i diversi rinvii concessi dal giudice delegato per definire la pendenza e la necessità di cedere un ramo d'azienda per ripianare le proprie passività, rese, peraltro, evidenti dalle insinuazioni proposte da vari creditori e dalla documentazione contabile da cui poteva evincersi un'esposizione debitoria per oltre 1.000.000 di euro; concludeva, dunque, per il rigetto dell'impugnazione.

Ad analoga richiesta, nel costituirsi, perveniva l'Istituto previdenziale sostenendo la legit-

timità e la piena sussistenza del proprio credito che trovava riscontro nell'indebitamento dovuto all'insoluto contributivo fondato sulle dichiarazioni mensili fatte dallo stesso datore di lavoro.

All'esito della discussione, la Corte si riservava di decidere in ossequio al disposto dell'articolo 18 L. F. nella nuova formulazione risultante a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. 169/2007(articolo 22) a far data dall'1 gennaio 2008.

DIRITTO - Con l'unico motivo di gravame la ricorrente deduce che il credito vantato dall'INPS non è di per sé idoneo a dimostrare il proprio stato d'insolvenza non potendo la pretesa azionata ritenersi sintomo di decozione essendo, fra l'altro, in corso trattative finalizzate a raggiungere un accordo per la definizione della pendenza con il predetto ente, il quale aveva più volte aderito alle richieste di rinvio durante l'istruttoria prefallimentare nell'ambito di "un accordo conciliativo che stava per essere definito" mentre la prospettata cessione del ramo di azienda non costituiva indice di insolvenza ma semmai "indice di vivacità e capacità di collocarsi attivamente sul mercato" per cui poteva parlarsi, a tutto concedere, di uno stato di momentanea illiquidità in capo alla reclamante.

Il motivo è infondato.

Per quel che concerne, in linea generale, lo stato di insolvenza, si osserva che lo stesso è configurabile allorché si determini una situazione di incapacità del debitore a fronteggiare alle scadenze previste le proprie obbligazioni, ciò che determina, per costante giurisprudenza della Suprema Corte, l'irrelevanza, in ordine all'integrazione di detto stato d'insolvenza, del fatto che eventualmente l'attivo sia superiore al passivo; appare palese, pertanto, la situazione di insolvenza in cui si è trovata la S.r.l. T.E. nel senso, appena visto, di impossibilità di adempiere agli impegni assunti nei confronti dei creditori nei termini convenuti e con mezzi normali.

Appare opportuno ribadire, in proposito, che la Suprema Corte ha da lungo tempo (cfr. Cass. n. 2470/1994; Cass. n. 6769/1990; Cass. n. 795/1989; Cass. n. 6856/1986; Cass. n. 3877/1985; Cass. n. 2055/1983; Cass. n. 3095/1981) identificato l'insolvenza con la situazione di impotenza economica che si realizza quando l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni secondo le scadenze pattuite, essendo venute meno le condizioni di liquidità e di credito nelle quali deve ritrovarsi un'impresa commerciale.

Il concetto espresso da tale principio di diritto porta, dunque, a considerare lo stato di decozione sotto il profilo della mancanza di liquidità e di credito tale da comportare nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie l'inosservanza delle scadenze prestabilite o l'impossibilità di reperire, in un ragionevole lasso di tempo, quei mezzi normali di pagamento idonei ad estinguere le passività non più dilazionabili (v. in particolare Cass. n. 2055/1983).

Da tale pacifica impostazione è stato tratto l'ulteriore corollario che vuole del tutto irrilevante ai fini dell'accertamento dell'insolvenza una situazione di eccedenza delle poste attive su quelle passive, laddove la presenza di beni di non facile né rapida liquidabilità in riferimento ai cicli finanziari aziendali rende inattuabile la copertura dei debiti con il ricorso a mezzi ordinari e alle ordinarie scadenze, ma, al massimo, al prezzo di operazioni di finanziamento e liquidazioni fuori del normale per costi e tempi di realizzazione: non è, pertanto, sufficiente, e neppure necessario, per escludere l'applicazione dell'articolo 5 L.F.,

che la globale valutazione dei beni dell'imprenditore consenta di ritenere raggiungibile in astratto la completa copertura dei suoi debiti liquidi ed esigibili occorrendo, invece, che l'estinzione di questi ultimi sia raggiunta alle scadenze contrattuali ovvero a quelle, in ipotesi, consensualmente prorogate e senza ricorrere a vie e mezzi anomali di pagamento (v. Cass. n. 5736/1993; Cass. n. 5525/1992; Cass. n. 4550/1992; Cass. n. 4463/1992).

In siffatto ambito neppure la pluralità dei creditori è condizione indispensabile per l'apertura di una procedura fallimentare qualora l'inadempimento, anche di un solo credito, denoti di per sé l'incapacità dell'imprenditore a fronteggiare i propri impegni, rispettandone le scadenze (v. tra le numerose Cass. n. 1274/1978) mentre il già evidenziato significato esclusivamente obiettivo dell'insolvenza non lascia alcuno spazio alle indagini sulla genesi della decozione, poiché ciò che rileva per la legge fallimentare è soltanto l'incapacità dell'imprenditore, in sé considerata, a far fronte "regolarmente" alle obbligazioni assunte (v. Cass. n. 2470/1994; Cass. n. 8271/1992).

Nel caso in esame è pacifico che la società debitrice non ha provveduto ad estinguere le obbligazioni anche di rilevante importo derivanti dalle dichiarazioni dalla medesima effettuate onde provvedere al pagamento della contribuzione previdenziale, circostanza che trova riscontro nei modelli di rendiconto mensile in cui vengono indicate le retribuzioni corrisposte ai dipendenti ed il relativo onere a carico del datore di lavoro a titolo di contributi; d'altronde la stessa debitrice ha chiesto ripetutamente in sede di istruttoria prefallimentare dei rinvii al fine di provvedere alla corresponsione del dovuto nei confronti dell'Istituto creditore senza, tuttavia, raggiungere l'intento; a ciò aggiungasi che la pendenza di trattative per la cessione di un ramo d'azienda sul cui corrispettivo lo stesso legale rappresentante della attuale reclamante contava "per poter far fronte al pagamento integrale dei debiti" (v. dichiarazioni rese a verbale d'udienza del 6 novembre 2007 davanti al Giudice delegato) non fa altro che rendere palese come l'adempimento delle obbligazioni insolute non poteva che avvenire attraverso il ricorso a mezzi straordinari di liquidazione delle proprie attività; ciò che evidenzia la presenza di un patrimonio in dissesto traducendosi nell'impossibilità di far fronte ai propri impegni in maniera tempestiva da parte dell'obbligata che non ha giustificato, in sostanza, il proprio comportamento se non sotto il profilo della mancanza di disponibilità sufficienti ad estinguere i debiti.

Né può pretermettersi che ai fini della dichiarazione di fallimento lo stato di insolvenza dell'imprenditore è configurabile anche in assenza di protesti, pignoramenti e azioni di recupero dei crediti, i quali non costituiscono parametro esclusivo del giudizio sul dissesto, posto che, invece, come visto, è la situazione di incapacità del debitore a fronteggiare con mezzi ordinari le proprie obbligazioni a realizzare quello stato, secondo la previsione dell'articolo 5 L. F., quali che siano gli inadempimenti in cui si concretizza e i fatti esteriori con cui si manifesta (così Cass. 9856/2006).

Le esposte considerazioni fanno ritenere del tutto ininfluenti ai fini delle decisioni le richieste istruttorie formulate dalla reclamante che, pertanto, vanno dichiarate inammissibili.

Conclusivamente il proposto ricorso si presenta infondato e, come tale, deve essere respinto.

Le spese del grado, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

(*Omissis*)

Lavoro (Rapporto di) - Subordinazione - Prestazione di attività lavorativa onerosa all'interno dei locali dell'azienda - Utilizzo di materiali ed attrezzature dell'azienda - Modalità tipologiche proprie del lavoro subordinato - Presunzione di subordinazione

Corte di Appello di Ancona - 5.11.2008 n. 528 - Pres. Taglienti - Rel. De Antoniis – INPS-SCCI (Avv.ti Vittori, Mazzaferri, Flori) – M.F.F. (Avv. Di Ruggiero) - Ancona Tributi s.p.a. – P.L. (Avv. Scaravelli)

La prestazione di attività lavorativa onerosa, all'interno dei locali dell'azienda, con materiali ed attrezzature proprie della stessa e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato, in relazione alle caratteristiche delle mansioni svolte, comporta una presunzione di subordinazione che è onere del datore di lavoro vincere.

FATTO - Con ricorso depositato in data 8.8.1997, P.L. conveniva in giudizio M.F.F. al fine di vedere accertata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato intercorso tra le parti dal 23.1.1993 al 30.4.1996 con conseguente condanna del convenuto al pagamento delle retribuzioni maturate. Allegava a tale fine di aver provveduto ad aprire e chiudere i locali, maneggiare denaro, annotare la prima contabilità, pulire i locali, firmare le bolle di accompagnamento, fissare gli appuntamenti con i clienti; di avere lavorato per 4 ore al giorno dal lunedì al sabato; di aver lavorato per undici ore nel periodo natalizio del 1993 allorché il M. era a Milano per vacanze, come anche a luglio e agosto dal 1993 al 1996; di avere svolto lavoro straordinario per 104 ore allorché il M. era negli USA.

Lamentava la mancata regolarizzazione della propria posizione lavorativa, riconoscendo di aver percepito compensi per £. 7.875.000. Chiedeva per tali motivi il pagamento della retribuzione non corrisposta.

Si costituiva e resisteva in giudizio M.F.F., affermando che la ricorrente non aveva svolto alcuna attività lavorativa presso la propria ditta, che alcune volte aveva provveduto a mettere in funzione le lampade, preparare lettini e ricevere la posta per mera cortesia, che era diventata socia della Sun In 41 s.r.l. in data 14.5.1996. In via subordinata, era pronto a riconoscere che la ricorrente aveva prestato attività lavorativa solo per due settimane a partire dal 25.5.1994 allorché il M. si era recato in America, senza peraltro ricevere ordini o istruzioni e offrendosi spontaneamente di sostituire il convenuto. Precisava che non aveva mai erogato alcunché alla ricorrente a titolo di retribuzione. Chiedeva per tali motivi il rigetto delle avverse pretese.

Con separato ricorso depositato in data 5.10.2000 M.F.F. proponeva opposizione alla cartella esattoriale notificatagli per rivendicare il pagamento di contributi per il periodo in esame con riferimento alla posizione di P.L., esponendo le medesime difese già articolate nel giudizio richiamato in precedenza.

Si costituiva e resisteva in giudizio l'INPS sostenendo che i verbali ispettivi erano dotati di particolare *vis probatoria* che poteva essere inficiata solo da prova contraria, la

quale nel caso di specie non era stata fornita, e che il rapporto di lavoro era stato confermato dalla P., la quale aveva riferito di aver lavorato tutti i giorni per il M. con una retribuzione netta mensile di £. 300.000.

Si costituiva e resisteva in giudizio, altresì, la Ancona Tributi s.p.a., rimettendosi nel merito della controversia al giudizio del Tribunale, ma chiedendo che in ogni caso la parte soccombente fosse condannata a rifonderle le spese di lite.

Con ordinanza del 24.10.2001 le due cause venivano riunite.

Con pronuncia n. 353/2005 del 20.4.2005 il Tribunale di Ancona, previo esperimento di una CTU e l'escussione di vari testimoni, rigettava la domanda di P.L. e dichiarava non dovute le somme indicate nella cartella esattoriale versata in atti, compensando le spese di lite e ponendo le spese di CTU a carico di tutte le parti in misura pari a 1/3 ciascuna. Precisava il Giudice di prime cure che non era stata provata la natura subordinata del rapporto di lavoro in esame, in quanto le generiche deduzioni del ricorso non avevano trovato conferma nell'istruttoria. In particolare, non era stato provato che le disposizioni in merito a pagamenti e pulizie fossero ordini e non al contrario generiche direttive; che la sorella della ricorrente non era pienamente attendibile, atteso che aveva riferito di essere andata a trovare due volte a settimana la P. all'ora di pranzo quando l'esercizio era chiuso mentre l'interessata aveva allegato di aver lavorato dopo le 15 tranne un solo giorno a settimana; che dal verbale INPS non emergeva alcun elemento rilevante; che la continuità con cui la ricorrente aveva redatto fatture e bolle di accompagnamento non dimostrava la natura subordinata del rapporto di lavoro; che la dichiarazione resa dal M. all'ispettore B. non poteva avere valenza risolutiva trattandosi di una valutazione ("assunto come dipendente") che esulava dal contenuto della confessione che poteva avere ad oggetto soltanto fatti e non la qualificazione giuridica di questi; che la circostanza che per l'orario si prendevano accordi giorno per giorno, riferita dalla P. in sede di interrogatorio libero, escludeva la sussistenza di un orario vincolante e obbligatorio prefissato dal datore di lavoro.

Con ricorso in appello depositato in data 29.3.2006 l'INPS ribadiva l'eccezione di intervenuta inoppugnabilità del ruolo esattoriale sollevata con le note autorizzate del 22.3.05; riteneva, inoltre, che erroneamente il Tribunale aveva considerato priva di valenza confessoria la dichiarazione resa dal M. al B., avendo voluto l'appellato riferire non una valutazione ma un fatto storico, ben sapendo come controparte contrattuale quale tipo di rapporto volesse instaurare con la P.. Chiedeva per tali ragioni l'accoglimento delle conclusioni trascritte in epigrafe.

Si costituiva e resisteva in giudizio M.F.F., ribadendo che non era stato provato l'esercizio del potere dispositivo e organizzativo del datore di lavoro, che non era stata provata la sussistenza del rapporto di lavoro essendosi limitata la P. a svolgere alcune mansioni per mera cortesia. Evidenziava che i clienti del centro avevano riferito che molti di loro aiutavano il M. e che non avevano visto la P. lavorare al centro ma frequentarlo come cliente. Precisava che anche la seconda cartella emessa dall'INPS per il periodo in cui la P. era stata socia della Sun In 41 s.r.l. era stata annullata con sentenza 413/05 del Tribunale di Ancona e con disconoscimento del rapporto di lavoro, sicché chiedeva il rigetto dell'appello proposto.

P.L. e l'Ancona Tributi s.p.a., nonostante la regolare notifica dell'atto introduttivo nei loro confronti, non si costituivano in giudizio e il Collegio ne dichiarava la contumacia in data 3.10.2008.

Con separato atto depositato in data 14.4.2006 P.L. proponeva appello avverso la suddetta sentenza, affermando che le risultanze istruttorie avevano provato la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Evidenziava, in particolare, che la scrittura della P. compariva sulla documentazione contabile e fiscale della ditta costantemente; che il legame di parentela di un teste con la ricorrente non poteva inficiarne l'attendibilità; che era pacifico tra le parti che il locale era aperto sempre, tranne il lunedì, anche durante la pausa pranzo; che era normale che chi era addetto alla pulizia dei locali lavorasse prima e dopo la chiusura dei locali medesimi o in orari di minore affluenza del pubblico. Sosteneva che il giudice di primo grado aveva errato laddove aveva ravvisato un elemento ostativo al riconoscimento della subordinazione nella dichiarazione resa dall'appellante, ove si affermava che si prendevano accordi giorno per giorno sugli orari, mentre era stata dimostrata la soggezione della lavoratrice al M. che unilateralmente fissava l'orario di lavoro della P. che si limitava a prenderne atto. Rimarcava che il M. aveva riferito all'ispettore di aver assunto la P. come dipendente per £. 300.000 al mese e di averla poi regolarizzata come socia al 5% per non pagare i contributi, licenziandola in seguito perché voleva una maggiore retribuzione. Dalla CTU era, inoltre, emerso che la prestazione di impiegata amministrativa era stata resa dalla P. in maniera costante e significativa, dovendo desumersi dal fatto che la P. avesse scritto le ricevute fiscali che era stata sempre lei a vendere i prodotti per conto del M.. Chiedeva per tali motivi la riforma della pronuncia impugnata.

Si costituiva e resisteva in giudizio M.F.F., proponendo le medesime argomentazioni già illustrate nel costituirsi come appellato a fronte dell'atto di impugnazione depositato dall'INPS avverso la medesima pronuncia.

L'INPS e l'Ancona Tributi s.p.a. nonostante la regolare notifica del ricorso in appello nei loro confronti non si costituivano in giudizio e il Collegio ne dichiarava la contumacia in data 3.10.2008.

All'udienza del 3 ottobre 2008, il Collegio dava lettura di dispositivo di sentenza non definitiva, disponendo per il prosieguo dell'istruttoria come da separata ordinanza.

DIRITTO - Va premesso che secondo l'insegnamento della Corte regolatrice, condiviso da questo Collegio, nel vigente sistema processuale l'impugnazione proposta per prima assume la qualifica d'impugnazione principale e determina la pendenza dell'unico processo nel quale sono destinate a confluire tutte le impugnazioni proposte contro la medesima sentenza. Le impugnazioni successive alla prima hanno perciò carattere di impugnazioni incidentali autonome, dirette cioè a tutelare un interesse non nascente dal gravame, ma rivolte contro un capo autonomo e diverso della pronuncia. Ne discende che, nel caso di appello, le impugnazioni successive alla prima, le quali — anziché essere state proposte nelle forme e nei termini di cui all'art. 343 c.p.c. (ovvero, nel processo del lavoro, di cui all'art. 436 c.p.c..) - sono state introdotte in via autonoma, non sono inammissibili, ma si convertono, per il principio di conservazione degli atti giuridici, in gravami inciden-

tali, purché proposte nel termine prescritto per quest'ultima impugnazione (Cass. SS.UU. 25.11.2003 n. 17981; 25.6.2002 n. 9232 (1); sez. I 14.11.2001 n. 14167; 16.3.2000 n. 3045; sez. II 6.12.2005 n. 26622 ord.; 17.2.2004 n. 3004; 2.8.2002 n. 11602; sez. III 19.4.2006 n. 9085; 18.10.2005 n. 20136; 28.5.2004 n. 10309; 2.4.2001 n. 4789).

Ne deriva che, essendo stato depositato per primo l'appello dall'INPS, quello proposto da P.L. va considerato gravame incidentale.

Ciò premesso, nel proprio atto di appello l'INPS ribadisce "l'eccezione di intervenuta inoppugnabilità del ruolo esattoriale sollevata con le note autorizzate del 22.3.2005". Invero dall'esame del fascicolo di primo grado non risulta che l'INPS abbia mai depositato note autorizzate recante data (o depositate in data) 22.3.2005, né tali note risultano depositate nel fascicolo di parte dell'appellante. Pertanto, tenuto anche conto della genericità dell'eccezione che non viene affatto illustrata nell'atto di appello, deve ritenersi del tutto inammissibile prima che infondata la doglianza in esame.

Nel merito, ritiene il Collegio che la pronuncia di primo grado vada riformata, laddove nega la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato intercorso tra le parti dal 23.1.1993 al 30.4.1996, che al contrario deve ritenersi provato dalle risultanze probatorie.

Si premette in punto di diritto che la giurisprudenza ritiene che l'elemento indefettibile del rapporto di lavoro subordinato - e criterio discretivo, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo - è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e non già soltanto al loro risultato. Hanno, al contrario, carattere sussidiario (Cass. 12033/1992 (2)) e funzione meramente indiziaria altri elementi del rapporto di lavoro (quali, ad esempio, la collaborazione, l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento della prestazione medesima nell'organizzazione aziendale e il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione), i quali - lungi dal surrogare la subordinazione o, comunque, dall'assumere valore decisivo ai fini della prospettata qualificazione del rapporto - possono, tuttavia, essere valutati globalmente, appunto, come indizi della subordinazione stessa (Cass. 2370/1998 (3)), tutte le volte che non ne sia agevole l'apprezzamento diretto a causa di peculiarità delle mansioni, che incidano sull'atteggiarsi del rapporto. Inoltre, non è idoneo a surrogare il criterio della subordinazione nei precisati termini neanche il *nomen iuris* che al rapporto di lavoro sia dato dalle sue stesse parti (cosiddetta autoqualificazione), il quale, pur costituendo un elemento dal quale non si può in generale prescindere, assume rilievo decisivo ove l'autoqualificazione non risulti in contrasto con le concrete modalità di svolgimento del rapporto medesimo (Cass. 4500/2007).

A ciò va aggiunto che, se è vero il principio richiamato anche nella pronuncia di primo grado, per il quale la tipologia di attività svolta dal lavoratore non è di per sé significativa della natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro, in quanto ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità di svolgimento (Cass. 2622/2004), è anche vero che tale principio è stato precisato dalle più recenti pronunce. In particolare, la Corte di Cassazione ha ritenuto che tale affermazione vada rettamente

intesa nel senso che molte attività possono essere svolte o in regime di subordinazione o in regime di autonomia, o per altro titolo, a seconda di come concretamente si configuri la prestazione, in dipendenza dalla volontà delle parti e dalle condizioni oggettive. Ex art. 1322 c.c. le parti hanno la libertà non di nominare come che sia il contenuto del loro contratto, ma di scegliere se svolgere la prestazione lavorativa convenuta secondo le modalità proprie del tipo legale della subordinazione o del lavoro autonomo, apprestandone coerentemente gli strumenti fattuali propri del tipo giuridico prescelto. Alcune volte, però, la volontà delle parti nulla può contro certe modalità richieste dal processo tecnologico applicato alla produzione del bene o servizio richiesto: ad esempio, il lavoro di fabbrica è il prototipo del lavoro subordinato, e sarebbe vano nominare autonomo il lavoro alla catena di produzione. Analogamente l'esecuzione del lavoro all'interno della struttura dell'impresa con materiali ed attrezzature proprie della stessa costituisce un forte indizio, che concorre a dar luogo al giudizio di sintesi sulla subordinazione (Cass. 11502/2000; Cass. 10043/2004; Cass. 5840/2002; per l'affermazione del metodo tipologico nella valutazione della onerosità e della subordinazione nei casi border line vedi Cass. 1024/1996; Cass. 3975/2001). Alla luce di tali considerazioni la Suprema Corte ha statuito il principio di diritto per il quale "la prestazione di attività lavorativa onerosa, all'interno dei locali dell'azienda, con materiali ed attrezzature proprie della stessa, e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato, in relazione alle caratteristiche delle mansioni svolte, comporta una presunzione di subordinazione che è onere di controparte vincere. Una volta provata la subordinazione, è onere del datore di lavoro provare i requisiti formali richiesti dalla legge per le tipologie contrattuali diverse dal rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato" (Cass. 18692/2007).

Tenendo presenti tali principi occorre verificare gli elementi emersi nel corso dell'istruttoria effettuata.

Si ritiene innanzitutto che sia stato sufficientemente provato che la P. ha svolto attività lavorativa a titolo retribuito e in modo continuativo per M.F.F. nel periodo 23.1.1993-30.4.1996 indicato in ricorso. Depongono innanzitutto in tal senso le risultanze della consulenza tecnica svolta sulle scritture contabili della ditta. È emerso, in particolare, che molte delle ricevute redatte nel periodo in esame sono state riempite con la grafia della P. per quanto riguarda il numero della ricevuta, la data, il trattamento ricevuto e l'importo erogato.

A ciò si aggiunga che lo stesso M. ha riferito all'ispettore B. di avere "assunto la P. come dipendente per £. 300.000 al mese e di averla poi messa come socia al 5% per non pagare i contributi e successivamente licenziata perché voleva di più". Afferma il Giudice di primo grado che tale dichiarazione non può considerarsi confessione in quanto la qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato (come si desume dall'espressione "assunto come dipendente") integra una valutazione e non un fatto come tale non può essere oggetto di confessione. Pur concordando sul principio di diritto per il quale la confessione non può avere ad oggetto valutazioni (Cass. 11881/2003), è indubbio che la dichiarazione del M. contenga fatti che sono stati riferiti all'ispettore B. e che valgono ai sensi dell'art. 2735 c.c. nei confronti del lavoratore come confessione stragiudiziale resa a terzo liberamente valutabile da parte del Giudice (Cass. 10825/2000, 12463/2003)

e nei confronti dell'Istituto appellante come confessione stragiudiziale resa alla parte. In particolare, il M. con la dichiarazione in esame ha riconosciuto che la P. ha lavorato per lui e che ha ricevuto una retribuzione mensile fissa, elemento questo indiziario della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. A ciò va aggiunto che dalle dichiarazioni del M. emerge la consapevolezza dell'obbligo contributivo che la prestazione della P. comportava, come desumibile dal tentativo di eludere tale obbligo dando una partecipazione societaria alla appellante, e la volontà delle parti di costituire un rapporto di lavoro subordinato come reso evidente dall'uso dell'espressione "assunto come dipendente".

Alla luce di tale volontà dei contraenti vanno verificate le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro così come descritte negli atti di causa. Al riguardo, si osserva che la lavoratrice ha fornito la propria prestazione in modo continuativo nei locali del datore di lavoro, svolgendo mansioni semplici e ripetitive quali quelle di pulizia dei locali, redazione di ricevute, apertura della porta ai clienti, fissazione degli appuntamenti, ricezione dei prodotti, non sopportando alcun rischio di impresa e percependo una retribuzione mensile fissa come confessato dal datore di lavoro, sicché può presumersi che il rapporto di lavoro si sia svolto nelle forme della subordinazione in conformità con la volontà espressa dal datore di lavoro nella dichiarazione resa all'ispettore B.. In particolare, si evidenzia che il M. non ha contestato le modalità di svolgimento della prestazione propria del lavoro subordinato, ma ha negato del tutto la sussistenza di una prestazione lavorativa asserendo che le sporadiche attività di rispondere al telefono o aprire la porta ai clienti erano state rese dalla P. a titolo di cortesia o in cambio di prestazioni estetiche del centro. Tale assunto è rimasto sprovisto di prova ed è del tutto smentito dalle dichiarazioni rese dallo stesso M. all'ispettore B., che attestano lo svolgimento di una prestazione lavorativa retribuita, sicché deve ritenersi che vi siano elementi sufficienti per sostenere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato intercorso tra le parti.

Si evidenzia, in particolare, che la continuità della prestazione resa emerge sia dalle risultanze della consulenza tecnica sia dalle deposizioni dei testi P.A. e T.L.. Dalla consulenza, cui si è già accennato, è, infatti, emerso che la P. ha provveduto a redigere una pluralità di ricevute in modo continuativo e per tutto il periodo oggetto di causa.

Tale continuità di svolgimento della prestazione lavorativa è stata, poi, confermata dalle deposizioni testimoniali. La teste P.A., dopo aver confermato il periodo in cui l'appellante ha prestato attività per il M., ha riferito di avere avuto modo di vedere durante la pausa pranzo che il M. dava disposizioni alla sorella P.L. in merito a pagamenti e pulizie, informandosi sul numero dei clienti e guardando l'agenda degli appuntamenti. Il Giudice di prime cure ha ritenuto la teste inattendibile sia per il vincolo di parentela con la ricorrente, sia perché la stessa ha riferito di essere andata a trovare la sorella circa due volte a settimana all'ora di pranzo mentre nel ricorso veniva precisato che la ricorrente lavorava all'ora di pranzo solo il sabato e gli altri giorni iniziava a lavorare alle 15, sia, infine, perché la teste ha riferito che il locale era chiuso all'ora di pranzo sicché non si comprenderebbe la presenza della P. e del M.. Al riguardo, si osserva che, invero, la teste P. ha riferito di avere anche accompagnato la ricorrente al lavoro oltre che di essere andata a trovarla all'ora di pranzo, sicché ben può essere accaduto che abbia sentito il M. dare le disposizioni sopra indicate alla P. in tali occasioni. D'altro canto, la teste ha

riferito in maniera approssimativa di essere andata a trovare la sorella “circa” due volte a settimana, né può escludersi che la P. abbia lavorato con orari diversi da quelli indicati in ricorso in quanto lei stessa ha riferito che si metteva d'accordo per l'orario giorno per giorno con il M.. Quest'ultimo, peraltro, ha precisato in sede di interrogatorio libero che il centro non era chiuso a pranzo, ma faceva orario continuato tranne il lunedì, circostanza che non è mai stata contestata dalla lavoratrice e può, pertanto, ritenersi pacifica.

Ciò premesso quanto all'attendibilità della teste, si osserva che le disposizioni date dal M., come riferite dalla teste P. A., e il controllo da lui effettuato sulle agende degli appuntamenti tenute dalla P. sono sufficienti a ritenere provato il potere dispositivo e di controllo proprio del rapporto di lavoro subordinato, tenuto conto che la semplicità delle mansioni assegnate non rendeva necessario né che le direttive fossero particolarmente specifiche, né che fossero ripetute nel tempo.

La teste T., madre della ricorrente, ha, poi, confermato anch'essa il periodo di svolgimento della prestazione lavorativa precisando di avere accompagnato al lavoro la figlia e di averla vista ricevere i clienti, accompagnarli all'uscita e rispondere al telefono, confermando che la P. a volte consumava il pranzo sul posto di lavoro tanto che la teste le portava da mangiare.

Lo svolgimento di prestazione lavorativa da parte della P. emerge anche dal libero interrogatorio reso dal M. che, entrando in contraddizione, afferma da una parte che era solo lui che provvedeva “alla tenuta della contabilità, alla firma delle bolle di accompagnamento, a ricevere i clienti, a rispondere al telefono, a prendere appuntamenti” e che “la P. non lavorava”, dall'altra che la P. “stava perciò sempre nei locali del centro, apriva la porta e cose di questo genere”. Peraltro, nel corso del giudizio il M. non ha dato prova alcuna della gratuità della prestazione fornita dalla P., prova che era onere del datore di lavoro fornire. Al riguardo, deve presumersi che l'attività lavorativa venga prestata a titolo oneroso secondo i criteri della normalità, dell'apparenza e della buona fede, a tutela del ragionevole e legittimo affidamento della parte interessata, sempre che non sussistano, invece, i presupposti per l'operare di una presunzione di gratuità, correlata alle situazioni in cui i criteri della normalità e dell'affidamento conducano ad un'opzione in tal senso (Cass. 17584/2004).

A fronte della chiara volontà delle parti riferita dal M. all'ispettore B. di porre in essere un rapporto di lavoro subordinato, della corresponsione di una retribuzione mensile fissa come confessato dal M. al medesimo ispettore, dello svolgimento continuativo di prestazioni semplici e ripetitive nei locali della ditta individuale dietro disposizioni del M. e sotto il controllo di questi, deve ritenersi sufficientemente provata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Non costituiscono, al contrario, elementi sufficienti a contrastare tale ricostruzione le deposizioni dei due clienti del M. escussi come testimoni. La teste C. ha riferito di avere visto la P. come cliente nel centro e ha precisato che a volte sostituiva il M. quando questi non era presente, come, peraltro, facevano anche gli altri clienti del centro abbronzatura per amicizia con il titolare: la circostanza che gli altri clienti svolgessero piccole mansioni come rispondere al telefono per mera cortesia non può portare ad escludere che il rapporto instaurato con la P. fosse, invece, di diversa natura. Peraltro, la teste C. ha iniziato a frequentare il centro alla fine del 1995, ossia pochi mesi prima della fine del rapporto di lavoro subordinato oggetto

di causa, sicché la sua deposizione in prevalenza si riferisce al periodo successivo all'aprile 1996. Si ricorda che, statuendo sul rapporto intercorso tra le parti nel periodo successivo all'aprile 1996, la pronuncia del Tribunale di Ancona n. 413/2005 ha negato la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato: in merito va, peraltro, tenuto presente che durante il suddetto lasso temporale la P. era socia della Sun In s.r.l., sicché la volontà delle parti era espressa in senso chiaramente inconciliabile con un rapporto di lavoro subordinato. Sotto tale profilo, non hanno rilievo alcuno le deposizioni testimoniali raccolte nel corso del giudizio da ultimo richiamato e riportate nella memoria di costituzione dell'appellato, trattandosi di giudizio attinente a periodo diverso in cui, fra l'altro, l'asserito rapporto di lavoro era intercorso tra la P. e la Sun In 41 s.r.l. e non tra la P. e il M. in proprio.

Il teste D. riferisce che aveva visto spesso la P. al centro abbronzatura; che a volte questa aveva sostituito, come anche gli altri clienti, il M.; che in particolare lo aveva sostituito quando il M. era andato in America. Non può darsi rilievo decisivo alla valutazione del teste sulla sussistenza di un rapporto di lavoro tra le parti ("non credo che lavorasse lì"), dovendo ritenersi provata per le ragioni sopra esposte la volontà di costituire un rapporto di lavoro subordinato, confermata dalle modalità di svolgimento della prestazione.

Con riferimento, poi, alla dichiarazione resa dall'ispettore B. all'udienza del 12.11.2001 ed evidenziata dall'appellato, per la quale in ordine a chiarimenti su una bolla di accompagnamento "la stessa ha dichiarato che nell'occasione della firma era lì per caso trattandosi di un'amica del titolare", va rilevato che invero l'ispettore parlava in quel frangente di "altra lavoratrice della medesima azienda che avevo rintracciato per aver notato la sua firma su una bolla di accompagnamento" e ha precisato che "comunque si trattava di un periodo diverso da quello in cui la P. dice di aver lavorato presso la ditta resistente". Dunque, si tratta di una dichiarazione del tutto irrilevante ai fini di causa, che, peraltro, conferma che alcuni clienti svolgevano a titolo di mera cortesia prestazioni occasionali, circostanza che non esclude che la prestazione della P. fosse, invece, fornita a fronte di una retribuzione, come peraltro confermato dallo stesso M. all'ispettore B..

Quanto, infine, alle dichiarazioni rese dalla P. in sede di interrogatorio libero relativamente al fatto che sull'orario della prestazione "si prendevano accordi il giorno per il giorno successivo", il Giudice di prime cure ha da ciò desunto la mancanza di un orario obbligatorio non concordato volta per volta, ma prefissato o imposto unilateralmente dal datore di lavoro. Invero, la dichiarazione non ha significato univoco e dirimente: da un lato, infatti, l'articolazione dell'orario di lavoro è un elemento non decisivo, ma meramente indiziario nella valutazione della sussistenza o meno di un rapporto di lavoro subordinato; dall'altro, la dichiarazione ben può essere considerata come prova dell'assenza di qualsiasi autonomia della P. sulla gestione della propria presenza presso il centro abbronzatura, dovendo questa essere giorno per giorno concordata con il datore di lavoro. Si aggiunga, inoltre, che nel periodo in cui il M. ammette di essere stato assente per un viaggio in America e di aver lasciato a lavorare nel centro abbronzatura la P., quest'ultima aveva dovuto rispettare l'orario di apertura del centro, indicato in sede di interrogatorio libero dallo stesso M. (lunedì dalle 16 alle 20, gli altri giorni dal martedì al sabato dalle 11 alle 20 con orario continuato), orario che presumibilmente è stato fissato dal M. quale titolare dell'attività, sicché per tale periodo vi è prova certa della sussisten-

za di un orario prefissato e imposto dal datore di lavoro alla lavoratrice.

Da tutto quanto esposto, deve ritenersi sufficientemente provata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato intercorso tra P.L. e M.F.F. nel periodo dal 23.1.1993 al 30.4.1996, con conseguente riforma della sentenza impugnata.

Si dispone come da separata ordinanza per il prosiegue relativo alla determinazione della retribuzione spettante alla P. e della contribuzione dovuta all'INPS, riservando ogni statuizione sulle spese alla pronuncia definitiva.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p.1175

(2) Idem, 1993, p.64

(3) Idem, 2000, p.181

Pensioni - Pensione di anzianità - Cumulo con redditi da lavoro - Calcolo dell'anzianità contributiva ex art. 44 comma 1 legge. n. 289/02 - Contribuzione figurativa per disoccupazione - Rilevanza - Esclusione

Corte di Appello di Brescia - 07.04.2009 n. 54 - Pres. e Rel. Nuovo - M.A. (Avv. Maglia) - INPS (Avv.ti Savona, Tagliente)

La contribuzione figurativa per la disoccupazione involontaria, ai sensi dell'art. 4 L. n. 218/1952, è utile soltanto per l'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti e non è utilizzabile ai fini del diritto alla pensione di anzianità; ne consegue che nel calcolo dell'anzianità contributiva ai fini del regime della cumulabilità totale tra redditi di lavoro e pensione di anzianità di cui all'art. 44 co. 1 L. n. 289/02, non si tiene conto di tale contribuzione figurativa.

FATTO - Con sentenza del 13.5.2008 il Tribunale di Cremona respingeva la domanda proposta da M.A. intesa ad ottenere la declaratoria della legittimità di cumulo totale tra la pensione di anzianità e il reddito da lavoro autonomo ai sensi dell'art. 44 comma 1 L. 289/02, perché non in possesso alla data del 1.10.2005 del requisito contributivo minimo previsto dalla legge.

Proponeva appello la M. contestando la circostanza che dei contributi figurativi di disoccupazione non si dovesse tener conto quando la pensione veniva richiesta da chi aveva già 37 anni di contribuzione, atteso che la norma si riferirebbe al diverso caso della pensione richiesta da chi ha solo 35 anni di contribuzione; contestava comunque la statuizione che, a fronte della complessità della normativa, l'aveva condannata alla rifusione delle spese all'INPS.

Si costituiva l'INPS per la conferma.

All'odierna udienza le parti discutevano e la Corte decideva con sentenza del cui dispositivo veniva data immediata lettura.

DIRITTO - La norma invocata così recita "1. A decorrere dal 1° gennaio 2003, il regime di totale cumulabilità tra redditi da lavoro autonomo e dipendente e pensioni di anzianità a carico dell'assicurazione generale obbligatoria e delle forme sostitutive, esclusive ed esonerative della medesima, previsto dall'articolo 72, comma 1, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, è esteso ai casi di anzianità contributiva pari o superiore ai 37 anni a condizione che il lavoratore abbia compiuto 58 anni di età. I predetti requisiti debbono sussistere all'atto del pensionamento", con la conseguenza che per il calcolo dell'anzianità contributiva deve farsi riferimento al possesso di 1924 contributi utili.

Sostiene l'appellante che nel calcolo totale dovrebbe tenersi conto integralmente anche dei contributi figurativi per disoccupazione in quanto la disposizione che ne esclude l'utilizzo si riferisce al diverso caso della pensione di anzianità conseguita con soli 35 anni di contributi.

La tesi non è fondata.

Dal chiaro tenore testuale emerge che, per valutare se l'anzianità contributiva sia pari o meno a 37 anni, l'INPS debba procedere a valutare, secondo le regole generali, quale sia la contribuzione utile per il diritto a pensione, ovvero, se più favorevole, la contribuzione utile per la misura del trattamento pensionistico.

Non è contestato che la situazione contributiva della M. all'atto della liquidazione del trattamento pensionistico di anzianità, e quindi alla data del 1.10.2005, era, secondo l'estratto conto assicurativo (doc. 1 Inps) di 1222 contributi settimanali nella Gestione Artigiani dell'Inps; 546 contributi settimanali nella Gestione Obbligatoria dei Lavoratori Dipendenti; 72 contributi settimanali figurativi per maternità; 26 contributi settimanali figurativi per disoccupazione involontaria; 77 contributi settimanali volontari (che si riducono nel calcolo relativo alla misura a 31 effettivi).

Per poter raggiungere il requisito dei 1924 contributi utili per il diritto occorre necessariamente (altrimenti il calcolo arriverebbe a solo 1917 contributi) tener conto delle 26 settimane di contributi figurativi per maternità (che portano il conto totale a 1943) che invece contano solo ai soli fini della misura della pensione e non per il conseguimento del diritto; per converso, le 77 settimane di contribuzione volontaria possono essere interamente computate ai fini del diritto alla pensione, ma non ai fini della misura del trattamento, dovendo, a tale scopo, essere ridotte a 31 settimane.

Quindi in entrambi i casi i contributi totalizzati non sono sufficienti essendo in totale, come già detto, 1917 contributi settimanali utili per il diritto alla pensione di anzianità oppure 1897 contributi settimanali utili per la misura della pensione.

La normativa che regola infatti la contribuzione figurativa utile al calcolo e la misura della stessa è stata introdotta dall'art. 4 della legge aprile 1952 n. 218, che ha imposto di considerare i periodi per i quali è stata corrisposta l'indennità ordinaria di disoccupazione, alla stregua di periodi di contribuzione versata "nell'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti" e la giurisprudenza di legittimità ha, conseguentemente, sempre interpretato la norma nel senso che la contribuzione figurativa per la disoccupazione involontaria è utile soltanto per l'assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia e non anche per quella

dell'anzianità, e nel senso, inoltre, che il periodo di contribuzione figurativa non può essere coperto anche da contribuzione volontaria, "in quanto la pensione di anzianità non è stata istituita per soddisfare un bisogno della generalità dei cittadini, bensì come premio per il lavoro effettivamente prestato, conferito sotto forma di pensione transitoria (che si trasforma, col raggiungimento dei limiti di età, in pensione di vecchiaia), senza che possa ipotizzarsi alcuna disparità di trattamento fra i lavoratori occupati ed i lavoratori disoccupati, ai quali provvede già il sistema ordinario di previdenza" (così Cass. 5310/79 e più di recente 21824/04).

Come esattamente evidenzia l'INPS, la non utilizzabilità della contribuzione figurativa per disoccupazione ai fini del diritto alla pensione di anzianità è stata, inoltre, indirettamente ribadita dalla stessa legge istitutiva di tale forma pensionistica. L'art. 22 della legge 30.4.1969 n. 153, nell'elencare i requisiti per l'accesso alla pensione di anzianità, alla lettera b), testualmente richiede che si possano far valere "almeno 35 anni di contribuzione effettiva in costanza di lavoro, volontaria e figurativa accreditata a favore degli ex combattenti, militari e categorie assimilate, nonché quella di cui al quarto comma del successivo art. 49" (cioè concernente i perseguitati politici).

La norma, quindi, è chiarissima nello specificare espressamente quali sono le categorie di contribuzione figurativa computabili ai fini del diritto a pensione di anzianità escludendo dal computo la contribuzione figurativa per disoccupazione involontaria.

La sentenza di primo grado, che ha correttamente applicato questi principi, deve essere confermata anche se la complessità della normativa rinevedeva fin dal primo grado inopportuna la rigida applicazione del principio della soccombenza, operata dal primo giudice.

Ne consegue che, in parziale riforma della sentenza, le spese processuali di primo grado devono essere compensate e, attesa la parziale soccombenza, meritano l'integrale compensazione anche quelle ulteriori del presente grado.

(Omissis)

Lavoro (rapporto di) - Assenza di qualificazione contrattuale - Qualificazione secondo l'assetto fattuale del rapporto - Prestazioni discontinue ma rese secondo indici di subordinazione - Lavoro subordinato - Sussistenza - Possibilità del prestatore di rifiutare la prestazione - Non rileva.

Corte di Appello di Brescia - 24.01.2009 n. 474/2008 - Pres. Nora - Rel. Terzi - D.G. srl (Avv.ti Giustino, Bona) - INPS (Avv.ti Collerone, Tagliente).

Laddove, in un rapporto di lavoro, non esista un contratto scritto e non sia dunque stata espressa una volontà formale circa la natura del rapporto stesso, occorre fare esclusivo riferimento, ai fini qualificatori, alle modalità di esecuzione della prestazione che, ove escluda qualsiasi margine di discrezionalità, non può

essere considerata un'obbligazione di risultato e quindi di natura autonoma; la natura subordinata del rapporto non è esclusa dal fatto che il prestatore fosse libero di rifiutare la prestazione in relazione ai propri impegni personali, poiché le prestazioni, rese secondo turni e secondo le direttive di un delegato del datore di lavoro, venivano ad atteggiarsi come tanti, distinti rapporti di lavoro venuti in essere a seguito di ogni singola chiamata per il numero di ore predeterminato dal datore di lavoro (fattispecie in tema di camerieri di ristorante).

FATTO - Con ricorso depositato il 24.4.08 la D.G. srl proponeva appello contro la sentenza n. 126/08 del Tribunale di Bergamo, con la quale era stata respinta la sua opposizione alla cartella esattoriale notificata dalla Bergamo Esattorie per il pagamento dei contributi previdenziali dovuti all'INPS ed omessi, relativi ai rapporti di lavoro intercorsi con vari lavoratori occupati nel periodo da gennaio 2000 ad aprile 2001, avendo il giudice di primo grado ritenuto provata la natura subordinata dei rapporti medesimi.

Lamentava l'appellante l'erronea valutazione della prova orale assunta, essendosi trattato di collaborazioni di lavoro autonomo, sporadiche a chiamata, per aiuto estemporaneo nella gestione dell'albergo di sua proprietà.

Si costituiva in giudizio l'INPS, anche quale mandatario della SCCI spa, contestando gli argomenti svolti a sostegno della impugnazione.

All'udienza del 13.11.08 la causa veniva discussa e decisa come da separato dispositivo, del quale veniva data lettura.

DIRITTO - Con ampi richiami alla giurisprudenza di legittimità sulla distinzione fra rapporto di lavoro subordinato ed autonomo e sulla natura della prova che deve essere data dall'Istituto in ordine al vincolo della subordinazione, l'appellata contesta che sulla base degli elementi di prova acquisiti sia stata dimostrata la subordinazione nella esecuzione delle prestazioni rese dalle lavoratrici, che hanno prestato lavoro nell'albergo gestito dalla società in via continuativa per un certo periodo o chiamate di volta in volta secondo le necessità.

Ritiene la Corte che debba innanzi tutto essere operata una distinzione fra la posizione di G.A. e quelle di tutte le altre lavoratrici.

G.A. ha riferito di avere sottoscritto un contratto di lavoro autonomo, di essere stata retribuita con un compenso mensile, ma di avere goduto di piena libertà di orario, senza computo di ore lavorate, essendo richiesto solo di garantire l'effettiva esecuzione dei compiti che le erano demandati. È quindi evidente che la prestazione a lei richiesta è stata una prestazione di risultato, pienamente compatibile con un rapporto di lavoro autonomo.

Osservazioni completamente diverse vanno invece svolte per quanto riguarda tutti gli altri lavoratori che hanno svolto mansioni di addetti alle pulizie ai piani, addetti al bar e al volantinaggio.

La prima osservazione che si impone è che non esistono contratti di lavoro scritti, a cui fare riferimento per verificare se sia stata espressa in modo formale una volontà

contrattuale circa la natura del rapporto di lavoro che sarebbe intercorso fra le parti. Questi lavoratori hanno prestato la loro opera per alcuni periodi di tempo continuativi o si sono, via via nel tempo e nel periodo considerato, presentati a rendere le loro prestazioni a chiamata, al di fuori di un rapporto continuativo, secondo le esigenze occasionali e sporadiche della società. In base alle dichiarazioni rese da alcune delle lavoratrici interessate è inoltre da escludere che una volontà espressa anche solo verbalmente sia mai stata manifestata, ancorché solo a fini definitivi, in ordine alla natura subordinata o no dei rapporti di lavoro, nessuna di loro ricorda di avere mai affrontato la questione della natura del rapporto di lavoro.

Non essendo stata espressa alcuna volontà contrattuale in merito, non resta che fare riferimento all'oggetto e alle modalità di esecuzione della prestazione al fine di stabilire la natura del rapporto.

Le prestazioni di lavoro hanno avuto per oggetto il servizio di pulizia ai piani sotto la direzione di una capo cameriera, in base a orari e turni prestabiliti da quest'ultima o comunque dalla datrice di lavoro, con obbligo di avvisare e giustificare le assenze (v. dep. L.S., L.C.) o il servizio in cucina, al bar o ai tavoli e altre mansioni accessorie o connesse (v. dep. C.S., G.M., F.G.).

In assenza di una volontà contrattuale espressa di diverso contenuto e in ragione della estrema semplicità delle mansioni a mero contenuto esecutivo, della retribuzione oraria e della circostanza che le mansioni man mano eseguite erano quelle specificamente indicate dai preposti ai vari servizi, non si può che condividere la valutazione espressa dal giudice di primo grado in ordine alla natura subordinata del rapporto. Non è emerso infatti dall'istruttoria alcun margine di discrezionalità per oggetto, tempo e modalità di esecuzione, che consenta di affermare la natura autonoma della collaborazione. E la natura della prestazione porta anche ad escludere che l'obbligazione assunta dalle cameriere possa essere considerata una obbligazione di risultato, anziché obbligo di mettere a disposizione del datore di lavoro le energie lavorative, indirizzate dallo stesso sull'uno o l'altro compito secondo le necessità contingenti.

In senso contrario non si può argomentare, come vorrebbe l'appellante, dal fatto che per le collaborazioni chieste di volta in volta i lavoratori erano liberi di rifiutare la chiamata in relazione a loro scelte e impegni personali. Non si è trattato infatti di un unico rapporto di lavoro con ciascuno di loro, ma di tanti, distinti rapporti di lavoro subordinato, che si sono instaurati e che sono cessati nel corso del tempo, a seguito della accettazione di ogni singola chiamata per il numero di ore predeterminato o determinato in relazione alle esigenze del ristorante.

E neppure un valido argomento in senso contrario può essere tratto dal fatto che per alcuni lavoratori si sia trattato di riempitivi o integrazioni rispetto ad altre occupazioni, anzi il contenuto estremamente semplice e ripetitivo della mansioni e le verosimili qualità personali e intellettive di questi lavoratori (studentessa universitaria, insegnante), danno conto del fatto che sul piano operativo i medesimi fossero in grado di svolgere la prestazione senza necessità di costante supervisione e controllo.

L'appello va pertanto accolto solo per quanto riguarda il rapporto di lavoro intercorso con G.A..

Le spese processuali di ambo i gradi vengono compensate per un terzo, con condanna dell'appellante alla rifusione in favore dell'INPS dei residui due terzi delle spese stesse, liquidate nell'intero per il primo grado come nella sentenza impugnata e per il secondo grado in complessivi € 1.800,00, di cui € 750,00 per diritti e € 1.000,00 per onorari.

(*Omissis*)

Pensioni - Benefici per esposizione all'amianto - Assicurato con contributi superiori al limite di 2080 cumulando la contribuzione da lavoro autonomo - Non spettano

Corte d'Appello di Genova - 21.01.2009 n. 1041/2008 - Pres. e Rel. Russo - M.A. (Avv. Valettini) - INPS (Avv. Lo Scalzo) - INAIL

Non spetta il diritto alla rivalutazione dei contributi per esposizione ad amianto qualora il richiedente abbia già maturato il limite massimo di 2080 contributi settimanali, anche se mediante cumulo di contributi da lavoro subordinato e da lavoro autonomo.

FATTO - Il signor A.M. adiva il giudice del lavoro del Tribunale della Spezia e chiedeva - avendo inutilmente adito la via amministrativa - il riconoscimento del diritto alla rivalutazione contributiva ex art. 13, comma 8, L. n. 257 del 1992 per essere stato esposto per oltre 10 anni ad amianto durante il periodo in cui era stato dipendente della Ditta F.F. di Sestri Levante, descrivendo l'ambiente di lavoro e le mansioni espletate; all'uopo citava in giudizio l'INPS e l'INAIL.

Si costituiva l'INPS che eccepiva l'inammissibilità della domanda giudiziale, per non essere stata preceduta da quella amministrativa e per carenza di interesse ad agire in quanto il ricorrente già aveva accreditate oltre n. 2080 settimane contributive, esattamente 2111, avendo cumulato quelle da lavoratore subordinato con quelle da lavoratore autonomo. Nel merito, resisteva al ricorso, chiedendone la reiezione.

Si costituiva anche l'INAIL che eccepiva l'inammissibilità della domanda nei suoi confronti per carenza di legittimazione passiva.

Il Tribunale, senza svolgere alcuna attività istruttoria, decideva la causa respingendo la domanda in quanto non è possibile superare il limite di 2080 contributi settimanali anche facendo il cumulo tra gestioni diverse.

Avverso tale sentenza ha proposto appello il M. richiamando l'art. 16 della l. 233/1999 secondo il quale per la misura della pensione liquidata in una gestione auto-

noma con cumulo dei periodi assicurativi la liquidazione deve avvenire con la “totalizzazione” cioè con la sommatoria delle varie quote di pensione. Richiamava in proposito una circolare INPS che confermava la sua tesi.

Si costituiva l’INPS che chiedeva venisse dichiarata l’inammissibilità dell’appello perché fondato su una circolare che riguardava un caso diverso ed insisteva per il rigetto dell’appello, ribadendo l’impossibilità di accreditare oltre 2080 contributi.

La causa veniva decisa all’udienza odierna mediante lettura del dispositivo al termine della discussione orale.

DIRITTO - Ritiene questa corte che la proposta impugnazione debba essere respinta, ma che sia ammissibile, dato che il M. ha in primo luogo fatto valere come motivo di impugnazione una sua interpretazione dell’art. 16 della l. 233/99.

Nel merito la domanda del M. è infondata. È pacifico che lo stesso - che ha un totale di 2110 contributi - ha prestato vari anni di attività lavorativa (durante i quali sarebbe stato esposto ad amianto) quale lavoratore subordinato presso la F.I.T. ma ha contribuzione versata non solo presso il fondo lavoratori dipendenti (1284) ma anche nella gestione lavoratori autonomi (826) figurativi per CIGS nella gestione artigiani e in quella coltivatori diretti.

Ad avviso del ricorrente anche se nella singola gestione non è possibile superare il tetto dei contributi (2080) ciò è possibile sommando le quote pensionabili tra gestioni diverse e ciò in base all’art. 16 l. 233/99.

Preliminarmente si rileva che la circolare INPS richiamata dall’appellante non solo non riguarda il caso in questione, ma si limita ad affermare l’esistenza del limite di 2080 contributi nell’ambito della singola gestione, ma ciò non autorizza a farle dire che è possibile superare il limite sommando le contribuzioni di gestioni diverse.

Inoltre la tesi sostenuta dal M. non appare condivisibile perché in contrasto con la costante giurisprudenza della Suprema Corte che ha ritenuto che dei benefici collegati all’esposizione all’amianto possa fruire soltanto chi non ha raggiunto la massima prestazione sulla base di 40 anni di contribuzione.

Ed ancora, si rileva che sul divieto di superamento del predetto tetto di contributi si è recentemente espressa, in una situazione analoga, la S.C. con sentenza n. 18569 del 7 luglio 2008(1) che ha ribadito il principio dell’unità del rapporto previdenziale, che permane anche quando i contributi siano stati versati a gestioni diverse; esaminando il problema se il limite debba operare all’interno di ogni singola gestione o complessivamente, ha osservato che appare condivisibile la seconda opinione, stante il limite dei 2080 contributi settimanali:

“In tal senso depongono, pur in mancanza di dati testuali che espressamente la confermino, elementi di carattere logico - sistematico.

In primo luogo deve tenersi presente che l’art. 16, pur facendo riferimento alla tecnica di riconoscimento del diritto alla pensione e di liquidazione della stessa utilizzata ai fini del coordinamento di sistemi pensionistici diversi sul piano comunitario o internazionale e più di recente anche sul piano interno (sistema della totalizzazione dei periodi contributivi e delle liquidazione di “pro-rata” nell’ambito di ciascuno di essi), presenta la particolarità sostanziale di essere funzionale al semplice coordinamento della gestione ordinaria e delle gestioni speciali nell’ambito dell’unitario regime di assicurazione

generale obbligatoria, caratterizzato da regole di base uniformi e ormai anche da ampia omogeneità riguardo alle tecniche operative di dettaglio.

Si verifica quindi un cumulo di contributi effettivo e non meramente virtuale e la liquidazione di una pensione unitaria e non di pensioni diverse, collegate, in qualche misura, solo funzionalmente.

In secondo luogo deve riconoscersi che il limite massimo di anni di contribuzione è stato introdotto, sia nel fondo lavoratori dipendenti (cfr. la L. 27 aprile 1968, n. 488, art. 5, comma 1, e la relativa tabella D, successivamente sostituita dalla tabella B e poi dalla tabella C, allegata alla L. n. 153 del 1969, a norma dell'art. 11 di questo testo), sia nei fondi speciali per i lavoratori autonomi, contemporaneamente all'introduzione del sistema c.d. retributivo (o analogo) di liquidazione delle pensioni (ricalcandosi anche sotto tale profilo le regole dei sistemi pensionistici del pubblico impiego), quale limite dei benefici che ordinariamente arreca al lavoratore il sistema retributivo di calcolo delle pensioni, con la sua valorizzazione, tendenzialmente, dei livelli di retribuzione (o di reddito) degli anni più favorevoli anche con riferimento ai periodi iniziali o comunque meno fortunati dell'attività lavorativa.

Il primo di tali elementi autorizza la considerazione unitaria del sistema pensionistico e il secondo evidenzia che non vi è ragione perché non operi il limite in questione nel caso di liquidazione di una pensione col sistema c.d. retributivo (o corrispondente) per il solo fatto che si procede al cumulo di contributi relativi a gestioni diverse.

E proprio il caso in esame mette in luce la ingiustificata disparità di trattamento a cui condurrebbe una diversa soluzione. Otterrebbe infatti un più favorevole trattamento il lavoratore che possa cumulare ai quaranta anni di contribuzione nel fondo per i lavoratori dipendenti anni di contribuzione presso un fondo dei lavoratori autonomi, rispetto al lavoratore che invece posseda analogamente più di quaranta anni di contributi, ma tutti nel fondo per i lavoratori dipendenti.

Con riferimento alla specie, quindi, non deve ritenersi possibile, diversamente da quanto ritenuto dal giudice a quo, cumulare alla quota di pensione derivante da 40 anni di contribuzione nel fondo per i lavoratori dipendenti una quota di pensione calcolata sulla base della contribuzione versata nel fondo per i coltivatori diretti e gli altri lavoratori autonomi dell'agricoltura".

Consegue il rigetto della proposta impugnazione; la novità della questione impone la totale compensazione tra le parti delle spese del presente grado del giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2008, p. 728

Processo civile - Cartella di pagamento contributi - Opposizione agli atti esecutivi - Eccezione di prescrizione - Inammissibilità

Corte d'Appello di Genova - 22.12.2008 n. 934 - Pres. Russo - Rel. Ravera - Hotel B.S. s.r.l. (Avv.ti Frotti, Rossi) - INPS-SCCI (Avv.ti Iovino, Pisanu) - Equitalia Sestri s.p.a. (Avv. Trifoglio)

In sede di giudizio di opposizione agli atti esecutivi non è possibile eccepire la prescrizione dei contributi, che avrebbe dovuto essere proposta con l'opposizione ex art. 24 l. 46/99, nel termine perentorio di quaranta giorni dalla notifica della cartella.

FATTO - Con ricorso depositato il 16.11.2007 la Hotel B.S. s.r.l. proponeva appello avverso sentenza del Tribunale di Savona che aveva respinto l'opposizione a cartella esattoriale con cui Equitalia spa, nella qualità di Concessionario del servizio nazionale di riscossione per la Provincia di Savona, aveva intimato alla società di pagare, all'INPS, la somma di € 6.703,65 a titolo di contributi e somme aggiuntive per omesso versamento di contributi relativamente al periodo maggio-novembre 1989.

La Società appellante riproponeva le questioni sollevate con il ricorso di primo grado e cioè vizio di nullità e/o inesistenza della cartella di pagamento oggetto di impugnazione per mancanza della relazione di notifica; difetto di motivazione della cartella impugnata; decadenza per l'iscrizione a ruolo dei crediti.

Riproponeva inoltre l'eccezione prescrizione sollevata solamente alla udienza di discussione.

Si sono costituiti in giudizio INPS, anche nella qualità ed Equitalia che hanno chiesto il rigetto del gravame.

Alla odierna udienza i difensori discutevano la causa che veniva decisa dal Collegio con separato dispositivo di cui veniva data pubblica lettura.

DIRITTO - L'appello è infondato.

Risulta dagli atti (ma lo afferma anche il ricorrente nel ricorso introduttivo del giudizio) che la notifica della cartella esattoriale sia avvenuta a mezzo del servizio postale in data 28.7.2006 (v. in particolare doc. 7 Equitalia): la sottoscrizione nell'avviso di ricevimento non risulta né contestata né disconosciuta, sicché la doglianza si appalesa del tutto infondata emergendo documentalmente la data di ricevimento della cartella esattoriale. Infatti l'art. 12 del d. lgs. 46/99 ha modificato il primo comma dell'art 26 dpr 602/73 prevedendo che la notifica della cartella esattoriale possa "essere eseguita anche mediante invio di raccomandata con avviso di ricevimento; in tal caso, la cartella è notificata in plico chiuso e la notifica si considera avvenuta nella data indicata nell'avviso di ricevimento sottoscritto da una delle persone previste dal secondo comma".

Ed è ciò che è avvenuto nel caso in esame, sicché dalla data del 28 luglio 2006 decorrevano i termini per l'opposizione che pertanto è tardiva perché riguardando doglianze relative a vizi formali della cartella opposta, doveva avvenire nella forma dell'opposizio-

ne agli atti esecutivi e quindi nel termine di 5 giorni ex art. 617 cpc, mentre l'opposizione è avvenuta pacificamente oltre tale termine (cartella notificata appunto il 28.7.2006 e ricorso depositato il 24 agosto 2006: sulla natura dell'opposizione per vizi propri della cartella quale opposizione agli atti esecutivi cfr. Cass. sez. un. 562/000). Sul punto ancora di recente così si è pronunciata la Suprema 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 - con la quale si fanno valere i vizi di forma del titolo esecutivo, ivi compresa la carenza di motivazione dell'atto - è prevista dall'art. 29, secondo comma, che per la relativa regolamentazione rinvia alle "forme ordinarie", e non dall'art. 24 dello stesso d. lgs., che si riferisce, invece, all'opposizione sul merito della pretesa di riscossione. Ne consegue che l'opposizione agli atti esecutivi prima 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, non assumendo alcuna rilevanza, invece, l'assenza di accertamenti e delle relative contestazioni, trattandosi di adempimenti previsti per l'irrogazione delle sanzioni amministrative e non per l'esazione di contributi e somme aggiuntive" (Cass. 8 luglio 2008 n. 18691).

Deve pertanto concludersi che tutte le questioni attinenti la regolarità della cartella esattoriale (assoluta mancanza di motivazione, violazione del termine per l'iscrizione a ruolo dei crediti) non possono essere prese in esame perché dovevano essere denunciate con l'opposizione agli atti esecutivi, opposizione che nel caso in esame è tardiva.

Anche la sollevata eccezione di prescrizione risulta inammissibile, prima che tardiva (come ritenuto dal tribunale) o infondata.

Infatti il *thema decidendum*, così come fissato dall'appellante nell'atto di opposizione alla cartella esattoriale riguardava solo ed esclusivamente vizi formali e non introduceva alcuna questione relativa al merito. In altri termini il merito concernente la debenza o meno della contribuzione non ha mai formato oggetto di opposizione.

L'eccezione di prescrizione pertanto, non è tardiva per le ragioni ritenute dal tribunale (essendo al riguardo esatto quanto affermato in atto di appello dall'appellante in ordine alla rilevanza di ufficio della prescrizione previdenziale, attesa la non ricevibilità da parte dell'Istituto dei contributi prescritti), ma perché essendo questione relativa al merito, e non ai vizi di forma del titolo esecutivo, non poteva assumere rilievo nell'opposizione agli atti esecutivi, ma doveva essere proposta con l'opposizione ex art. 24 l. 46/99. Il che non è avvenuto. Pertanto con l'eccezione di prescrizione, sollevata per la prima volta all'udienza del 8 giugno 2007, eccezione che attiene come si è detto al merito della controversia, il ricorrente ha finito con l'allargare l'oggetto iniziale della domanda (vizi di forma del titolo esecutivo, cioè della cartella) con ciò introducendo da un lato questione che andava proposta entro il termine perentorio di 40 giorni previsto per le opposizioni che attengono al merito, dall'altro una difesa che apparteneva ad un ambito (quello del merito) mai appartenuto alla presente causa.

Conseguentemente l'appello deve essere rigettato e la sentenza di primo grado, seppure con motivazione in parte diversa, deve essere confermata.

Le spese del grado nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza.

(*Omissis*)

Processo civile - Contributi - Opposizione alla iscrizione a ruolo - Motivi - Non contestazione sull'*an* - Costituzione dell'ente previdenziale - Oneri probatori

Corte d'Appello di Genova - 17.11.2008 n. 857 - Pres. Russo - Rel. Ravera - INPS-SCCI (Avv. Lo Scalzo) - G.D. (Avv. Picasso) - GEST LINE spa

Qualora l'opponente all'iscrizione a ruolo abbia eccepito solo la prescrizione dei contributi e la quantificazione delle somme, l'ente previdenziale non ha alcun onere di provare l'an della obbligazione contributiva, non oggetto di contestazione, sicché la cartella di pagamento può essere confermata anche in caso di nullità della costituzione in giudizio dell'ente.

FATTO - Con ricorso depositato il 19.4.2005 l'INPS proponeva appello avverso sentenza del Tribunale di Chiavari che aveva accolto l'opposizione a cartella esattoriale con cui Gest Line s.p.a., nella qualità di Concessionario del servizio nazionale di riscossione per la Provincia di Genova, aveva intimato alla G. di pagare, all'INPS di Sestri Levante, la somma di € 7.493,79 a titolo di contributi IVS fissi/percentuale sul minimale, somme aggiuntive per omesso versamento di contributi fissi o entro minimale, ulteriori somme aggiuntive per omesso versamento di contributi IVS fissi o entro il minimale, ulteriori somme aggiuntive per gli anni 1998, 1999, 2000, 2001.

Il Tribunale aveva risolto la controversia sull'eccezione di nullità della costituzione in giudizio dell'Istituto (memoria di costituzione dell'Istituto non sottoscritta dal difensore) con conseguente impossibilità per l'ente di provare il fondamento del credito azionato.

L'Istituto rilevava l'erroneità della decisione tenuto conto che in materia di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e superstiti degli artigiani e dei commercianti, l'obbligo contributivo sorge *ex lege* sul semplice presupposto dell'iscrizione del soggetto contribuente negli albi, e sull'ulteriore presupposto dell'effettivo svolgimento di attività artigiana o commerciale, sicché sull'ente previdenziale non gravava alcun onere probatorio circa la sussistenza del credito contributivo.

Nel merito rilevava che era fondata l'eccezione di prescrizione per l'anno 1998 e prima rata 1999.

Si costituiva in giudizio la G. che chiedeva la conferma dell'impugnata sentenza.

Alla odierna udienza i difensori discutevano la causa che veniva decisa dal Collegio con separato dispositivo di cui veniva data pubblica lettura.

DIRITTO - Nell'atto di opposizione alla cartella esattoriale la G. non ha contestato di essere iscritta alla gestione commercianti ma, nell'ordine, ha eccepito la prescrizione e nel merito ha contestato la chiarezza delle poste relative all'anno 1999 ed ha eccepito due pagamenti e l'erroneità della quantificazione delle sanzioni.

Pertanto nessun onere probatorio aveva l'Istituto non sussistendo specifiche contestazioni in ordine all'an del credito azionato, che pertanto era sorto *ex lege*.

La nullità della costituzione in giudizio dell'Istituto non poteva quindi compor-

tare l'annullamento della cartella perché, in mancanza di contestazione sull'iscrizione alla gestione commercianti, i contributi erano comunque dovuti, sicché era l'opponente che doveva dare la prova dell'estinzione del credito richiesto con la cartella.

Peraltro è in parte fondata l'eccezione di prescrizione, come del resto riconosciuto dallo stesso Istituto, e ciò per le poste della cartella relativa all'anno 1998 e alla prima rata del 1999. La retribuzione residua, invece, non è prescritta. Infatti il *dies a quo* per calcolare la prescrizione del credito più risalente (2ª rata 1999) è la data del 17.8.1999 in quanto la seconda rata andava versata entro il 16.8.1999. Pertanto la cartella di pagamento in quanto notificata il 10.8.2004 ha interrotto il termine di prescrizione quinquennale che sarebbe spirato il successivo 16 agosto.

Nel corso di questo grado la Corte ha autorizzato la G. a depositare documenti reddituali e l'INPS ha effettuato uno sgravio pari a € 513,44 che ha inciso sulla 2ª rata 2001. Sul credito residuo l'INPS ha quindi elaborato conteggi che ha depositato all'udienza del 11.7.2008 e sui quali l'appellata non ha fatto osservazione alcuna.

In conclusione, considerato l'originario importo della cartella (€ 7.493,79) e tenuto conto dello sgravio del 22.11.2007 (513,44), e dell'eccezione di prescrizione, il credito residuo risulta pari a € 4.057,40 di cui € 3.210,72 per contributi (2ª, 3ª e 4ª rata 1999, 1ª, 2ª, 3ª e 4ª rata 2000, residuo 2ª rata 2001 - la 1ª rata 2001 non era ab origine contenuta nella cartella opposta) e € 846,68 per sanzioni calcolate alla data dell'iscrizione a ruolo, il tutto come, da conteggio depositato e non contestato (v. note esplicative, del 26.9.2008).

La cartella deve quindi essere annullata per la parte eccedente la somma di € 4.057,40.

Le spese del primo grado del giudizio vengono integralmente compensate, mentre quelle di questo grado vengono compensate per metà tenuto conto dell'accoglimento del gravame ma della parziale soccombenza dell'Istituto. La frazione residua, nella misura indicata in dispositivo è posta a carico dell'INPS.

(Omissis)

Pensioni - Benefici per esposizione all'amianto - Titolare di pensione dopo la legge n. 257 del 1992 e prima della legge n. 271 del 1993 - Requisiti di accesso

Corte d'Appello di Genova - 20.10.2008 n. 840 - Pres. e Rel. Russo - M.C. (Avv. Storace) - Inps (Avv. Capurso)

Posto che principio fondante del nostro ordinamento pensionistico è quello secondo cui la pensione deve essere liquidata sulla base della legge vigente al momento del conseguimento del diritto, il pensionato con decorrenza anteriore all'entrata in vigore della legge n. 271 del 1993 può accedere al bene-

fficio della maggiorazione contributiva per esposizione ultradecennale a fibre di amianto ma solo se in presenza dei requisiti della legge vigente all'epoca (257/1992), che limitava il beneficio ai dipendenti delle imprese che utilizzavano l'amianto come materia prima.

FATTO - Il sig. M.C. adiva il giudice del lavoro di Genova esponendo di avere lavorato dal 1.3.1973 al 20.1.1989 alle dipendenze del T. L. S.p.a. come operaio addetto al reparto flessibili e di essere stato, a causa delle lavorazioni svolte, esposto ad inalazione di fibre di amianto per un periodo superiore a dieci anni e di avere quindi diritto ai benefici della rivalutazione contributiva di cui all'art. 13 comma 8 della Legge 257/1992.

Precisava di aver presentato all'INAIL domanda di accertamento dell'esposizione ad amianto con esito negativo e di vedersi quindi costretto a tutelare il suo diritto in via giudiziaria ai fini della ricostituzione della pensione di anzianità e chiedeva la condanna dell'INPS alla rivalutazione sotto il profilo contributivo, mediante applicazione del coefficiente 1,5 (in subordine 1,25) del periodo lavorativo, compreso tra il 1° marzo 1973 ed il 20 gennaio 1989, durante il quale era stato esposto ad amianto nonché alla riliquidazione della pensione di anzianità entro i limiti del massimo contributivo possibile (2080 settimane) con la decorrenza e nella misura derivanti dalla rivalutazione dell'anzianità.

Si costituiva l'INPS che contestava il fondamento della domanda e ne chiedeva il rigetto. Il Tribunale disponeva consulenza tecnica ambientale affidata al P.I. Massimo Bottaro che riconosceva la sussistenza di esposizione a fibre di amianto oltre la misura di legge, ma la domanda veniva respinta perché era divenuto titolare di pensione nell'aprile del 1993, vale a dire in epoca antecedente l'entrata in vigore della Legge 271/93.

All'udienza del 1.10.2008 la causa veniva discussa e decisa come da dispositivo in atti del quale si dava lettura.

DIRITTO - L'appello è infondato e deve essere respinto.

Costituisce principio fondante il nostro ordinamento pensionistico - ribadito dalla Corte di Cassazione in più occasioni (tra le quali da ultimo v. la sentenza n. 13786 del 7/11/2001) - quello secondo il quale la pensione deve essere liquidata sulla base della legge vigente al momento del conseguimento del diritto.

Tale principio è stato applicato anche dalla Corte Costituzionale in relazione alla questione che ci occupa: nella sentenza n. 434/2002, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 c. 8 L. 257/92, come successivamente modificato, ha affermato che in materia deve trovare applicazione "il principio generale secondo cui le prestazioni si liquidano sulla base della legge vigente alla data della liquidazione stessa" e che il differente trattamento tra coloro che sono inclusi tra i destinatari dei benefici di cui alla normativa in materia e coloro che ne sono esclusi, a seconda del differente periodo di collocazione in quiescenza, non viola alcun principio costituzionale, non trattandosi di situazioni omogenee.

Le modifiche introdotte dalla L. 271 del 1993, che collegano il beneficio della c.d. supercontribuzione alla mera esposizione del lavoratore all'amianto (con le note caratte-

ristiche di intensità e di durata), non possono quindi estendersi a favore di soggetti andati in pensione nella vigenza della normativa anteriore, il comma 8 della L. 257 del 1992, il cui ambito di applicazione è individuato dal precedente art. 7 con riferimento ai dipendenti delle imprese “*che utilizzano ovvero estraggono amianto, impegnate in processi di ristrutturazione o riconversione produttiva*”.

Non essendo neppure dedotto in causa che l'impresa per cui lavorava il ricorrente avesse tali caratteristiche, correttamente il ricorso di primo grado è stato respinto dal Tribunale.

Tale soluzione è stata già adottata da questa Corte nelle sentenze 19.10.2000 Inps c. B. ed altri, n. 64/03 C. c. Inps (confermata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 27299/06, citata anche nel ricorso in appello, che ne ha tuttavia modificato la motivazione), 9.5.2003 S. c. Inps, 24.9.2004 S. c. Inps e L. c. INPS 15.2.2008.

Né inducono a diverso avviso le sentenze della Corte di Cassazione citate dalla difesa appellante, che si limitano a ribadire il principio secondo il quale “*il beneficio va riconosciuto - ma sempre nella ricorrenza dei requisiti prescritti dall'art. 13 comma 8 - ai lavoratori che siano stati collocati in quiescenza con decorrenza successiva alla data di entrata in vigore della legge n. 257/92, ancorché abbiano maturato prima di tale data, e senza l'applicazione del beneficio di cui si tratta, i requisiti di contribuzione necessari per il conseguimento della pensione di anzianità o di vecchiaia*”, senza risolvere espressamente il problema di diritto intertemporale che ci occupa, né contenendo alcuna contestazione espressa delle argomentazioni sopra prospettate.

Sussistono giusti motivi, in considerazione del contrasto di giurisprudenza sul punto, per compensare tra le parti le spese processuali del grado.

(Omissis)

Contributi - Sanzioni sul debito contributivo - Decorrenza in caso di accertamento a posteriori del debito - Causa promossa dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro per differenze retributive - Periodo di riferimento originario del credito
Processo civile - Opposizione a cartella - Riduzione del credito in autotutela - Necessità di domanda riconvenzionale - Insussistenza - Annullamento cartella - Valenza sostitutiva della sentenza di condanna

Corte di Appello di Milano - 24.04.2009 n. 338 - Pres. e Rel. Ruiz - M.A. S.p.A. (Avv.ti Di Gregorio, Guglielminetti, Gabba) - INPS-SCCI (Avv. Mostacchi) - ESATRI

Laddove un debito contributivo venga accertato in conseguenza di una causa promossa dal lavoratore per differenze retributive e contributive da errato

inquadramento, le sanzioni sul debito a carico del datore di lavoro decorrono dalla data della sua originaria virtuale scadenza inadempita, ancorché esso sia stato accertato a posteriori.

Nella causa di opposizione a cartella di pagamento ex art. 24 D. Lgs. n. 46/1999 la riduzione del petitum per modifica in autotutela dell'importo richiesto non necessita di deduzione di domanda riconvenzionale, bastando all'uopo la formulazione da parte dell'ente creditore di domanda di condanna, il cui accoglimento, sia pur parziale, consente che la relativa sentenza di condanna si sostituisca alla cartella oggetto di annullamento.

FATTO - Con ricorso depositato in data 20/7/2007 M. ass.ni s.p.a. conveniva in giudizio dinanzi alla Corte di Appello di Milano, INPS, SCCI s.p.a. e Esatri s.p.a. chiedendo la riforma della sent.n° 3057/06 del Tribunale di Milano che aveva rigettato l'opposizione della società avverso la cartella notificata dalla Esatri per il pagamento di €. 22.576,71 a titolo di sanzioni civili, avendo l'azienda regolarizzato la contribuzione su differenze contributive per il periodo 1991-1997, a seguito dell'ordinanza del giudice, nel corso di un giudizio.

L'INPS aveva rettificato l'importo di cui alla cartella in €. 12.288,93 applicando il regime di cui alla l. n° 388/2000.

Il giudice, ritenuta la sua competenza ai sensi dell'art. 24 d. lgs. n° 46/99, trattandosi di opposizione per vizi di merito nei confronti dell'ente impositore, aveva accertato la conformità della cartella al modello ministeriale, art. 6 D.M. n° 321/1999, e la infondatezza dell'opposizione.

L'appellante ribadiva le eccezioni relative alla nullità ed invalidità della cartella, contestando che si trattasse di eccezioni di stile, a suo avviso, non essendo possibile dedurre dalla stessa gli elementi identificativi del credito e le ragioni dell'addebito per difendersi in giudizio; osservava che l'INPS aveva indicato il regime sanzionatorio della l. n° 662/96 e aveva poi rettificato l'importo, a seguito delle osservazioni di cui all'atto di opposizione, applicando il regime della l. n° 388/2000.

Lamentava che il Tribunale non avesse considerato che il credito era sorto a seguito della ordinanza 26/6/2002, pronunciata ex art. 423 c.p.c. dal giudice, il quale aveva accertato la debenza delle differenze retributive; che tale ordinanza aveva natura costitutiva, non sussistendo prima l'obbligo della società di contribuzione, in assenza di crediti retributivi; che quindi il pagamento non era tardivo, essendo intervenuto il 22/10/2002. Lamentava altresì che avesse pronunciato ultra petita, non considerando che l'INPS aveva fatto riferimento, per valutare il ritardo nei pagamenti dei contributi, ai periodi in cui erano sorti i crediti retributivi, cioè dal 1991 e non all'ordinanza ex art. 423 c.p.c. del giudice.

Chiedeva che le fossero restituiti gli importi pagati e altresì l'importo di €. 571,43 preteso dall'Esatri per ritardo nel pagamento e non risultante dal titolo esecutivo.

Si costituiva l'INPS e resisteva all'appello rilevando che la società era decaduta ex art. 617 c.p.c. per le eccezioni concernenti i vizi dell'attività del concessionario; che

era iniziato, a seguito della opposizione, un ordinario giudizio di cognizione, nel quale il giudice aveva accertato il debito della società nei confronti dell'INPS che aveva la posizione di attore; che le omissioni si erano verificate negli anni 1991 e seguenti, a nulla rilevando che fossero state accertate le differenze retributive nel 2002; che le sanzioni prescindono dalla colpevolezza del ritardo nel pagamento; che solo alla Esatri potevano essere richiesti i compensi di riscossione.

Il collegio, all'udienza del 5/2/09, decideva la causa sulle conclusioni precisate dalle parti come in epigrafe.

DIRITTO - La sentenza appellata è da riformare con la condanna della società a pagare un importo minore di quello indicato in cartella.

Come già il primo giudice ha accertato, la cartella è conforme al modello approvato con d.m. n° 321/99 che all'art. 6 individua il contenuto minimo della stessa; sono indicati l'ente creditore, i dati del debitore, il periodo cui si riferisce il debito, gli importi iscritti al ruolo, nonché la causale facendo riferimento alla legge che regola il regime sanzionatorio applicato; del resto la società ha presentato difese complete che presuppongono l'individuazione precisa del credito.

La società sostiene di non dovere le sanzioni richieste nella cartella perché il credito contributivo sarebbe sorto a seguito dell'ordinanza del giudice nell'ottobre 2002.

In realtà, dopo l'ordinanza la società ha comunicato in data 19/11/2002 (doc. 6 fasc. società) all'INPS il proprio debito contributivo e lo ha pagato; l'Istituto, seppure in ritardo, prendeva atto del pagamento e chiedeva solo le sanzioni per i contributi che si riferivano ad omissioni degli anni dal 1991 al 1997.

L'inadempimento sussisteva, infatti, dalla data in cui il credito contributivo sarebbe scaduto se la società avesse corrisposto al lavoratore le retribuzioni corrispondenti all'inquadramento corretto e le altre spettanze di lavoro liquidate dal giudice.

Automaticamente, infatti, a prescindere dalla colpa e dall'imputabilità del ritardo, ai contributi dovuti si aggiungono le sanzioni dalla data in cui per legge scade il credito cui esse accedono, anche se l'omissione viene accertata dopo molto tempo, come nel caso (v. Cass. n° 24350/08; n° 2758/06; SSUU n° 3476/94).

La tesi della società farebbe aumentare le omissioni con grave danno economico per l'INPS, perché a nessuno converrebbe pagare prima lo stesso importo che si può pagare dopo tanti anni e solo nell'eventualità che l'omissione sia accertata, come nel caso.

La l. n° 338/2000 applicata dall'INPS in via di autotutela, aderendo alle difese esposte in ricorso dalla società, ha consentito la riduzione delle sanzioni.

L'INPS non ha proposto domanda riconvenzionale, essendo attore nel giudizio di opposizione introdotto dalla società, ma aveva chiesto già nelle conclusioni la condanna all'importo di cui alla cartella o eventualmente all'importo minore che sarebbe stato accertato.

Com'è noto, a seguito dell'opposizione a cartella esattoriale, emessa per il pagamento di crediti contributivi, analogamente a quanto avviene in caso di opposizione a decreto ingiuntivo, si instaura un ordinario giudizio di cognizione su diritti e obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e segnatamente al rapporto contributivo (v. cass. n° 6202/2004; n° 5763/2002(1); n° 16957/2002). In caso di accertamento di

un credito minore dell'Istituto, la sentenza di condanna al pagamento si sostituisce alla cartella nulla.

L'importo richiesto dall'Esatri per la riscossione del credito non può evidentemente essere richiesto all'INPS in restituzione.

Le sentenze cass. n° 785/86 e TAR Campania 7895/2006 richiamate dalla società riguardano la trattenuta della quota di contribuzione a carico del lavoratore, non le sanzioni aggiuntive che, come si è detto, accedono al credito contributivo automaticamente.

Le spese di lite sono a carico della società; si liquidano in € 2.500,00 (di cui € 1.500,00 per onorari e € 900,00 per diritti).

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1223

Contributi - Società cooperativa - Soci lavoratori - Esercizio dell'ordinaria attività dell'impresa - Attività infermieristica e socio assistenziale - Lavoro secondo turni - Collaborazioni coordinate e continuative e a progetto - Insussistenza - Lavoro subordinato - Sussistenza

Corte di Appello di Milano - 2.02.2009 n. 138 - Pres. e Rel. Salmeri - M.N.P. Soc. coop. a r.l. (Avv. Borsani) - INPS (Avv.ti Mogavero, Guerrera).

Non sussistono validi contratti di collaborazione coordinata e continuativa laddove si accerti che gli stessi, predisposti dal consulente su modulistica indifferenziata, siano in realtà riferiti a generici lavori di tipo infermieristico, svolti secondo turni ed in regime di subordinazione che parimenti deve ritenersi sussistere in presenza di contratti di collaborazione a progetto, in cui manchi la predisposizione contrattuale dell'obiettivo realizzativo concreto e l'attività coincida con l'ordinario oggetto dell'impresa e non in un'attività estrinseca, ulteriore ed accessoria, perseguibile in un ambito temporale circoscritto.

FATTO - Con ricorso depositato in data 14.10.05, la Cooperativa M.N. proponeva opposizione innanzi al Tribunale di Como avverso la cartella di pagamento notificata in data 6.9.05 dalla Rileno Spa per il pagamento, a favore dell'INPS, della somma di € 99.932,72 a titolo di contributi previdenziali omessi e relative sanzioni aggiuntive in relazione al periodo luglio 2002 - giugno 2004. L'addebito traeva origine dal verbale di

vigilanza INPS in data 26.7.04, dal quale risultava la natura subordinata dei rapporti di lavoro intercorsi con i soci adibiti a mansioni di infermieri e ausiliari socio-assistenziali. L'opponente eccepiva preliminarmente la nullità della cartella per indeterminatezza della pretesa contributiva dell'INPS e contestava nel merito le risultanze del verbale ispettivo, rilevando che i rapporti in questione erano stati correttamente configurati come contratti di collaborazione coordinata e continuativa e, da una certa data, per alcuni, come contratti di lavoro a progetto e, per altri, di volontari a titolo gratuito.

Si costituiva in giudizio l'INPS, il quale contestava la fondatezza dell'opposizione e ne chiedeva il rigetto, sostenendo la piena sussistenza del credito iscritto a ruolo.

Con sentenza n. 198/06 depositata in data 15.6.06, il Tribunale rigettava l'eccezione di inammissibilità della domanda riconvenzionale proposta dall'INPS, dichiarava cessata la materia del contendere relativamente ai soci volontari della Cooperativa, dichiarava la simulazione dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa nonché dei contratti a progetto dei soci della Cooperativa e condannava quest'ultima a pagare all'INPS i contributi obbligatori come lavoratori subordinati, annullava la cartella esattoriale, compensando le spese di lite.

Avverso tale pronuncia proponeva appello la Cooperativa, con ricorso depositato in data 8.6.07, chiedendo di dichiarare l'inammissibilità della domanda proposta in via riconvenzionale dall'INPS, di dichiarare indeterminata la pretesa contributiva azionata, di rigettare in ogni caso la relativa domanda, in via subordinata, di dichiarare la natura autonoma dei rapporti di collaborazione in oggetto e comunque di dichiarare non provata la natura subordinata di tali rapporti.

Si costituiva in giudizio l'INPS, con memoria difensiva depositata in data. 22.9.08, chiedendo di respingere l'opposizione, confermando per l'effetto, anche in accoglimento dell'appello incidentale, la cartella di pagamento per l'importo di € 99.547,82, già al netto dello sgravio effettuato relativamente ai soci volontari pari ad € 384,90, in via subordinata, di dichiarare dovuto l'importo di cui sopra già al netto dello sgravio effettuato, oltre ulteriori sanzioni civili.

All'udienza di discussione del 3 febbraio 2009 la causa veniva decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO - L'appellante ripropone in questa sede l'eccezione di indeterminatezza della pretesa dell'INPS nonché l'eccezione di inammissibilità della domanda riconvenzionale.

In proposito, va rilevato che l'eccezione di nullità della cartella è infondata, in quanto la cartella reca espressamente l'indicazione del titolo della pretesa, del periodo di riferimento, della tipologia di contribuzione richiesta, dell'ente impostore, contenendo quindi tutti i requisiti richiesti dalla normativa vigente, come del resto è confermato dalla circostanza che la stessa ha raggiunto il suo scopo rendendo la destinataria pienamente in grado di contestare il contenuto della pretesa.

Parimenti infondata è l'eccezione di inammissibilità della domanda riconvenzionale, essendo la stessa finalizzata ad ottenere, a prescindere dalle obiezioni formali dedotte, un giudizio sul merito del rapporto contributivo e per l'effetto, previa conferma del credito contributivo azionato dall'INPS, una pronuncia di condanna in favore dell'Ente.

È noto che l'opposizione alla cartella di pagamento emessa dal concessionario per la riscossione introduce un giudizio di cognizione sul fondamento della pretesa creditoria dell'Ente: l'opposizione devolve al giudice adito la piena cognizione circa la legittimità e fondatezza della pretesa, con la conseguenza che la cognizione del giudice non è limitata alla verifica della legittimità formale dell'atto, ma è estesa anche all'esame del merito della pretesa fatta valere con l'iscrizione a ruolo.

L'appellante lamenta inoltre, per quanto riguarda il merito, la superficialità e la lacunosità dell'istruttoria espletata nonché l'incertezza delle conclusioni cui è pervenuto il Tribunale.

Tali censure sono infondate, in quanto risulta dalla prodotta documentazione e dall'istruttoria espletata in primo grado che i contratti di collaborazione coordinata e continuativa erano usati indifferentemente per ogni lavoratore e così pure i contratti di lavoro a progetto, che i predetti contratti erano stati a monte predisposti, nei relativi moduli, dal commercialista (dichiarazioni B. all'udienza dell'8.2.06), che i lavoratori erano extracomunitari non in grado di comprendere (testi H. e C.) le differenze tra le diverse tipologie di contratti, che il lavoro oggetto di contratto (infermieristico o ausiliario socio-assistenziale) doveva necessariamente e per sua natura svolgersi (come confermato da tutti i testi) secondo turni anticipatamente predisposti dal B.

Tali circostanze dimostrano la natura simulata del nomen juris attribuito ai contratti e l'effettiva natura subordinata dei rapporti di lavoro intercorsi tra i soci e la Cooperativa.

Parimenti simulati sono i contratti a progetto, in quanto, non risultando sussistente un vero progetto e mancando quindi la predeterminazione contrattuale dell'obiettivo realizzativo concreto, l'assoggettamento del lavoratore all'incondizionato potere di disposizione del creditore della prestazione configura i caratteri propri della subordinazione.

Infatti, è emerso dalle concordanti dichiarazioni dei testi che l'attività dei collaboratori era quella di ausiliari di casa di riposo incaricati di curare gli anziani e quindi consisteva nella ordinaria attività lavorativa dell'impresa e non in un'attività estrinseca, ulteriore ed accessoria, la cui realizzazione possa circoscriversi in un limite temporale predeterminato.

Inoltre, tutti i testi escussi hanno dichiarato che i lavoratori erano gerarchicamente sottoposti al titolare di fatto dell'impresa (presidente della cooperativa) B.M., che coordinava e controllava il personale, riprendendolo in caso di sbagli, ne stabiliva il luogo di lavoro, assegnava i turni e dava disposizioni sul lavoro da eseguire, retribuendo i dipendenti mensilmente ed in base alle ore lavorate, con erogazioni assimilabili quantitativamente a stipendi.

Va infine rilevato che l'appello incidentale proposto dall'INPS, il quale lamenta che il giudice di primo grado abbia annullato la cartella esattoriale, è fondato, in quanto la ritenuta simulazione dei rapporti di lavoro in oggetto avrebbe dovuto comportare il rigetto dell'opposizione, con la conseguente conferma della cartella esattoriale opposta.

L'appellante va condannato al pagamento delle spese di entrambi i gradi, liquidate in complessivi € 4.000,00, di cui € 2.500,00 per onorari, oltre accessori di legge.

(*Omissis*)

Pensioni - Invalidità civile - Indennità di frequenza - Presupposti - Indennità di accompagnamento - Differenze

Corte di Appello di Milano - 02.02.2009 n. 96 - Pres. e Rel. Salmeri - Z.G. e M.S.B. (Avv.ti Bianchi, De Rosa) - INPS (Avv.ti Mogavero, Guerrera) - Ministero dell'Interno - Ministero dell'Economia e delle Finanze - A.S.L. Como

Un minore che riesce a compiere, sia pur con impaccio e difficoltà e con la guida di adulti, gli atti elementari e quotidiani della vita, ha diritto alla percezione dell'indennità di frequenza e non dell'indennità di accompagnamento, che presuppone l'imprescindibile continuità delle cure parentali nell'espletamento degli atti elementari della vita.

FATTO - Con ricorso depositato in data 9.7.07, Z.G. e B.M.S., quali esercenti la patria potestà sul minore Z.P., hanno proposto appello avverso la sentenza n. 426/06 del Tribunale di Como depositata in data 21.12.06, la quale respingeva il ricorso volto ad ottenere il riconoscimento del diritto a percepire l'indennità di accompagnamento per il figlio minore Z.P. e conseguentemente rigettava la domanda di condanna dei convenuti, in via tra loro solidale e/o alternativa, al pagamento di detta provvidenza da 1° novembre 2002, con eventuale decurtazione dell'importo complessivo delle somme percepite a titolo di indennità di frequenza.

Secondo gli appellanti, il giudice di primo grado avrebbe errato nel non accogliere la domanda, ritenendo insussistenti le condizioni sanitarie legittimanti la concessione della provvidenza.

Si è costituito in giudizio l'INPS, chiedendo il rigetto dell'appello con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

Gli altri appellati, nonostante la regolare notifica del ricorso, non si sono costituiti in giudizio.

All'udienza di discussione del 13 gennaio 2009, la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO - Va rilevato che, come risulta dalle conclusioni del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, gli appellanti già beneficiano, in relazione alla condizione di handicap del figlio minore Z.P., della prestazione assistenziale dell'indennità di frequenza.

La concessione di tale indennità è subordinata alla frequenza continua o anche periodica di centri ambulatoriali o di centri diurni, anche di tipo semiresidenziali, pubblici o privati, purché operanti in regime convenzionale, specializzati nel trattamento terapeutico o nella riabilitazione e nel recupero di persone portatrici di handicap.

L'indennità mensile di frequenza è altresì concessa ai mutilati ed invalidi civili minori di 18 anni che, come il figlio degli appellanti, frequentano scuole pubbliche o private, di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, nonché centri di formazione o di addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale dei soggetti stessi.

In materia assistenziale, sono dunque previste, a favore dei minori invalidi, due distinte categorie di diritti: i benefici previsti per la mera situazione di non autosufficienza ed i benefici previsti per la frequenza di corsi (scolastici o di addestramento o ambulatoriali).

L'indennità di frequenza è concessa ai minori invalidi per una delle seguenti finalità: 1) il ricorso continuo o anche periodico a trattamenti riabilitativi o terapeutici presso centri ambulatoriali o centri diurni; 2) la frequenza di scuole pubbliche o private di ogni ordine e grado; 3) la frequenza di centri di formazione o di addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale dei minori invalidi. Si tratta dunque di un sostegno alle famiglie dei minori, allo scopo di garantire agli stessi le cure riabilitative, l'istruzione scolastica, la formazione professionale.

L'indennità di accompagnamento è invece riconosciuta ai minori che (non diversamente dai soggetti maggiorenni) si trovino nell'impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore ovvero, non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, abbisognano di un'assistenza continua.

Nel caso di specie, risulta dalla consulenza tecnica d'ufficio espletata in primo grado che il minore Z.P. è affetto da una grave patologia, la quale non gli preclude, tuttavia, di avere "parziali autonomie personali", giacché egli, come riferito dal CTU, mangia e beve da solo e da solo si lava mani e denti, nonché di avere, anche nella frequenza scolastica nella quale gode peraltro di sostegno didattico, "buone capacità comportamentali e di adattamento alle regole".

Per lo svolgimento degli atti quotidiani della vita ha necessità "della guida di un adulto" ma "non di assistenza continua", "non trovandosi nella assoluta e definitiva impossibilità di svolgere tali atti".

Le conclusioni della CTU, sono state confermate e chiarite dalla stessa consulente d'ufficio, sentita a chiarimenti nel corso del giudizio di primo grado, nonché dalla stesse dichiarazioni della ricorrente, interrogata dal giudice in primo grado.

Ne deriva che le condizioni cui la legge subordina la concessione dell'indennità di accompagnamento non sussistono nel caso di specie.

Il minore è risultato saper compiere, sia pure con difficoltà ed impaccio, gli atti elementari e quotidiani della vita.

Non è risultato invece avere necessità di essere continuativamente assistito dalle cure parentali (al cui supporto è finalizzata l'indennità di accompagnamento), ma di essere "guidato" da adulti nella sua quotidianità, guida nella cui offerta i genitori possono essere validamente surrogati, in orario scolastico, dagli insegnanti e, in particolare, dall'insegnante di sostegno.

Pertanto, deve ritenersi che nel caso di specie la provvidenza assistenziale appropriata sia l'indennità di frequenza, della quale gli appellanti sono già fruitori, e non l'indennità di accompagnamento, per la cui concessione mancano i presupposti di legge.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, la sentenza impugnata deve essere confermata.

In considerazione della natura della controversia, si ritiene equa la compensazione delle spese.

(*Omissis*)

Invalidi civili - Procedimento monitorio - Verbale di visita - Prova scritta ai sensi dell'art. 634 c.p.c. - Inidoneità.

Corte di Appello di Palermo - 29.09.2008 n. 1299 - Pres. Rel. Venuti - B.M. (Avv.ti Lo Bello, Tornambè) - INPS (Avv.ti Tarantino, Agueci).

Non si può ricorrere al procedimento monitorio per la erogazione delle prestazioni economiche in materia di invalidità civile sulla scorta del solo verbale con cui è stato accertato lo status di invalido, difettando l'accertamento dei requisiti extra sanitari.

FATTO - A seguito di domanda amministrativa del 27 ottobre 2000 veniva riconosciuto a B.M., a decorrere dalla stessa data, l'assegno mensile d'invalidità (art. 13 L. 118/71), essendo stata accertata una riduzione della sua capacità lavorativa in misura pari al 90%.

In forza di tale verbale, la sig.ra B. chiedeva ed otteneva, in data 28 aprile 2005, nei confronti dell'INPS decreto ingiuntivo per il pagamento della complessiva somma di € 10.849,35 per ratei maturati e non pagati dell'assegno suddetto e relativi al periodo 27 ottobre 2000 - 31 maggio 2004, essendole nel frattempo stato corrisposto dall'INPS, a decorrere dal giugno 2004, l'assegno sociale.

L'Istituto proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo e il Tribunale di Termini Imerese, in funzione di giudice dei lavoro, con sentenza in data 24 maggio 2006, revocava il decreto ingiuntivo, compensando tra le parti le spese del giudizio.

Osservava il Tribunale che il ritardo nel pagamento delle prestazioni assistenziali poteva dar luogo ad interessi ed, eventualmente, al risarcimento del danno, ma non costituiva ragione giuridicamente valida per sopperirvi con un'azione giudiziaria.

Per la riforma di tale sentenza ha proposto appello la sig.ra B. affidato ad un solo motivo.

Si è costituito in giudizio l'Istituto appellato, chiedendo il rigetto del gravame.

All'udienza del 31 luglio 2008 la causa è stata decisa come da dispositivo trascritto in calce alla presente sentenza.

DIRITTO - Con l'unico motivo di gravame, l'appellante deduce che le procedure per la concessione ed il pagamento delle prestazioni assistenziali devono concludersi entro il termine di centoventi giorni.

L'Istituto, preposto a tale pagamento, ha lasciato decorrere inutilmente tale termine, sicché a ragione essa appellante ha fatto ricorso al procedimento monitorio per ottenere il pagamento dei ratei maturati e scaduti.

L'appello è fondato per quanto di ragione.

A norma dell'art. 4 del D.P.R. 21 settembre 1994, n. 698, le procedure di concessione e di pagamento delle provvidenze economiche da parte delle prefetture, debbono concludersi entro il termine di centottanta giorni dalla data di ricezione di copia dell'istanza,

corredata dal verbale di accertamento sanitario trasmessi dalla commissione medica sanitaria competente. Il decorso del termine è sospeso per un massimo di sessanta giorni nel caso di richiesta all'interessato di produrre ulteriore documentazione.

L'art. 130, primo comma, D. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, ha trasferito, a decorrere dal 3 settembre 1998, la funzione di erogazione di pensioni, assegni e indennità spettanti, ai sensi della vigente disciplina, agli invalidi civili ad un apposito fondo di gestione istituito presso L'INPS.

Il comma 3 dello stesso articolo ha previsto che, fermo restando il principio della separazione tra la fase dell'accertamento sanitario e quella della concessione dei benefici economici, nei procedimenti giurisdizionali ed esecutivi relativi alla concessione delle prestazioni economiche attivati a decorrere dal 3 settembre 1998, la legittimazione spetta, per le prestazioni a carico dello Stato, all'INPS.

Nonostante fossero decorsi oltre quattro anni dal riconoscimento della prestazione, l'INPS non ha provveduto alla erogazione della prestazione, adducendo che la fase amministrativa volta ad accertare la ricorrenza dei requisiti *extra* sanitari era di competenza della Prefettura.

Ma, come risulta dalla documentazione in atti, la Prefettura di Palermo aveva richiesto alla sig.ra B., con nota del 20 maggio 2004, una dichiarazione sostitutiva comprovante la sussistenza del requisito reddituale, nota alla quale la stessa B. aveva dato puntualmente riscontro (cfr. lettera del 26 luglio 2004), richiedendo alla stessa Prefettura e all'INPS il pagamento della prestazione.

Tale ultima lettera è rimasta inevasa, sicché la sig.ra B. ha instaurato il procedimento monitorio.

Ora, premesso che non ricorrevano i requisiti per far ricorso a tale procedimento (il verbale di visita non costituisce titolo, in mancanza dell'accertamento dei requisiti *extra* sanitari, per richiedere il decreto ingiuntivo), la domanda della sig.ra B. (tale va considerata la richiesta di decreto ingiuntivo) era tuttavia fondata, posto che la pratica era stata istruita e l'Amministrazione era in possesso di tutti gli elementi per la concessione della prestazione.

La sentenza impugnata va pertanto confermata nella parte relativa alla revoca del decreto ingiuntivo e riformata nel resto.

L'INPS va condannato al pagamento, a favore dell'appellante, della complessiva somma di € 10.213,12, per ratei maturati e scaduti a decorrere dalla data di presentazione della domanda amministrativa e sino al 31 maggio 2004, somma correttamente determinata nel decreto ingiuntivo in base agli importi ivi specificamente indicati.

Su tale importo sono dovuti gli accessori di legge a partire dal 121° giorno successivo alla data di presentazione della domanda amministrativa.

L'Istituto, soccombente, va condannato al pagamento delle spese di entrambi i gradi del giudizio, come in dispositivo.

(*Omissis*)

NOTA

La sentenza della Corte d'Appello interpreta correttamente l'art. 634 C.p.c.: la Corte afferma che il verbale di visita medica non costituisce titolo per richiedere il decreto ingiuntivo.

L'art. 634 C.p.c. detta le condizioni di ammissibilità richieste per ottenere l'emissione del decreto ingiuntivo e dispone che del credito fatto valere si dia prova scritta. Il verbale redatto dalla commissione medica è "la descrizione di operazioni amministrative di natura tecnica o intellettuale o di fatti avvenuti alla presenza di organi della pubblica amministrazione" (Landi Potenza Manuale di diritto amministrativo, Milano 1999, 237). Da quanto detto si desume agevolmente che i verbali non costituiscono di per sé prova del diritto accertato tanto vero che il loro contenuto deve essere fatto proprio dal decreto del Prefetto che riconosce il diritto alla prestazione. Sul punto la Cassazione, intervenuta in materia di iscrizione negli elenchi degli invalidi ha affermato che alle commissioni mediche, cui è demandato il compito di accertare la sussistenza dell'invalidità civile, "competete esclusivamente una discrezionalità tecnica e non amministrativa...e che gli accertamenti sanitari che precedono l'iscrizione o la cancellazione negli appositi elenchi sono atti interni, prodromici al provvedimento definitivo di iscrizione o cancellazione che è di competenza esclusiva del Ministero del Lavoro" (Cass. 10 maggio 2002 n. 6749, in Banca dati Foro it. 2004). È noto che "...sono compresi nella categoria degli atti pubblici gli atti interni, non destinati a produrre effetti nei confronti del pubblico, ma soltanto capaci di documentare, nell'ambito della stessa P.A. dalla quale provengono, determinate attività o la regolarità di alcuni adempimenti per la realizzazione di compiti istituzionali. Né ha rilevanza che tali atti non siano previsti da disposizioni normative specifiche ovvero siano destinati a essere riprodotti in atti diversi e successivi" (Cass. pen. sez V, 19 ottobre 1992, in Riv. pen. 1993, 923). La Suprema Corte ha ancora affermato: "Gli atti degli Enti previdenziali diretti all'accertamento dell'esistenza o inesistenza del diritto a prestazioni previdenziali o assistenziali non hanno natura di provvedimenti costitutivi o estintivi del diritto, ma di mera certazione dei presupposti di legge" (Cass. in www.iuritalia.it: id.11 aprile 2003, n. 5784, in Banca dati Foro it. 2004).

Giovanni Cola
Avvocato INPS

Pensioni – Accredito figurativo contributi periodo di maternità – Fondo Telefonico – Prevalenza normativa speciale – Decadenza.

Corte d'Appello di Torino – 02.02.2009 n. 75 – Pres. e Rel. Barbero – V.O. (Avv. Stramandinoli) – INPS (Avv. Borla).

Prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 658/1996 che armonizzò il Fondo Telefonico al Fondo Generale dei lavoratori dipendenti, valeva la normativa

speciale in materia, per cui va ritenuta legittima la decadenza verificatasi sotto tale vigenza per la mancata domanda di accredito figurativo dei contributi relativi ad un periodo di maternità usufruito in costanza di rapporto di lavoro.

FATTO - Con sentenza 23/1/2008 - 17/3/2008 il Tribunale di Torino respingeva il ricorso con cui V.O., già dipendente SIP dall'1/3/1971 e sino al 30/12/2000 quando veniva posta in mobilità, aveva convenuto in giudizio l'INPS chiedendo il riconoscimento dell'accredito figurativo dei contributi previdenziali maturati relativamente al periodo di maternità da lei fruito dal 20/9/1978 al 19/3/1979 ai sensi dell'art. 25 del D. Lgs. n. 151/2000.

Avverso tale pronuncia proponeva appello la V. assumendo le conclusioni sopra riportate.

Resisteva l'INPS chiedendo la reiezione del gravame.

All'udienza del 28/1/2009 la causa veniva discussa e decisa come da dispositivo.

DIRITTO - Il primo Giudice ha respinto la domanda proposta dalla V. sulla base delle seguenti considerazioni:

il D. Lgs. 151/2001 (artt. 25 e 35), abrogativo dell'art. 14 comma 3 del D. Lgs. 30/12/1992 n. 503, ha eliminato, ai fini dell'accredito dei contributi figurativi, la previsione di limiti relativamente alla collocazione temporale dei periodi di maternità obbligatoria e facoltativa ed ha mantenuto il requisito contributivo minimo di cinque anni contributivi limitatamente ai periodi di congedo di maternità verificatisi al di fuori del rapporto di lavoro;

la signora V. era dipendente, all'epoca in cui frui del congedo per maternità (settembre 1978 - marzo 1979), della società telefonica SIP e, come tale, era iscritta, anziché al Fondo Generale dei lavoratori dipendenti, al c.d. Fondo Telefonico, che garantiva agli iscritti, al pari dei cosiddetti Fondi Speciali, delle aliquote di rendimento dei contributi versati migliori rispetto a quelle del Fondo Generale dei lavoratori dipendenti ed aveva norme proprie (cfr. art. 14 legge 4/12/1956 n. 1450, come sostituito dalla legge 13/7/1967 n. 583) anche in tema di accredito figurativo dei contributi previdenziali della maternità, prevedendo fra l'altro il diritto di riscatto del periodo di maternità senza limiti temporali di collocazione dell'evento, previa richiesta di regolarizzazione da parte dell'interessato da presentarsi entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello in cui l'iscritto avesse ripreso servizio (e "... *comunque non oltre la data dell'eventuale liquidazione della pensione*");

solo con il D. Lgs. n. 658/1996 il Fondo Telefonico venne "armonizzato" ed assoggettato alla normativa vigente per il Fondo Generale dei lavoratori dipendenti e, pertanto, sino alla data di entrata in vigore di tale D. Lgs. (novembre 1996), operava la normativa speciale;

la V., non avendo richiesto, come avrebbe potuto in base alla normativa speciale del Fondo Telefonico (a differenza degli iscritti al Fondo Generale) entro i termini dalla stessa contemplati (entro il 31/12/1980, o comunque entro la data di liquidazione della

pensione di anzianità da lei richiesta con domanda 16/12/2002 e percepita a decorrere dall'1/1/2004), la regolarizzazione del periodo di maternità oggetto del presente giudizio, non ha diritto alla regolarizzazione successivamente richiesta, operando la normativa generale soltanto per i periodi successivi al novembre 1996, data di attuazione della cosiddetta "armonizzazione" e prevalendo, per i periodi precedenti, la normativa speciale che già le avrebbe consentito di conseguire l'accredito figurativo dei periodi di maternità indipendentemente dalla data del loro verificarsi, con l'unico limite della presentazione della relativa richiesta entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla ripresa del servizio.

L'appellante lamenta il fatto che il primo Giudice abbia operato un'arbitraria distinzione tra i soggetti iscritti al Fondo Generale per i lavoratori dipendenti e quelli iscritti in Fondi diversi in violazione delle finalità di coordinamento della normativa di cui al D.Lgs. n. 151/2000, che, onde evitare la coesistenza di norme coincidenti, ha subordinato il diritto all'accredito dei contributi figurativi al possesso di un requisito contributivo qualificato (cinque anni di contribuzione effettiva) soltanto ai casi di congedi verificatisi al di fuori del rapporto di lavoro, prescindendo in tutti i casi, sia dalla data dell'intervenuto evento, sia dalla considerazione del Fondo di iscrizione delle lavoratrici.

L'appello è infondato.

Intanto è bene sottolineare nuovamente che la domanda della signora V. ha ad oggetto l'accredito figurativo di contributi maturati relativamente al periodo di maternità da lei usufruito dal settembre 1978 al marzo 1979 in costanza di rapporto di lavoro e che dunque il presupposto dei cinque anni contributivi, dal T.U. mantenuto per i soli casi di gravidanze intervenute fuori dal rapporto di lavoro (presupposto che risulterebbe comunque verificato, avendo la V. iniziato la propria attività lavorativa in SIP a far data dal marzo 1971), non riguarda il caso di specie.

Le argomentazioni sopra riportate, svolte dal primo Giudice a sostegno della reiezione del ricorso, paiono alla Corte pienamente condivisibili e vanno pertanto integralmente richiamate.

Il Testo Unico delle disposizioni sulla maternità (D. Lgs. 151/2000), applicabile a tutti i Fondi pensionistici in seguito all'avvenuta "armonizzazione" effettuata con il D. Lgs. 658/1996, infatti, ha certamente le finalità di coordinamento della normativa preesistente in materia, ma non sana decadenze verificatesi (come nel caso di specie) sotto la vigenza di una disciplina speciale che già contemplava diritti (diritto all'accredito figurativo dei contributi maturati relativamente a congedo per maternità senza limiti in merito alla collocazione temporale dell'evento da riconoscere) poi estesi, dalla normativa di coordinamento, agli iscritti a tutti i Fondi pensionistici, non azionati dai destinatari nei termini di decadenza previsti dalla normativa speciale certamente in vigore sino al 1996, epoca dell'avvenuta "armonizzazione".

Pertanto, l'appello va respinto.

È appena il caso di sottolineare, infine, che, alla luce delle considerazioni svolte circa la vigenza, sino al novembre 1996, della normativa relativa ai Fondi pensionistici speciali e la prevalenza della stessa su quella relativa al Fondo Generale lavoratori dipendenti, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 504 legge 24/12/2007

n. 244 in riferimento agli artt. 3 1° comma, 31 2° comma e 37 1° comma Cost., proposta con ordinanza del Tribunale di Torino 31/10/2008 (prodotta dalla Difesa dell'appellante all'odierna udienza in sede di discussione) non appare dirimente ai fini della presente decisione.

La novità della questione giustifica la compensazione delle spese processuali anche relativamente al presente grado di giudizio.

(Omissis)

**TRIBUNALI
Sezioni Civili**

Contributi - Contribuzione per disoccupazione involontaria - Esonero - Requisiti - Stabilità d'impiego - Convenzione privatistica di mantenimento, con scadenza a termine, del personale occupato - Non rileva - Beneficio - Non spetta

Tribunale di Bergamo - 11.05.2009 n. 655/2008 - Dott.ssa Finazzi - A.F.M. di Bergamo S.p.A. (Avv.ti Golferini, Sutich) - INPS-SCCI (Avv. Imparato) - RISCOSERVICE S.p.A.

L'esonero contributivo dalla contribuzione per disoccupazione involontaria spetta ai soli soggetti che abbiano ottenuto decreto ministeriale attestante che essi assicurano al proprio personale la stabilità d'impiego e non a chi assuma di aver garantito, peraltro a termine e con convenzione di natura privatistica, al proprio personale, pervenuto da un ente pubblico, il mantenimento in servizio.

FATTO - Con ricorso depositato il giorno 11-7-2006, la A.F.M. di Bergamo s.p.a. (d'ora in avanti, per brevità, AFM) esponeva al Tribunale di Bergamo - in funzione di giudice del lavoro - :

che in data 1-6-2006 la società Riscoservice. s.p.a., concessionario del servizio di riscossione di Reggio Emilia, le aveva notificato una cartella di pagamento dell'importo di € 3.777,63, a titolo di contributi aziende relativi all'anno 2004, oltre spese di notifica;

che nell'atto era indicato quale ente impositore l'INPS sede di Bergamo;

che la cartella ed il relativo ruolo erano nulli ed illegittimi per indeterminatezza, in quanto privi dei requisiti di forma essenziali, carenti di motivazione e relativi a crediti oggetto di cessione da parte dell'INPS;

che dall'esame delle aliquote delle note di rettifica inviate dall'INPS negli anni 2004/2005, su cui si fondava la cartella, e dal numero di dipendenti indicati, si poteva ipotizzare che l'ente previdenziale avesse richiesto in pagamento i contributi per la disoccupazione involontaria relativi al personale già dipendente del Comune di Bergamo e passato alle proprie dipendenze a far data dall'1-1-2004 a seguito dell'affidamento ad essa società della gestione del servizio farmaceutico nel territorio comunale, personale riguardo al quale non aveva versato i contributi per la disoccupazione volontaria;

che se così fosse stato la richiesta era infondata;

che essa società era stata costituita, a seguito di deliberazione in data 20-5-2002 del

Consiglio Comunale di Bergamo, con atto notarile del 27-11- 2002;

che con contratto del 30-9-2003, all'esito di procedura concorsuale ristretta, assimilata all'appalto concorso di cui al DPR 533/96, il Comune di Bergamo aveva ceduto a P.L. s.r.l., azioni rappresentanti l'80% del capitale sociale;

che in data 25-11-2003 il Comune di Bergamo aveva stipulato con essa società apposita convenzione/contratto di servizio al fine di regolamentare la gestione del servizio per la durata di 40 anni;

che in base a questa convenzione a far data dall'1-1-2004 essa società era subentrata al Comune di Bergamo in tutte le posizioni giuridiche attive e passive sia nei confronti del personale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato che di terzi, ed aveva assunto l'impegno di garantire al personale un trattamento economico e previdenziale non inferiore a quello praticato dal Comune al momento del subentro;

che in base al contratto del 30-9-2003 la P.L. s.r.l. si era impegnata a far sì che essa AFM s.p.a. garantisse il mantenimento dell'occupazione dei dipendenti, con contratto a tempo di lavoro indeterminato, risultante alla data della firma del Contratto di Servizio e per l'effetto non compisse, per il periodo di 8 anni dalla predetta data, licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (individuali e plurimi) e licenziamenti collettivi, nonché non consentisse, salvo specifici accordi con le OO.SS., il ricorso a procedure di cui alla L. n. 223/1991 e successive modificazioni e integrazioni;

che in relazione a questo personale non era dovuta alcuna contribuzione per la disoccupazione involontaria rientrando essa tra i soggetti esonerati dal relativo versamento elencati nell'art. 40 della l. 1155/36 e succ.modif., in quanto i propri dipendenti godevano della stabilità di impiego;

che l'INPS invece le aveva inviato note di rettifica, lamentando il pagamento dei suddetti contributi;

tutto ciò esposto, chiedeva che il giudice adito, in via principale, dichiarasse la nullità e/o illegittimità del ruolo e della cartella opposti e, in via subordinata, accertasse il suo diritto all'esonero dal pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali per la disoccupazione involontaria, con conseguente illegittimità e infondatezza dell'iscrizione a ruolo e della cartella impugnati, e con vittoria di spese.

L'INPS, costituitosi tempestivamente in giudizio, resisteva alla domanda.

Anzitutto, quanto alle eccezioni non attinenti al merito, negava di essere legittimato passivo, essendo unico legittimato il Concessionario della riscossione, soggetto cui competeva emettere la cartella di pagamento.

Nel merito, dopo aver osservato che la AFM era una spa costituitasi ai sensi del'art. 116 d. lgs. 267/00, a partecipazione mista pubblico-privata di proprietà per il 20% del Comune di Bergamo e per l'80% della società privata P.L. s.r.l., rilevava che la società non aveva presentato la domanda di esonero di cui all'art. 36 del DPR 818/57, in quanto, trattandosi di spa di natura privatistica (e non più di azienda municipalizzata), non godeva di stabilità d'impiego (non risultando oltretutto la stessa da norme regolanti lo stato giuridico e il trattamento economico del personale e non potendo considerarsi tali le clausole convenzionali invocate dalla società medesima).

Concludeva pertanto per il rigetto dell'opposizione, con vittoria di spese.

All'esito di una breve trattazione, la causa, non necessitando di attività istruttoria, era rinviata per la decisione.

Nelle more del rinvio la AFM proponeva altra opposizione a cartella di pagamento notificatale in data 13-3-2007 dalla società Riscoservice s.p.a., sempre su imposizione dell'INPS, e per l'importo di € 2.346,83, per ragioni del tutto identiche.

Questa opposizione radicava il giudizio n. R.G. 723/07, nel quale si costituiva l'INPS, rassegnando difese analoghe a quelle sopra esposte.

Si costituiva pure la società Equitalia Reggio s.p.a. (già Riscoservice s.p.a.), la quale osservava che quanto agli eccipienti vizi del ruolo ed al merito l'interesse a contraddire apparteneva all'INPS.

Circa gli eccipienti vizi della cartella, ne sosteneva la pretestuosità e l'infondatezza, osservando che mai poteva essere dichiarata nullità di un atto se non prevista espressamente dalla legge e se l'atto, come nella specie, aveva raggiunto il suo scopo.

Concludeva pertanto per il proprio difetto di legittimazione passiva in ordine alle censure attinenti al ruolo ed al merito, e per il rigetto delle eccezioni di nullità relative alla cartella di pagamento, il tutto con vittoria di spese.

All'udienza del 29-11-2007, le cause erano riunite.

All'odierna udienza erano discusse e decise con sentenza, del cui dispositivo era data pubblica lettura.

DIRITTO - Preliminarmente, quanto alle eccezioni formali, deve convenirsi con l'INPS e la società Equitalia Reggio, sul difetto di legittimazione passiva del primo ente quanto ai presunti vizi formali della cartella di pagamento, e sul difetto di legittimazione passiva del concessionario della riscossione quanto ai presunti vizi formali del ruolo e quando al merito.

Riguardo i primi vizi, unico soggetto legittimato passivo è il concessionario della riscossione, cui compete l'emissione della cartella di pagamento, laddove circa gli altri vizi relativi al ruolo e il merito, unico soggetto legittimato a contraddire a l'INPS, quale soggetto che forma il ruolo ed è detentore del potere impositivo.

Ciò chiarito, tutte le eccezioni sono infondate.

Per quanto attiene la cartella di pagamento, in linea con le difese del concessionario della riscossione, è sufficiente osservare che l'atto ha raggiunto il suo scopo, essendosi la AFM ampiamente difesa nel merito, con conseguente venir meno della nullità dello stesso.

In ogni caso, la cartella non è indeterminata, atteso che indica espressamente i titoli delle pretese (facendo riferimento a precise note di rettifica dei modelli DM/10 - modelli che un datore di lavoro ben conosce essendo tenuto a compilarli mensilmente - già comunicate alla società dall'INPS).

La cartella poi, nella parte relativa alle pretese somme aggiuntive, indica espressamente il regime sanzionatorio applicato.

Questa indicazione è sufficiente a rendere determinato l'atto esecutivo, posto che la quantificazione della somma aggiuntiva deriva da un mero calcolo matematico previsto dalla medesima legge che la introduce.

Com'è noto le somme aggiuntive o sanzioni c.d. civili, le quali non hanno natura affittiva, ma natura risarcitoria, conseguono autonomamente, ex lege, all'inadempimento contributivo dell'assicurato e sono poste allo scopo di rafforzare l'obbligazione contributiva, comportando un obbligo aggiuntivo per l'assicurato inadempiente di risarcire, in misura predeterminata dalla legge con una presunzione "iuris et de iure", il danno cagionato all'istituto assicuratore a seguito dell'omissione contributiva (cfr. tra le ultime Cass. 2566/01).

In ogni caso, anche nell'ipotesi di eventuale nullità della cartella o del ruolo, deve convenirsi con l'INPS, sulla ricorrenza, in fattispecie di questo tipo, del potere-dovere del giudice di procedere comunque all'esame del merito della controversia, radicata con l'opposizione. Tutte le eccezioni preliminari e di forma vanno perciò respinte.

Passando all'esame del merito è pacifico in causa che la AFM sia una società a capitale misto pubblico-privato, in quanto una quota di detto capitale, pari all'80%, è detenuta dalla società privata P.L. s.r.l. e la residua quota, del 20%, è detenuta dal Comune di Bergamo.

Tali dati non sono contestati tra le parti e sono comunque documentati dall'atto di cessione delle azioni del 30 settembre 2003, versato in causa dalla AFM.

È pure certo che la AFM sia stata costituita in data 27-11-2002 dal Comune di Bergamo, all'epoca proprietario della totalità delle azioni della società, e che a questa società sia stato conferito il diritto di gestire per il periodo di 40 anni le 2 farmacie comunali di cui il Comune di Bergamo deteneva la titolarità.

Compiuto questo accertamento, per quanto attiene al preteso esonero di AFM dal pagamento del contributo dovuto per la disoccupazione involontaria, il discorso deve prendere le mosse dalle regole di cui agli artt. 40 del r.d.l. 1827/35 e 36 del d.p.r. 818/57.

Il primo articolo prevede, per quel che qui rileva, che *"non sono soggetti all'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione ... 2) gli impiegati, agenti ed operai stabili di aziende pubbliche, nonché gli impiegati, agenti o operai delle aziende esercenti pubblici servizi e di quelle private, quando ad essi sia garantita la stabilità d'impiego"*.

Il secondo articolo sancisce che *"ai fini dell'applicazione dell'art. 40, n. 2, del r.d.l. 1827/35 ... , la sussistenza della stabilità d'impiego, quando non risulti da norme regolanti lo stato giuridico ed il trattamento economico del personale dipendente dalle pubbliche amministrazioni, dalle aziende pubbliche e dalle aziende esercenti pubblici servizi, è accertata in sede amministrativa, su domanda del datore di lavoro, con provvedimento del Ministro del Lavoro e la previdenza sociale decorrente a tutti gli effetti dalla data della domanda medesima"*.

Ammissa l'applicabilità in astratto alla AFM del riportato art. 40 (quale azienda esercente un pubblico servizio), le parti controvertono sulla ricorrenza nella specie del requisito della stabilità.

Per l'accertamento di tale requisito il riportato art. 36 descrive due distinti sistemi.

Il primo, applicabile al personale delle pubbliche amministrazioni, delle aziende pubbliche e delle aziende esercenti i pubblici servizi, si fonda su di una diretta rilevazione della condizione di stabilità dalle norme che regolano lo stato normativo ed il trattamento economico del personale; il secondo si basa su di un provvedimento del Ministero

del Lavoro, che interviene allorché non ricorrano le condizioni per il riconoscimento della sussistenza del requisito in questione con il primo metodo.

Nella specie, ammesso, come detto, che AFM sia un'azienda esercente un pubblico servizio, occorre dapprima verificare se il requisito della stabilità d'impiego sia desumibile dallo stato del suo personale ed in caso negativo, se ricorra il provvedimento ministeriale di cui sopra.

Sotto il primo profilo, giova ricordare che per giurisprudenza costante, la ratio legis della disposizione del cit. art. 40 del r.d.l. 1827/35 è quella di esonerare dall'obbligo dell'assicurazione per la disoccupazione quei lavoratori per i quali (in relazione ad un divieto di licenziamento legislativamente stabilito, con la sola eccezione di pochissimi limitati casi rigorosamente predeterminati), il rischio di disoccupazione involontaria sia talmente attenuato da scadere al rango di eventualità del tutto eccezionale.

In sostanza la stabilità può dirsi sussistente quando sia riconosciuto ai lavoratori un determinato stato giuridico, che dia loro la garanzia di non essere costretti a lasciare il posto, se non quando ricorra una "giusta causa", oppure vi siano altri giustificati motivi tassativamente stabiliti a priori con criteri restrittivi e con l'eventuale previsione di un trattamento indennitario, quando si tratti di motivi esclusivamente collegati con esigenze obiettive dell'impresa.

È appena il caso di aggiungere che tale concetto, atteso il suo rigore, porta evidentemente ad escludere che i regimi previsti dalla l. 604/66, dall'art. 18 stat. lav. e dalla l. 108/90, pur se idonei a garantire una certa tutela ai lavoratori, abbiano introdotto un tipo di stabilità da potersi considerare sufficiente a legittimare l'esclusione dall'assicurazione contro la disoccupazione involontaria.

Ciò chiarito in linea di diritto, non resta che passare all'esame dello stato giuridico e del trattamento normativo dei dipendenti della AFM.

A tal fine va subito precisato che la società ricorrente non ha precisato quale CCNL applichi ai propri dipendenti.

Ha sostenuto di essere subentrata al Comune di Bergamo, a far data dall'1-1-2004 e con la convenzione all'uopo stipulata, "*in tutte le posizioni giuridiche attive e passive sia nei confronti del personale con rapporto a tempo indeterminato che di terzi*" e di aver assunto l'impegno di garantire al personale "*un trattamento economico e previdenziale non inferiore a quello praticato dal Comune al momento del subentro*".

È chiaro che il trattamento "*economico e previdenziale*" è cosa diversa dal trattamento "*normativo*", nel cui ambito rientra la stabilità del rapporto.

Di questo trattamento nulla è dato sapere.

La AFM per sostenere la ricorrenza nella specie della stabilità di rapporto, ha insistito sull'impegno assunto dalla società P.L. s.r.l., detentrica dell'80% del capitale sociale di essa società, di garantire "*il mantenimento dell'occupazione dei dipendenti, con contratto di lavoro a tempo indeterminato, risultante alla data della firma del Contratto di Servizio*" e per l'effetto di non compiere "*per il periodo di 8 anni dalla predetta data, licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (individuali e plurimi) e licenziamenti collettivi*", nonché di non consentire "*- salvo specifici accordi con le OO.SS. - il ricorso a procedure di cui alla L. 223/1991 e successive modificazioni ed integrazioni*".

Ebbene, il mero contenuto di questo impegno non lascia dubbi: il regime dallo stesso previsto è ben lontano da quel concetto di stabilità d'impiego di cui si è appena trattato.

Basti rilevare il dato, troncante, della temporaneità dell'impegno, limitato ad 8 anni. E basti altresì rilevare che non è affatto esclusa la possibilità di ricorrere alle procedure di mobilità, seppure previo specifico accordo con le OO.SS.

In quest'ultimo caso la mancanza di ricorrenza del concetto di stabilità d'impiego è talmente evidente da non meritare alcuna ulteriore e superflua considerazione.

A ciò deve poi aggiungersi, che, come fondatamente dedotto dall'INPS, la giurisprudenza di legittimità nega validità ai fini in questione, alle convenzioni che le società private alle quali siano state attribuite le attività dismesse dall'ente pubblico stipulano ai sensi dell'art. 44 della l. 449/1997, articolo questo che prevede che dette società debbano mantenere per un periodo di tempo concordato e comunque non inferiore a 5 anni, il personale adibito alle funzioni trasferite.

È chiaro, infatti, che il regime della stabilità di impiego deve risultare dal trattamento normativo e dallo stato giuridico applicato, a tempo indeterminato (e non per un limitato periodo temporale), al personale dipendente.

A fronte di tale quadro deve perciò escludersi l'utilizzabilità, nella specie, del primo sistema di accertamento della stabilità d'impiego, delineato dal citato art. 36 del d.p.r. 818/57.

Ne deriva che detto requisito dovrà essere necessariamente accertato con il provvedimento ministeriale di cui alla seconda parte di detto articolo.

In - pacifica - assenza di tale provvedimento, la domanda di esonero dal pagamento del contributo di disoccupazione involontaria deve essere rigettata.

Ne deriva il rigetto di entrambe le opposizioni oggetto di giudizio.

Motivi di equità, attesa la relativa novità della materia trattata, inducono a compensare interamente tra tutte le parti le spese di lite.

(Omissis)

Processo civile – Giudizio di accertamento negativo conseguente ad un verbale ispettivo – Notifica in corso di causa di una cartella esattoriale relativa a parte dei contributi contestati – Mancata opposizione nel termine perentorio previsto dall'art. 24, comma 5, D. Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46 – Definitività del ruolo esattoriale – Decisione del giudizio di accertamento negativo – Sopravvenuta (parziale) carenza di interesse del ricorrente.

Tribunale di Caltanissetta – 08.04.2008 n. 486 – Dott. De Marchi – Da Tonino di C.Z. & C. s.a.s. (Avv. Costa) – INPS-SCCI (Avv. Carlisi).

Una volta trascorso vanamente il termine perentorio di quaranta giorni previsto dall'art. 24, comma 5, D. Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46 per proporre oppo-

*sizione avverso il ruolo esattoriale, il credito dell'ente iscritto a ruolo diventa incontestabile. Pertanto, il giudizio di accertamento negativo in precedenza proposto dal debitore nei confronti del verbale ispettivo da cui è scaturita l'iscrizione a ruolo non opposta deve definirsi dichiarando la sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente relativamente al credito iscritto a ruolo.**

FATTO - Con ricorso, depositato in data 21.4.2006 e ritualmente notificato, la “*Da Tonino di C.Z.*” s.a.s. conveniva in giudizio dinnanzi al Tribunale di Caltanissetta, in funzione di giudice del lavoro, INPS per sentir “*ritenere e dichiarare che la sig.ra S.R.E. fin dall'ottobre 2002 svolge attività di lavoro subordinato alle dipendenze della ricorrente e per l'effetto annullare e/o dichiarare inefficace l'impugnato provvedimento*”.

A sostegno della propria pretesa parte ricorrente affermava:

- di svolgere attività di ristorazione in Sommatino;
- di essersi visto notificare verbale di accertamento datato 18.11.2004 nel quale si riconosceva il rapporto di lavoro subordinato della signora S.R.E. a partire dal mese di ottobre 2002, si recuperavano le prestazioni percepite a titolo di assegno per il nucleo familiare per il periodo ottobre 2002/ottobre 2004 e si provvedeva all'iscrizione della stessa nella gestione autonoma commercianti come collaboratrice dell'acomandatario della società;
- di aver proposto ricorso avverso il sopraccitato verbale con esito negativo, essendo lo stesso stato ritenuto dal Comitato Regionale per i Rapporti di Lavoro irricevibile;
- che la signora S. non era collaboratrice, bensì dipendente della società ricorrente con qualifica di cuoca dal 19.11.2001;
- che la stessa seguiva un orario di lavoro part time che era tenuta a rispettare e percepiva una retribuzione predeterminata stabilita dalla contrattazione collettiva, seguendo le direttive e gli ordini impartiti dall'amministrazione della società;
- che, per dette ragioni, doveva essere necessariamente annullato il verbale di accertamento impugnato.

Si costituiva ritualmente INPS, eccependo – preliminarmente – l'inammissibilità delle domande avversarie per carenza di interesse ad agire, non essendo derivato dal riconoscimento del rapporto di lavoro della S. alcun addebito contributivo a carico della società opponente e chiedendo nel merito il rigetto del ricorso in considerazione della sua infondatezza in fatto e in diritto.

Nelle note difensive autorizzate depositate in data 2.5.2007, al fine di paralizzare la preliminare eccezione di interesse ad agire sollevata da parte resistente, la società ricorrente produceva copia della cartella di pagamento n. 292 2005 12861291 notificata in data 11.3.2006 e copia della cartella di pagamento n. 292 2006 11815129000 notificata in data 30.3.2007, aventi rispettivamente per oggetto la prima le sanzioni previste dall'art. 116 comma 8 lett. B) e la seconda il recupero degli sgravi fruiti dalla ricorrente ai sensi della legge 407/1990.

* Conf. Cass. n. 16203/2008; diff. Cass. n. 17978/2008; in questa Rivista, 2008, pagg. 957-968 con nota di R. MANDELLI.

All'udienza del 9.10.2007 veniva espletata la richiesta attività istruttoria, alla successiva udienza del 5.2.2008 il procuratore dell'INPS faceva rilevare la sopravvenuta carenza di interesse ad agire della ricorrente, in quanto il ruolo n 292 2006 00115129000 relativo ai contributi dovuti dalla società ricorrente per l'iscrizione della S. alla gestione commercianti sarebbe divenuto definitivo, non essendo stato impugnato nei termini previsti dall'art. 24 decreto legislativo 46/1999.

All'udienza dell'1.4.2008 la causa veniva discussa e decisa come da separato dispositivo di cui era data rituale lettura.

DIRITTO - L'eccezione relativa all'interesse ad agire sollevata da parte convenuta nella memoria di costituzione appare a questo giudicante infondata.

L'assunto di parte convenuta - sulla scorta del quale dal disconoscimento del rapporto di lavoro della S. non sarebbe derivato alcun addebito contributivo - risulta infondata, se si considera la circostanza che la lavoratrice S. è stata assunta per poter fruire degli sgravi previsti dalla legge 407/1990 e che, qualificando il rapporto di lavoro della stessa come lavoro autonomo, verrebbero meno i requisiti previsti dall'art. 8 della legge 407/1990, con conseguente recupero (tra l'altro già operato con la cartella di pagamento notificata in data 30.3.2007) delle agevolazioni contributive fruite.

Risulta, invece, fondata l'eccezione relativa alla sopravvenuta carenza di interesse ad agire sollevata da parte convenuta all'udienza del 5.2.2008 per la sopravvenuta definitività del ruolo contenente i contributi relativi all'iscrizione della S. nella gestione commercianti.

L'interesse ad agire - la cui carenza è invocata da parte convenuta - trova fondamento nell'art. 100 c.p.c.. Detto interesse viene definito dalla dottrina e giurisprudenza dominanti come il bisogno di tutela giurisdizionale che emerge dall'affermazione dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi del diritto e si estrinseca "*nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice*" (cfr Cass. 2721/2002).

L'interesse ad agire deve, in particolare, concretarsi "*nell'esigenza di colui che propone la domanda a conseguire un risultato utile e giuridicamente apprezzabile*" e richiede un'indagine del giudice "*sull'idoneità astratta della pronuncia al conseguimento del risultato utile sperato, a prescindere da ogni esame del merito della controversia*" (cfr Cass. 13906/2002; Cass. 11319/1990; Cass. 4984/2001).

Nel caso di specie, INPS ha fatto correttamente rilevare che i contributi oggetto del presente procedimento erano già stati oggetto di iscrizione a ruolo e di relativa cartella di pagamento notificata alla parte ricorrente in data 30.3.2007 (circostanza riconosciuta dalla stessa parte ricorrente nelle note depositate in data 2.5.2007) e che tale cartella non era mai stata opposta, divenendo definitiva.

Tale definitività, che si è venuta a determinare in conseguenza dell'operare dell'art. 24 comma V del decreto legislativo n. 46 del 1999, fa venir meno l'interesse ad agire di parte ricorrente in relazione ai contributi oggetto della medesima cartella.

Se, infatti, l'interesse ad agire - come sopra accennato - deve concretarsi nell'esigenza di ottenere un risultato concreto, utile, giuridicamente apprezzabile e attuale, non è possibile rinvenire la sua esistenza nella domanda di accertamento proposta dall'odierna

ricorrente che viene a essere paralizzata dalla decadenza dell'azione in conseguenza dello spirare del termine perentorio per proporre opposizione.

Relativamente alla natura del termine in oggetto questo Giudice ritiene, infatti, di aderire alla tesi sostenuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti (cfr., Tribunale di Parma del 24.1.03; Tribunale di Vicenza n. 333 del 23.11.03; Tribunale di Modena 8.6.01) secondo le quali lo stesso deve reputarsi perentorio.

Detto orientamento si fonda su una interpretazione teleologica della disposizione normativa che risulta finalizzata a garantire agli Enti Previdenziali una rapida realizzazione dei propri crediti.

Tali conclusioni scaturiscono, infatti, da un'analisi ermeneutica di tipo storico e sistematico considerato che l'art. 2 comma 4 del DL 338/89 definiva espressamente come perentorio il termine per l'opposizione, così come si devono intendere perentori i termini dell'art. 13 della l. 448/98 che richiama la predetta normativa. Questi dati relativi alla perentorietà del termine nella previgente normativa appaiono decisivi anche nell'analisi dell'art. 24 comma 5 cit., considerato che dall'esame del D. Lgs. 46/99 non si rinviene alcun elemento convincente per poter sostenere che il legislatore abbia inteso integralmente sovvertire il preesistente sistema, non essendovi alcuna previsione espressa in tal senso.

Dette argomentazioni appaiono del resto più convincenti della tesi giurisprudenziale e dottrinale contrapposta (alla quale il ricorrente fa riferimento) fondata sul dato letterale della norma in questione che, per l'appunto, non qualifica detto termine come perentorio e sul disposto dell'art. 152 c.p.c.. Occorre al riguardo ricordare come la Corte di Cassazione abbia precisato che *“sebbene l'art. 152 cod. proc. civ. 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 un'esplicita dichiarazione in tal senso, debba senz'altro escludersi la perentorietà del termine; nulla vieta infatti di indagare se, a prescindere dal dettato della norma, un termine, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba esser rigorosamente osservato, e sia quindi perentorio”* (cfr., Cass. Sentenza n. 5074 del 06/06/1997).

La natura perentoria del termine ha, infine, trovato conferma in una recentissima pronuncia della Cassazione (Cass. 4506/2007(1)) ove si è affermato che *“quello prescritto dal V comma dell'art. 24 cit. è il termine 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 ... detto termine deve ritenersi perentorio, perché diretto a rendere non più contestabile dal debitore il credito contributivo dell'ente previdenziale in caso di omessa tempestiva impugnazione e a consentire così una rapida riscossione del credito medesimo”*.

Sempre nella stessa sentenza la Corte ha ritenuto che *“alla perentorietà del termine in esame non è neppure di ostacolo il fatto che l'iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali avvenga senza un preventivo accertamento giudiziale. L'ordinamento non ignora titoli esecutivi formati sulla base di un mero procedimento amministrativo dell'ente impositore. A questa categoria si iscrivono le iscrizioni a ruolo delle imposte dirette e indirette che diventano definitive (ove non precedute dall'avviso di accertamento) se non impugunate nei termini di cui all'art. 21 della legge 31.12.1992 n. 546. Non è senza significato che il*

legislatore abbia previsto la procedura di riscossione mediante ruolo, tipica delle imposte, anche per i crediti contributivi, inserendo le relative norme in un testo normativo a riordinare la disciplina del procedimento di riscossione mediante ruolo delle entrate tributarie. Si aggiunga che il termine previsto dal quinto comma dell'art. 24 del decreto legislativo 46/1999 non troverebbe alcuna plausibile giustificazione se non fosse finalizzato a rendere incontrovertibile, se non impugnato tempestivamente, il credito iscritto a ruolo”.

La domanda deve, pertanto, essere dichiarata inammissibile in relazione ai contributi richiesti da INPS per gli anni 2002/2005 e oggetto della cartella di pagamento n. 292 2006 00115129000.

Residua, però, l'interesse di parte opponente – in relazione alle pretese contributive che verranno azionate da INPS relative alla iscrizione della signora S. nella gestione commercianti per i periodi successivi al 2005 all'eventuale successivo recupero degli sgravi fruiti – all'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro della medesima.

Poiché la vicenda investe la nota questione degli elementi caratterizzanti un rapporto di lavoro subordinato, è opportuno richiamare alcuni ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali rilevanti ai fini della soluzione della controversia sottoposta all'attenzione del giudicante.

Secondo l'art. 2094 del c.c. “*è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”.

La lettera della legge illustra la verticalità di un rapporto nel quale il lavoro è reso “*alle dipendenze e sotto la direzione*” dell'imprenditore.

Le regole successivamente imposte agli artt. 2099 e ss., 2104, 2104, 2106, c.c., riempiono di contenuti detta verticalità per la quale il subordinato, nell'ambito di una diligenza qualificata, deve osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dal datore di lavoro e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende; tale dipendenza è resa più intensa da un obbligo di fedeltà e da una soggezione al potere disciplinare del datore di lavoro.

Sulla base delle disposizioni normative citate, svariate massime della Suprema Corte ribadiscono che elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato da quello di lavoro autonomo è rappresentato dalla subordinazione del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro; subordinazione da intendersi come vincolo di natura personale che assoggetta il prestatore ad un potere datoriale che si manifesta in direttive inerenti, di volta in volta, alle modalità di svolgimento delle mansioni e che si traduce in una limitazione della libertà del lavoratore (cfr. Cass. lav. 10.6.98, n. 5792; Cass. lav. 29.3.95, n. 3745; Cass. lav. 11.8.94, n. 7374; Cass. lav. 9.6.94, n. 5590; Cass. lav. 7.2.94, n. 1219; Cass. lav. 18.12.87, n. 9459).

Accertato, però, che qualsiasi attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che autonomo (Cass. lav. 16.1.96, n. 326), quando risulti difficile l'accertamento diretto dell'elemento essenziale della subordinazione come sopra delineato, in special modo avuto riguardo a mansioni peculiari di carattere intellettuale o, comunque, di elevata professionalità, ovvero alla posizione di vertice del lavoratore nell'organizzazione aziendale, può farsi ricorso ad elementi dal carattere sussidiario e funzione indiziaria (Cass. lav. 19.11.98, n. 11711; Cass. lav.

18.06.98, n. 6114; Cass. lav. 04.03.98, 2370(2); Cass. lav. 26.10.94, n. 8804) che, lungi dal prescindere dall'essenzialità della subordinazione, ne accertano in via indiretta l'esistenza quali evidenze sintomatiche di un vincolo non rintracciabile *aliunde*.

L'utilizzo del procedimento presuntivo si sostanzia nell'individuazione di un nesso logico specifico tra le effettive modalità di attuazione del rapporto e i singoli elementi costitutivi del "tipo" legale di contratto di lavoro subordinato, mediante una sorta di susunzione del caso concreto nella fattispecie astratta delineata dall'art. 2094 c.c..

È però chiaro che la mera applicazione dei singoli indici rivelatori può essere fuorviante se non si accompagna ad una globale visione di insieme che attribuisca maggiore o minor valore ad alcuni di essi a seconda delle peculiarità della prestazione di cui si discute; vale, cioè, il paradigma logico secondo cui gli indizi, proprio perché tali, vanno letti congiuntamente affinché il processo inferenziale conduca a risultati univoci.

Gli indici presuntivi di ordinaria applicazione giurisprudenziale sono i seguenti:

- eterodirezione delle modalità, anche di tempo e di luogo, della prestazione;
- inserimento stabile del lavoratore nell'organizzazione produttiva dell'impresa;
- utilizzo di locali, mezzi e strutture fornite dal datore di lavoro;
- assenza di rischio imprenditoriale;
- obbligo di osservanza di un orario di lavoro e di frequenza giornaliera, con annessi obblighi di giustificazione dei ritardi e delle assenze;
- continuità della collaborazione, quale obbligo ideale tendenzialmente stabile di messa a disposizione da parte del dipendente delle energie lavorative;
- retribuzione predeterminata a cadenza fissa;
- pagamento dello straordinario, godimento delle ferie, versamento di contributi assicurativi;
- esclusività della prestazione;
- infungibilità soggettiva della prestazione;
- esercizio di mansioni meramente esecutive.

Alla stregua delle suesposte argomentazioni deve essere esaminata la controversia che ci occupa.

Dall'istruttoria espletata è emerso che la S. ha lavorato stabilmente come cuoca per la "Da Tonino di C. Z." s.a.s, circostanza che ha trovato conferma nella deposizione del teste G. D..

In particolare, il teste, dipendente di parte ricorrente con qualifica di pizzaiolo, pur non sapendo precisare la durata del rapporto lavorativo, ha riferito che la sig.ra S. seguiva un orario predeterminato (dalle 12.00 alle 14.00 e dalle 19.00 alle 23.00, tutti i giorni della settimana ad eccezione del lunedì), che la stessa svolgeva i compiti di cuoca ed era sottoposta, come lo stesso teste, alle direttive del titolare, figlio della signora S..

Inoltre, il teste – dopo aver preso visione delle buste paga della signora S. – ha dichiarato di aver ricevuto le medesime buste paga con cadenza mensile.

INPS, invece, da parte sua non ha formulato istanze istruttorie a prova contraria per dimostrare l'eventuale natura autonoma del rapporto di lavoro della signora S., non potendo supplire a tali carenze il verbale di accertamento impugnato.

È noto, infatti, che deve essere attribuito valore di prova piena, fino a querela di falso, solo ai fatti che il funzionario verbalizzante, quale pubblico ufficiale, afferma es-

sere avvenuti alla sua presenza e lo stesso valore sicuramente non può essere attribuito alle valutazioni espresse dal funzionario medesimo o al contenuto delle dichiarazioni dal funzionario medesimo raccolte.

Sulla base degli elementi di prova raccolti questo giudice deve necessariamente addivenire ad una pronuncia della natura subordinata del rapporto di lavoro della signora S.R.E. alle dipendenze della società ricorrente.

L'esito del giudizio e la natura della pronuncia giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2007, p. 149

(2) Idem, 2000, p. 181

NOTA

Con la Sentenza del 27 febbraio 2007, n. 4506, la Suprema Corte ha ribadito il principio, già ripetutamente affermato dalla prevalente giurisprudenza di merito, della natura perentoria del termine di quaranta giorni previsto dall'art. 24, comma 5, D. Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, per proporre opposizione avverso il ruolo esattoriale relativo a contributi previdenziali.

Con la medesima pronuncia la Cassazione ha affermato, altresì, che il giudizio di opposizione avverso il ruolo di cui al comma 6 dell'appena citato art. 24 è un vero e proprio giudizio di cognizione sul merito della pretesa contributiva dell'ente. Pertanto, una volta trascorso vanamente il termine di quaranta giorni per proporre opposizione il ruolo diventa definitivo e il credito dell'ente incontestabile.

Nel caso oggetto della sentenza che si annota, il debitore, prima che il credito fosse iscritto a ruolo, aveva proposto un giudizio di accertamento negativo avverso il verbale ispettivo da cui scaturiva il credito. Tuttavia, in corso di causa, l'INPS aveva ugualmente iscritto a ruolo esattoriale una parte del credito e il concessionario per la riscossione aveva notificato la relativa cartella, divenuta definitiva per mancata opposizione. Il giudice, quindi, considerata la perentorietà del termine di quaranta giorni e considerato che, quindi, il ruolo era divenuto definitivo e il credito dell'ente non più contestabile, ha deciso il giudizio di accertamento negativo dichiarando la sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente relativamente al credito oggetto dell'iscrizione a ruolo. A tale conclusione, del resto, non è di ostacolo il fatto che ai sensi del già citato art. 24, comma 3, D. Lgs. n. 46/1999, qualora l'accertamento dell'ufficio sia impugnato davanti all'autorità giudiziaria l'iscrizione a ruolo può eseguirsi soltanto in presenza di un provvedimento esecutivo del giudice atteso che anche tale motivo di inammissibilità dell'iscrizione a ruolo deve farsi valere, a pena di decadenza, nel termine perentorio di quaranta giorni dalla notifica della cartella esattoriale.

Il principio affermato dal giudice del lavoro presso il tribunale di Caltanissetta opera *a fortiori* nelle ipotesi in cui il giudizio di accertamento negativo del credito venga proposto dopo che il ruolo esattoriale sia divenuto definitivo per il vano decorso del

termine per l'opposizione previsto dall'art. 24, comma 5, D. Lgs. n. 46/1999. Infatti, ammettere la possibilità di contestare il credito dell'ente iscritto in un ruolo divenuto definitivo per mancata (o tardiva) opposizione mediante una successiva azione di accertamento negativo del credito stesso, di fatto vanificherebbe la perentorietà del termine ex art. 24, comma 5 e pregiudicherebbe le esigenze di certezza e di celere riscossione del credito dell'ente poste a base della Sentenza n. 4506/07 della Cassazione.

Carmelo Russo
Avvocato INPS

Pensioni - Riduzione della retribuzione settimanale media nell'ultimo quinquennio lavorativo - Incomprimibilità dell'importo della pensione - Riduzione retributiva extra quinquennio - Inapplicabilità del principio ex Corte Cost. n. 264/1994.

Tribunale di Como - 09.02.2009 n. 43 - Dott. Fagnoli – R.M. (Avv. Miani) - INPS (Avv. Mogavero)

Il principio enunciato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 264/1994, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, 8° comma, L. n. 297/1982 nella parte in cui non prevede che, in caso di esercizio durante l'ultimo quinquennio di contribuzione di attività lavorativa meno retribuita da parte di lavoratore che abbia già maturato il requisito contributivo, la pensione non possa essere comunque inferiore a quella che sarebbe spettata escludendo dal computo i periodi di minore contribuzione, è circoscritto alle riduzioni retributive dell'ultimo quinquennio di lavoro e non può estendersi a periodi ad esso anteriori, pur se successivi al raggiungimento del requisito pensionistico.

FATTO - Con ricorso depositato il 12.11.2008, R. M. lamentava che l'INPS le avesse attribuita una pensione calcolata sulla retribuzione più bassa percepita, successivamente all'aver conseguito i requisiti d'una più alta pensione di vecchiaia, nel 1993.

Invero, essa dopo il 1992 aveva continuato a lavorare con introiti inferiori, sui quali l'INPS aveva calcolato il trattamento di quiescenza concesso; perciò, l'art. 3 comma 8 L. 297/1982, così come interpretata dalla sentenza costituzionale 264/1994(1) era stato violato.

Chiedeva, quindi, la condanna dell'INPS alla riliquidazione della propria pensione con riferimento alla retribuzione percepita fino al 1992.

Si costituiva l'INPS e contestava le domande. La norma invocata, interpretata dalla sentenza costituzionale, vietava il calcolo in riduzione della pensione solo nell'ultimo quinquennio dell'attività lavorativa. Invece, M. R. aveva conseguito il diritto alla pensione nel lontano 1992. A buon diritto, l'INPS aveva quantificato il trattamento sulle ultime paghe.

Instava per il rigetto del ricorso.

DIRITTO - La *quaestio decidendum* è di natura interpretativa. È opportuno partire dal dato normativo.

Il comma 8, dell'art. 3, L. 29.5.1982 n. 297, recita: "*Per le pensioni liquidate con decorrenza successiva al 30 giugno 1982 la retribuzione annua pensionabile per l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti è costituita dalla quinta parte della somma delle retribuzioni percepite in costanza di rapporto di lavoro, o corrispondenti a periodi riconosciuti figurativamente, ovvero ad eventuale contribuzione volontaria, risultante dalle ultime 260 settimane di contribuzione antecedenti la decorrenza della pensione*".

Il dispositivo della sentenza costituzionale 30.6.1994, n. 264, stabilisce: "*La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, ottavo comma, della legge 29 maggio 1982 n. 297 (disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica), nella parte in cui non prevede che, nel caso di esercizio durante l'ultimo quinquennio di contribuzione di attività lavorativa, meno retribuita da parte di un lavoratore che abbia già conseguito la prescritta anzianità contributiva, la pensione liquidata non possa essere comunque inferiore a quella che sarebbe spettata, al raggiungimento dell'età pensionabile, escludendo dal computo, ad ogni effetto, i periodi di minore retribuzione, in quanto non necessari ai fini del requisito dell'anzianità contributiva minima; dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, terzo comma, della legge 30 aprile 1969 n. 153 (revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 36 e 38 della Costituzione, dal pretore di Treviso con l'ordinanza indicata in epigrafe.*

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22.06.94".

Come si vede, l'INPS ha dato molta importanza alla frase del dispositivo: "*durante l'ultimo quinquennio di contribuzione di attività lavorativa*"; mentre, parte ricorrente nega l'accezione limitativa della frase.

Pare al decidente che quel richiamo agli ultimi cinque anni, disposto dalla Corte, non avrebbe nessun senso se si accogliesse la tesi ricorrente.

L'interpretazione letterale della frase ha carattere limitativo ed è coerente con l'impostazione teleologico-normativa. In effetti, nel corso della propria vita, il lavoratore può conseguire paghe di ammontare diverso; talvolta più ridotta, con l'avvicinarsi alla quiescenza.

La norma citata e l'interpretazione della Corte, fanno, entrambe, riferimento a cinque anni (260 settimane), vietando che, nel quinquennio antecedente alla quiescenza, si calcolino per la pensione le paghe più basse, eventualmente percepite dal lavoratore.

Invece, se le retribuzioni inferiori sono state percepite prima dell'inizio del quinquennio finale, allora, sì, l'INPS può calcolare la pensione sulla mercede più esigua.

In realtà, pare illogico che un lavoratore debba ricevere la pensione solo sulle paghe più cospicue percepite durante la sua vita, negligendo sempre l'eventuale peggioramento retributivo. Il *favor lavoratoris* frena il calcolo della pensione sulle paghe basse; ma solo nell'ultimo quinquennio prima della quiescenza. Questo è il compromesso tra il lavoratore pensionato e l'erario che il legislatore ha escogitato.

Ne consegue che la domanda va rigettata.

Poiché ricorrono giustificati motivi, si dispone la totale compensazione delle spese processuali.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 1116

Processo civile - Opposizione ad intimazione di pagamento emessa dal concessionario della riscossione - Natura di opposizione all'esecuzione - Legittimazione passiva dell'INPS - Insussistenza.

Tribunale di Como - 13.02.2009 n. 41 - Dott. Fagnoli - G.P. (Avv.ti Galli, Palesse) - INPS (Avv. Mogavero) - Equitalia Esatri spa (Avv. Aondio)

L'opposizione proposta all'intimazione di pagamento notificata dal concessionario della riscossione in forza di pregresse cartelle per crediti previdenziali, non opposte nei termini, ha natura di opposizione all'esecuzione, rispetto alla quale l'Ente previdenziale difetta di legittimazione processuale, competendo la qualità di convenuto al solo concessionario.

FATTO - Con ricorso, depositato in data 27.11.2008, G. P. si opponeva agli atti esecutivi connessi alle notifiche di cartelle esattoriali: la cartella n. 3801, notificata in data 22.1.2001 per € 11.138,09 e la cartella n. 3806, notificata il 29.07.2004 per €. 8.328,79. I due procedimenti erano riuniti ex art. 151 Disp. Attuaz. c.p.c..

Affermava che la cartella n. 3801 non era stata mai notificata e, comunque, il credito contenuto in essa era prescritto. La cartella, inoltre, era carente di motivazione e, quindi, nulla. Infine, era mancante di requisiti previsti dall'art. 7, L. 212/2000. Chiedeva l'annullamento della cartella e conseguente intimazione di pagamento da parte di Equitalia Esatri Spa.

Si opponeva anche alla cartella esattoriale n. 3806 e alla conseguente intimazione di pagamento, per i medesimi motivi.

Si costituiva l'INPS ed eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva, trattandosi di atti esecutivi intrapresi da Equitalia Esatri Spa e, non già, della cartella esattoriale richiesta dall'INPS.

In ogni caso, eccepiva la inammissibilità per tardività dell'opposizione all'esecuzione.

Si costituiva Equitalia Esatri Spa, osservando la legittimità della notifica, l'inesistenza della prescrizione e tutti gli altri difetti formali prospettati.

All'udienza del 29.01.2009, le parti chiedevano termine per transigere, relativamente agli atti esecutivi della cartella n. 3806. Concesso il rinvio, all'udienza del 2.2.2009, le parti trovavano un accordo relativamente alla cartella n. 3806, mentre la controversia restava con riferimento alla cartella n. 3801.

Nell'assenza dell'opponente, sentito il funzionario INPS, espletata l'istruttoria dibattimentale, i difensori concludevano come da verbale in atti.

DIRITTO - 1 - Questioni pregiudiziali

L'eccezione di carenza di legittimazione passiva dell'INPS va esaminata per prima. E va accolta.

Infatti, non trattasi di opposizione a cartelle esattoriali, bensì di opposizione all'esecuzione conseguente alla notifica di cartelle emesse su istanza dell'INPS.

Oggetto dell'opposizione non è, quindi, la cartella, ma la procedura esecutiva susseguente. Da qui, l'accoglimento dell'eccezione processuale INPS.

Le parti hanno concordato che la materia del contendere è cessata relativamente alla cartella esattoriale n. 3806 per €. 8.328,79.

Invero, l'INPS ha defalcato i contributi pretesi con rinuncia ad azionare il diritto. Controparte ha accettato. Ne deriva che la materia del contendere relativamente a tale cartella è cessata.

2 - Nullità della notifica

L'obiezione principale di G. P. è la nullità della notifica 22.2.2001, della cartella Equitalia Esatri Spa n. 3801 per €. 11.138,09.

La notifica è un atto pubblico che fa fede fino a querela di falso. Le nullità sono previste tassativamente dall'art 160 c.p.c.

Orbene, contro l'atto pubblico della notifica, G. non ha proposto querela di falso ex art. 222 e segg. c.p.c. La querela di falso deve essere proposta personalmente dall'interessato. Ebbene, G. P. è rimasto sempre assente nelle udienze che lo riguardavano. Non solo egli non si è presentato in udienza, ma non ha demandato le sue giustificazioni ad altra persona, così come l'art. 420 c.p.c. gli consentiva.

Pertanto, G., non solo, ha omesso di esprimere querela di falso contro la notifica, ma non ha neanche disconosciuto la firma in calce all'avviso di ricevimento postale. Inoltre, non ha introdotto nessun teste che suffragasse la tesi di falsità della firma sull'avviso di ricevimento.

In queste condizioni, la pretesa del ricorrente di invalidare la notifica della cartella

esattoriale, è assolutamente inaccoglibile. Nessun elemento probatorio può apportare il difensore tecnico la cui funzione ex art. 82 c.p.c., è l'assistenza del cliente con la sola facoltà di prospettare convincentemente la propria tesi.

Gli elementi probatori in udienza, devono essere supportati dai testimoni, dai documenti e, in misura inferiore, dalle voci delle parti in causa.

Nella circostanza, G. non ha in alcun modo suffragato probatoriamente la tesi della nullità della notifica. La cartella esattoriale Equitalia emessa su istanza dell'INPS contro G. per €. 11.138,09 è stata, dunque, efficacemente notificata.

3 - Nullità della cartella

In secondo luogo, si osserva che la cartella esattoriale è uno strumento disegnato dal legislatore a favore degli organi pubblici per riscuotere danaro a titolo pubblicistico. La celerità e l'efficienza, cristallizzate nell'esecutorietà, sono i caratteri della cartella esattoriale. A tal fine il legislatore ha predisposto un solo strumento per caducare l'efficacia della cartella esattoriale: l'opposizione entro quaranta giorni dalla notifica. Tutti i vizi della cartella, ivi compresa la nullità, devono essere opposti nel termine di decadenza di quaranta giorni. Lo prevede l'art. 24 della L. 46/1996.

Orbene, tutti i vizi formali prospettati dal ricorrente contro la cartella avrebbero dovuto essere opposti entro quaranta giorni, a far tempo dal 22.1.2001, data della notifica.

Il principio della rilevabilità di ogni stato e grado di giudizio ex art. 1422 c.c. è derogato in questo caso dal legislatore che ha previsto una nullità speciale ex art. 24 L. 46/99. Pertanto, tutte le eccezioni formali (carenza della cartella, carenza di motivazione del responsabile del procedimento, ecc.), sono inammissibili in questa fase processuale.

Parimenti infondata è l'eccezione di prescrizione. Infatti, risulta per *tabulas* che P. G. ha ricevuto varie sollecitazioni, dall'INPS, il 12.9.1995 e il 4.4.1998 e da Equitalia, il 12.9.1995. Inoltre, egli ha richiesto all'INPS la cancellazione in data 1.7.2003, riconoscendo con ciò, di essere debitore, per il periodo precedente, di contributi omessi. Orbene, la prescrizione è stata interrotta ex artt. 2943 c.c. e 2944 c.c..

Pertanto, gli atti esecutivi di Equitalia Esatri Spa, relativi alla cartella esattoriale n. 3801, notificata regolarmente il 22.02.2001 sono legittimi.

L'opposizione va rigettata.

L'assenza in udienza di G. P. per due udienze e l'assenza di qualsiasi persona da lui delegata per sostenere le sue tesi, la mancanza di testimoni individuati per suffragare le prospettazioni attrici, suggeriscono di applicare l'art. 91 c.p.c. a carico del soccombente, sia pure parzialmente.

Indi, si liquidano €. 1.500,00 a favore di Equitalia Esatri Spa ed €. 1.500,00 a favore di INPS, impropriamente, chiamata in causa.

(*Omissis*)

Controversie in materia di assistenza e previdenza - Decorso dei termini per l'esaurimento del procedimento amministrativo - Decadenza dall'azione giudiziale - Dies ad quem - Ricorso amministrativo tardivo avverso il diniego - Irrilevanza.

Tribunale di Como - 19.11.2008 n. 369 - Dott. Fargnoli - D.C. (Avv. Castronovo) - INPS (Avv. Mogavero)

Il termine di decadenza dall'azione giudiziale, la cui durata, annuale o triennale dipende dalla natura pensionistica o meno del petitum - ed è ultroneo investigare allorquando risulti prospetticamente decorso anche il termine più lungo - decorre dalle varie tappe della sequenza procedimentale previste dall'art. 47 D.P.R. 639/1970, come modificato dal D.L. 384/1992 conv. in L. 438/1992, entro il limite del termine per l'esaurimento del procedimento amministrativo, e non riprende a decorrere in caso di presentazione di ricorso tardivo avverso il diniego di prestazione.

FATTO - Con ricorso, depositato in data 04.09.2008, D. C. chiedeva all'Inps l'assegno per il nucleo familiare, in relazione alla pensione superstiti. Evocava, all'uopo la legge 153/1988.

Si costituiva l'INPS e contestava le domande. In rito, eccepiva la decadenza ex art. 47 D.P.R. 639/1970, come modificata dall'art. 24 L. 88/1989. Nel merito, sosteneva l'infondatezza della domanda.

All'udienza del 11.11.2008, i difensori concludevano come da verbale in atti.

DIRITTO - L'eccezione preliminare di decadenza proposta dall'Inps va esaminata per prima. Le questioni che emergono nel valutare la deduzione formale sono due. La prima è verificare se si applica alla fattispecie la decadenza triennale, ex primo comma, D.L. 19.9.1992 n. 384, ovvero la prescrizione annuale del secondo comma.

L'altra questione da esaminare consiste nell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione annuale o triennale che sia.

Ecco, la norma discussa: "*Decreto Legge 19.9.1992 n. 384, art. 4, G.U. 19.9.1992 n. 221 conv. in L. 438/92 - Capo I Previdenza e Assistenza -*

1. I commi secondo e terzo dell'art. 47 del decreto del presidente della Repubblica 30 aprile 1970, n. 639, sono sostituiti dai seguenti: "Per le controversie in materia di trattamenti pensionistici l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'Istituto, o dalla data di scadenza del termine per la pronuncia della predetta decisione, ovvero dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione.

Per le controversie in materia di prestazioni della gestione di cui all'art. 24 della

legge 9 marzo 1989, n. 88, l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di un anno dalle date di cui al precedente comma".

Pare al decidente essere opportuno esaminare prima il termine iniziale di decadenza e, successivamente, verificare se si applichi quella triennale o quella annuale.

In effetti, una volta individuato il termine iniziale della decadenza, potrebbero essersi compiuti entrambi i termini delle due decadenze.

Così delineata l'impostazione della controversia, verifichiamo le due tesi contrapposte in base alla seriazione burocratica, che è la seguente:

il 23.9.2003 D. C. propone domanda amministrativa all'Inps per ottenere l'assegno pensionistico per il nucleo familiare;

il 25.6.2004, l'INPS rigetta nel merito l'istanza, documento n. 2 ricorso: *"la figlia non era inabile"*;

il 26.2.2007, D. invia ulteriore documentazione all'Inps;

il 18.9.2007, D. propone ricorso amministrativo contro la decisione INPS, al Comitato provinciale. La proposizione del ricorso è tardiva essendo proposta oltre i termini previsti per il ricorso amministrativo di impugnazione al Comitato;

il 7.2.2008 il Comitato provinciale qualifica il ricorso come inammissibile.

A questo punto, occorre interpretare il D.L. 384/92. Il primo e il secondo comma, prevedono tre termini iniziali per la decadenza: 1) dalla decisione del ricorso amministrativo, 2) dalla data prevista dalla legge per la decisione non emessa dall'ente, 3) dalla data prevista per espletamento di tutto il procedimento non attuato dall'ente malgrado la domanda iniziale.

È evidente che gli item 2 (domanda senza decisione) e 3 (né domanda né decisione) non si applicano; se vi è stata la decisione del ricorso amministrativo, interviene l'unica ipotesi in cui c'è stata la decisione amministrativa (item 1).

Orbene, la decisione di merito dell'Inps è stata emessa il 25.6.2004. Da tale giorno, dunque, comincia a decorrere il termine di decadenza. Il termine è perciò decorso, sia se la decadenza fosse stata annuale, sia se triennale. In effetti, il ricorso amministrativo è del 4.9.2008.

Occorre ora considerare gli atti successivi della ricorrente. La trasmissione integrativa di documenti avvenuta il 16.2.2007 è irrilevante perché non contiene una manifestazione di volontà. Non ha alcun effetto giuridico trattandosi di mera dichiarazione di scienza.

Il ricorso del 18.9.2007, invece, è un'autentica manifestazione di volontà essendo un ricorso all'organo d'impugnazione dell'Inps. Ma trattasi di ricorso tardivo. È stato spedito oltre il termine previsto per l'accoglimento; tant'è che l'INPS con provvedimento 7.2.2008, ne ha dichiarato la inammissibilità.

Ora, è pur vero che la Cassazione, in qualche sentenza, ha qualificato i termini per la proposizione del ricorso al Comitato provinciale non perentori. Tuttavia, tale pronuncia vale per l'esame dell'impugnazione. Non già per rimettere in gioco una situazione ormai esaurita con riferimento alla decadenza.

Se diversamente fosse, gli effetti sarebbero devastanti per il Diritto. Praticamente si eliminerebbe dall'Ordinamento il fluire del tempo (prescrizione e decadenza). In ef-

fetti, ciascun soggetto colpito dalla prescrizione o decadenza potrebbe eccepire che ha promosso fuori termine un altro atto che lo rimette in gioco, eludendo così l'estinzione sancita dai due istituti giuridici, custodi della certezza del diritto. Basterebbe un ricorso tardivo per affermare che il termine iniziale della decadenza deve calcolarsi da tale istanza intempestiva. Nella fattispecie il ricorso al Comitato provinciale di D. del 19.9.2007, è tardivo e non ha modificato la situazione giuridica che si era sedimentata con la decisione 25.6.2004; tale provvedimento non fu tempestivamente impugnato e lo rese intangibile.

In definitiva, il termine della decadenza della domanda di D. C. decorre dal 25.6.2004.

Anche se la prescrizione fosse stata triennale si sarebbe conclusa nel 2007 e cioè un anno prima del ricorso giudiziale. Ciò esime dall'approfondire il comma 2 del D.L. 384 del 1992 e il conseguente rinvio all'art. 24 L. 88 del 1999.

Da qui, l'inammissibilità della domanda di D. M..

Si dispone la totale compensazione delle spese processuali.

(Omissis)

Contributi – Ripetizione di indebito – Domanda di rimborso in sede amministrativa – Necessità – Eccezione di improponibilità del ricorso giudiziario – Sussistenza.

Tribunale di Forlì – Sentenza 21.04.2009 n. 60 – Dr.ssa Angelini Chesi – B.M.G. S.n.c. di B.M. & C. (Avv.ti Valentini, Renda) – INPS (Avv.ti Vestini, Ciarelli)

La omessa presentazione in via amministrativa della domanda di rimborso di contribuzione ritenuta non dovuta rende improponibile la domanda giudiziale, in quanto l'ente previdenziale non è stato posto in grado di conoscere la pretesa del ricorrente e si troverebbe costretto a subirne l'iniziativa giudiziaria senza aver potuto scrutinare in alcun modo la richiesta (che potrebbe – in via di ipotesi – essere accolta già in sede amministrativa), esponendo l'istituto ad aggravio di spese relative anche alla stessa gestione del contenzioso giudiziale.

FATTO - Con ricorso depositato il 13 marzo 2008 la società BMG S.n.c. di B.M. & C. esponeva di avere concluso con certo G.G. un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, avente ad oggetto la consulenza del G. in materia di costruzione e montaggio di strutture metalliche; che il G. rilasciava all'Ispettorato INPS dichiarazioni

circa la natura del rapporto come formalizzato, a seguito delle quali l'ente procedeva alla contestazione di omissioni contributive, relative alla diversa qualificazione del rapporto, affermato di natura subordinata e non autonoma; che avverso l'atto amministrativo proponeva ricorso la società, la quale comunque provvedeva al pagamento di quanto richiesto, sia pure con espressa riserva di ripetizione; che con le stesse modalità venivano pagate anche le somme richieste a titolo di sanzioni; che il B., nella sua qualità di legale rappresentante della società qui ricorrente, veniva tratto a giudizio per il reato di cui all'art. 2 L. 638/1983 e, condannato in primo grado, veniva assolto con sentenza della locale Corte d'Appello del 23-5-2003; che in forza della cennata sentenza (nella quale si afferma che *“non sono emersi elementi che, contraddicendo il tenore del contratto, consentano di affermare la sussistenza dell'elemento della subordinazione”*) la società ha diritto alla restituzione delle somme a suo tempo versate ai titoli di cui sopra.

Tanto premesso, la società ricorrente concludeva per l'accertamento dell'insussistenza dell'obbligo contributivo già oggetto di rilievo ispettivo e relative sanzioni e per la condanna dell'INPS alla restituzione delle somme pagate al titolo, come meglio precisato in epigrafe.

Si costituiva in giudizio l'INPS che, contestata anche nel merito la fondatezza della domanda, eccepiva in primo luogo l'improponibilità dell'azione giudiziaria per mancato previo esperimento degli strumenti amministrativi preposti all'eventuale soddisfacimento della richiesta.

La causa, istruita con la sola acquisizione della documentazione prodotta dalle parti, veniva decisa all'udienza del 27 febbraio 2009 come da infrascritto dispositivo.

DIRITTO - L'eccezione preliminare è fondata e deve essere accolta.

È incontrovertibile che nessuna domanda è stata presentata all'INPS dalla società ricorrente, al fine di ottenere il rimborso di quanto a suo tempo pagato.

La giurisprudenza di legittimità pare costante nel ritenere che *“... nella materia previdenziale l'azione giudiziaria iniziata senza la preventiva presentazione della domanda nella sede amministrativa è improponibile”*, tanto che viene espressamente precisato che *“nessun effetto può attribuirsi alla medesima ai fini della decorrenza degli interessi nella ripetizione dell'indebito, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ. ...”* (Sez. Lav., sentenza n. 9865 del 18/09/1995(1)).

La pronuncia di merito citata da parte ricorrente (ordinanza Tribunale Bolzano 15-1-2002), apprezzabilmente intesa a finalità di 'economia processuale' in senso lato, non pare dare adeguato risalto all'aspetto sostanziale che differenzia la mancata proposizione di una domanda amministrativa dal mancato esperimento dei procedimenti amministrativi (anche contenziosi) che preludono alla proposizione della domanda giudiziale: nel primo caso, infatti - come nella presente fattispecie - l'ente previdenziale non è stato posto in grado di conoscere la pretesa del ricorrente e si trova costretto a subirne l'iniziativa giudiziaria senza aver potuto scrutinare in alcun modo la richiesta (che potrebbe - in via di ipotesi - essere accolta già in sede amministrativa), esponendo l'istituto ad aggravio di spese relative anche alla stessa gestione del contenzioso giudiziale.

L'eccezione deve dunque essere accolta, senza che si possa far luogo alla separa-

zione del giudizio invocata in via subordinata da parte ricorrente, poiché la domanda di accertamento negativo (in sé proponibile) non è funzionale ad altro che alla richiesta di ripetizione dell'affermato indebito, con la conseguenza che, dichiarata improponibile quest'ultima, pare difettare interesse ad agire in relazione alla prima.

Ovvie ragioni di equità impongono la compensazione delle spese.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 1316

Invalidi civili – Domanda giudiziale di prestazione – Decadenza ex art. 42, comma 3, D.L. n. 269/2003 convertito dalla legge n. 326/2003 – Inammissibilità – Delega al Patronato per la trattazione della pratica – Comunicazione al Patronato del verbale di visita della Commissione Medica – Efficacia – Successivo disconoscimento del mandato conferito – Insussistenza.

Tribunale di Forlì – 9.03.2009 n. 51 - Dr.ssa Angelini Chesi - INPS (Avv.ti Vestini, Ciarelli) - T.L. (Avv. Assogna)

Ai sensi dell'art. 42, comma 3, del D. L. n. 269/2003 convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto la domanda giudiziale in materia di riconoscimento dei benefici di invalidità civile deve essere proposta, a pena di decadenza, avanti alla competente autorità giudiziaria entro e non oltre sei mesi dalla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emanato in sede amministrativa. Qualora l'interessato abbia conferito mandato al Patronato per l'espletamento della relativa pratica, è corretto l'invio della comunicazione del verbale della visita della Commissione Medica al medesimo Patronato e da tale data decorre il termine di cui all'art. 42 D. L. n. 269 cit..

FATTO - Con ricorso depositato il 14 novembre 2007, T. L. chiedeva accertarsi e dichiararsi che essa ricorrente versa nelle condizioni fisiche legittimanti la concessione della pensione di invalidità a far tempo dalla domanda e chiedeva pertanto condannarsi l'INPS alla corresponsione della prestazione con maggiorazione dei ratei scaduti degli interessi legali, oltre alla rifusione delle spese di giudizio.

Fissata l'udienza di comparizione delle parti e ritualmente notificato l'atto introduttivo, si costituiva in giudizio l'INPS, che resisteva anche nel merito alla domanda atto-

rea, ove non fossero emersi elementi tali da giustificarne l' accoglimento, ma eccepiva preliminarmente la decadenza dalla proposizione della domanda giudiziale.

La causa, istruita con l'acquisizione della documentazione prodotta dalle parti e con l'espletamento di CTU, veniva decisa all'udienza del 20 febbraio 2009 come da infrascritto dispositivo.

DIRITTO - L'eccezione di decadenza è fondata.

L'art. 42 comma III del DL 269/2003 convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, dispone che "3. *A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto non trovano applicazione le disposizioni in materia di ricorso amministrativo avverso i provvedimenti emanati in esito alle procedure in materia di riconoscimento dei benefici di cui al presente articolo. La domanda giudiziale è proposta, a pena di decadenza, avanti alla competente autorità giudiziaria entro e non oltre sei mesi dalla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emanato in sede amministrativa*".

Nella specie, la visita della Commissione risulta comunicata all'INCA il 20 febbraio 2007, ben oltre sei mesi prima del 14 novembre 2007, data di proposizione del ricorso. Nè parte ricorrente ha chiarito - neppure a fronte dell'eccezione avversaria e del sollecito dell'ufficio - in quale altro modo abbia avuto conoscenza dell'atto, che apoditticamente afferma avvenuta il 30 maggio 2007 (cfr. pag. 2 terza riga del ricorso). La stessa prova per testi articolata alla prima udienza di comparizione ("*vero che il provvedimento della commissione ... è stato portato a conoscenza della ricorrente solo il 30-5-2007?*") era inidonea, a dar dimostrazione del fatto, per la sua evidente genericità. A ciò aggiungasi che la prova doveva ritenersi comunque inammissibile, non essendo indicata la persona che avrebbe dovuto rispondere alla domanda, il che, peraltro, ulteriormente avvalorava l'esclusione della sua conducenza.

In questo contesto, pare corretto ritenere che l'atto sia pervenuto nella disponibilità della ricorrente proprio per il tramite del patronato che ne risulta consegnatario (l'INCA), la cui rappresentanza - bensì legalmente prevista solo per il momento amministrativo e non per ogni attività eventualmente successiva (cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 0372 del 1993) - può qui desumersi dai fatti. Ove infatti ciò non fosse, non si spiega come mai la ricorrente sia venuta in possesso del verbale della commissione medica - consegnato solo e proprio all'INCA - soprattutto ove si consideri che nessun elemento utile al riguardo la ricorrente ha ritenuto di offrire. In altre parole, la ricorrente avrebbe dovuto spiegare come e perché sarebbe entrata in possesso del verbale che fosse stato erroneamente trasmesso al patronato e dedurre sin dall'inizio prova al riguardo, a fortiori avrebbe dovuto chiarire le modalità di acquisizione del predetto verbale dopo che l'INPS ha esplicitato l'eccezione di decadenza qui in esame. Non pare adeguata difesa il semplice ribadire che l'atto sarebbe venuto in possesso della ricorrente solo in una certa data (elemento peraltro indicato sin dalla proposizione del ricorso), senza contestualizzare questo elemento, che rappresenta condizione preliminare di ammissibilità dell'azione.

Né può attribuirsi all'INPS un ulteriore onere probatorio quanto alla data di comunicazione del verbale all'interessata, poiché questo pare già sufficientemente dimostrato

dal documento in sé e dalla sua data di consegna ad un soggetto virtualmente idoneo a rappresentare gli interessi dell'assicurata. Le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno infatti composto un contrasto sul punto affermando che *“La richiesta della prestazione previdenziale rivolta all'ente assicuratore da un istituto di patronato per conto dell'assicurato interrompe la prescrizione anche in difetto di delega, stante il potere di rappresentanza attribuito a detti istituti dall'art. 1 del d. lgs. C.p.S. n. 804 del 1947”* (Sez. U, Sentenza n. 15661 del 27/07/2005(1)). Ciò non può certo escludere che vi sia stato un eventuale disguido, ma, in mancanza di puntuali allegazioni della parte interessata (apparendo insufficiente che la parte per la prima volta nella comparsa conclusionale affermi di non conoscere l'INCA e di non avere a questo conferito alcun mandato - pag. 4 delle note depositate il 19-12-2008), consente di ritenere correttamente comunicato il verbale e così fissato il termine di decorrenza per la proposizione dell'azione.

La domanda deve dunque essere dichiarata inammissibile.

Ovvie ragioni di equità sociale - connesse in parte anche allo stesso esito della CTU, in sé favorevole alla tesi attorea - impongono la compensazione delle spese di giudizio, ivi comprese quelle di CTU.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2006, p.51

Pensioni - Rivalutazione contributiva per esposizione all'amianto - Requisito dell'ultradecennalità - Difetto di prova dell'esposizione continuativa - Soluzione di continuità di anni tra periodi di esposizione - Non spettanza beneficio.

Tribunale di Milano - 24.12.2008 n. 5489 - Dott. Vitali - G.L. (Avv. Palotti) - INPS (Avv. Cama).

Difetta il requisito della continuità dell'esposizione decennale all'amianto in concentrazioni qualificate, compatibile con le c.d. pause fisiologiche come riposi, ferie e festività, e non spetta conseguentemente il beneficio della rivalutazione contributiva laddove tra vari periodi di esposizione, sufficienti per sommatoria a raggiungere l'ultradecennalità della durata, si siano realizzati intervalli di anni.

FATTO - Con ricorso regolarmente notificato, N.C. conveniva in giudizio l'INPS, esponendo di aver lavorato dall'1 ottobre 1974 al 31 marzo 1978 in favore della SIE/

ITE, poi ABB Solution, e dal 16 giugno 1981 all'8 settembre 1990 in favore delle GIE, poi Ansaldo, come tecnico addetto a cantieri in centrali termoelettriche; di essere stato esposto all'amianto nello svolgimento delle mansioni di tecnico montaggio e avviamento sistema bruciatori e relative tubazioni nel reparto Servizi Esterni presso le centrali di Porto Torres dall'1 ottobre 1974 al 30 giugno 1975, di Rossano Calabro dal luglio 1975 all'ottobre 1976, di Puerto Somoza (Nicaragua) dal novembre 1976 al settembre 1977, di Escuintla (Guatemala) dal settembre 1977 al febbraio 1978 e per il periodo di lavoro alle dipendenze di Ansaldo; di essere stato tenuto, quando lavorava per SIE/ITE a seguire la propria squadra che operava sui piani bruciatori, sui piani soffiatori, all'interno della sala quadri e della camera di combustione, mentre erano in corso lavori di coibentazione con amianto ai piani superiori della caldaia, costituiti da travi e pannelli forati; di aver anche provveduto con la sua squadra a decoibentare tratti di tubazioni in arrivo ai componenti; di aver utilizzato guanti e protezioni di amianto quando smontava e/o sfilava le lance dei bruciatori o soffiatori di fuliggine, nel corso delle prove a caldo delle caldaie; di essersi visto accogliere dall'INAIL la richiesta di esposizione al rischio amianto avanzata in data 7 marzo 2003 solo per il periodo di lavoro alle dipendenze di Ansaldo dal 16 giugno 1981 all'8 settembre 1990; di aver avanzato in data 17 marzo 2003 domanda amministrativa per il riconoscimento della rivalutazione dell'anzianità contributiva ex art. 13 VIII comma L. 257/92. Ciò premesso, concludeva chiedendo che fosse accertato e dichiarato che era stato esposto all'amianto dall'1 ottobre 1974 al 31 marzo 1978, oppure per il diverso periodo accertato in corso di causa, e, dunque, per un periodo superiore al decennio, considerato il periodo già riconosciuto dal 16 giugno 1981 all'8 settembre 1990 e quello dall'1 ottobre 1974 al 31 marzo 1978; fosse accertato e dichiarato il suo diritto alla rivalutazione dell'anzianità contributiva ai sensi dell'art. 13 VIII comma L. 257/1992 e conseguentemente l'INPS fosse condannato al riconoscimento della rivalutazione del suddetto periodo contributivo o di quello diverso ritenuto di giustizia con il coefficiente 1,50.

Si costituiva ritualmente l'INPS, eccependo la prescrizione del diritto e concludendo nel merito per il rigetto del ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto.

Assunte le prove testimoniali ammesse, all'udienza dell'11 aprile 2008 il procuratore del ricorrente dava atto del decesso dello stesso in data 12 gennaio 2008 e si costituiva in giudizio l'erede G.L., chiedendo la prosecuzione della causa; all'udienza del 30 ottobre 2008 la causa è stata discussa e decisa come da separato dispositivo letto in udienza.

DIRITTO - Preliminarmente, deve essere disattesa l'eccezione di prescrizione che l'Istituto convenuto ha formulato sul presupposto che, essendo cessata l'esposizione in data 8 settembre 1990, il primo atto di esercizio del diritto, e cioè la domanda presentata all'INPS in data 17 marzo 2003, sarebbe intervenuto quando il termine prescrizionale ordinario era già interamente decorso: invero, tale tesi non considera che il diritto vantato dal *de cuius* non era l'esposizione all'amianto, che è il solo presupposto di fatto del beneficio, bensì la rivalutazione del periodo contributivo ai fini del conseguimento del diritto a prestazioni pensionistiche così che, in effetti, il diritto fatto valere è il diritto a

pensione, rispetto al quale alcun termine prescrizione si era compiuto.

Nel merito, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Il C. ha ottenuto dall'INAIL il riconoscimento dell'esposizione all'amianto per il periodo di lavoro svolto alle dipendenze della Ansaldo dal 16 giugno 1981 all'8 settembre 1990, mentre analoga domanda è stata respinta con riferimento al periodo dall'1 ottobre 1974 al 31 marzo 1978, in cui il *de cuius* era dipendente di SIE/ITE ed ha dedotto di aver lavorato presso le centrali di Porto Torres dall'1 ottobre 1974 al 30 giugno 1975, di Rossano Calabro dal luglio 1975 all'ottobre 1976, di Puerto Somoza (Nicaragua) dal novembre 1976 al settembre 1977, di Escuintla (Guatemala) dal settembre 1977 al febbraio 1978.

Ora, come è noto, il nodo interpretativo dell'art. 13 cit. è rappresentato dall'individuazione del concetto di esposizione all'amianto ed in particolare dalla esistenza o meno di un limite di concentrazione di fibre di amianto nell'ambiente lavorativo quale condizione per il riconoscimento del beneficio richiesto dal ricorrente: invero, nell'escludere l'indeterminatezza della disposizione, la Corte Costituzionale nella sentenza 12 gennaio 2000 n. 5 ha ritenuto che i due parametri indicati nella norma, e cioè la durata ultradecennale dell'esposizione continuativa ed il criterio di rischio morbigeno che caratterizza il sistema di assicurazione delle malattie professionali, siano sufficienti ad evitare la censura di incostituzionalità per disparità di trattamento sollevata dal giudice remittente.

Dal canto suo, la Corte di Cassazione, con un orientamento ormai consolidato, ha ritenuto di poter ricavare dall'intero contesto motivazionale della decisione della Corte Costituzionale n. 5 del 2000 il rifiuto di una interpretazione del citato art. 13 VIII comma diretta ad estendere il beneficio della rivalutazione contributiva a tutti indistintamente i lavoratori addetti a lavorazioni che li abbiano, comunque, esposti per oltre dieci anni ad inalazioni di fibre di amianto, con il corollario che dovessero individuarsi chiari standard parametrici di rischio in grado di limitare la platea dei beneficiari (così: Cass. 3 aprile 2001 n. 4913(1)).

Di conseguenza, la Corte intende l'art. 13 VIII comma L. 257 citata, nel senso che presupponga lo svolgimento di una delle attività soggette ad assicurazione obbligatoria con valori di esposizione pari o superiori a quella che l'art. 3 della stessa legge considera a rischio, dunque concentrazioni di amianto superiori alla soglia minima di 0,1 fibre per cm³, ovvero 100 fibre al litro, come media ponderata su otto ore al giorno (cfr. sul punto: Cass. 27 febbraio 2002 n. 2926).

Nella fattispecie in esame, alcuna prova dell'effettiva esposizione all'amianto del C. emerge per il periodo di lavoro trascorso presso le centrali termoelettriche a Porto Torres dall'1 ottobre 1974 al 30 giugno 1975, a Puerto Somoza (Nicaragua) dal novembre 1976 al settembre 1977 ed a Escuintla (Guatemala) dal settembre 1977 al febbraio 1978, che è quello più prossimo all'esposizione riconosciuta dall'INAIL a decorrere dal 16 giugno 1981, quindi già a distanza di oltre tre anni.

L'istruttoria esperita ha confermato, al contrario, che il C. lavorò, presumibilmente in condizioni di esposizione all'amianto, per il periodo dal luglio 1975 al giugno/luglio 1976 presso la centrale Enel di Rossano Calabro, ove, secondo la deposizione del teste

E.S., svolgeva mansioni di manutentore e avviatore collaudatore caldaia, venendo a contatto con le coibentazioni in amianto delle tubazioni che portavano il combustibile alle valvole, che venivano rimosse parzialmente durante i controlli e nelle fasi di avviamento della caldaia (cfr. in senso analogo anche l'Atto di indirizzo ministeriale dell'8 marzo 2001 sul quadro espositivo all'amianto della centrale termoelettrica di Rossano, con riferimento alle mansioni di manutentore che dà atto dell'esposizione sino al 1989 o alla data di chiusura delle centrale se antecedente).

Da tale materiale probatorio non può dirsi raggiunta la prova di una esposizione continuativa ultradecennale del *de cuius* all'amianto in concentrazioni di amianto superiori alla soglia minima di 0, 1 fibre per cm³, individuata dalla giurisprudenza, in quanto difetta del requisito della continuità tra i periodi di esposizione, accertati con un intervallo di circa quattro anni tra uno e l'altro, e che raggiungono il limite di legge solo per sommatoria.

In proposito, occorre osservare come il requisito della continuità dell'esposizione sia stato definito sia dai giudici di merito che di legittimità in riferimento o a periodi in cui cessava l'esposizione per le c.d. pause fisiologiche, come riposi, ferie e festività, ritenute irrilevanti (cfr. per es.: Cass. 1 febbraio 2008 n. 2486; Cass. 10 settembre 2007 n. 18945) ovvero a mansioni che implicavano un contatto non ininterrotto con il fattore di rischio (Appello Brescia 11 maggio 2007; Tribunale Bergamo 27 giugno 2005), considerando sufficiente, in caso di esposizione non continuativa per otto ore al giorno, una media ponderale annua pari o superiore al valore di soglia di 100 ff/litro.

Ora se per le c.d. pause fisiologiche è comprensibile l'irrelevanza dell'interruzione dell'esposizione, trattandosi di periodi di sospensione della prestazione lavorativa connessi alle ordinarie vicende del rapporto di lavoro, nel caso in esame il C. è stato esposto all'amianto in una quantità presumibilmente superiore al valore di soglia dal luglio 1975 al giugno/luglio 1976, non è provato che sia stato esposto dall'agosto 1976 al 15 giugno 1981 ed è stato nuovamente esposto dal 16 giugno 1981 all'8 settembre 1990 così che non può dirsi essere stato esposto - continuativamente per un periodo ultradecennale, essendo mancata la costanza dell'esposizione stessa per un significativo arco di tempo pari a quasi cinque anni.

Il ricorso deve quindi essere respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2001, p. 772

Invalidità civile - Azione di mero accertamento - Inammissibilità.

Tribunale di Milano - 10.12.2008 n. 5171 - Dott. Beccarini Crescenzi - E.M. (Avv.ti Rubino, Casiraghi) - INPS (Avv. Capotorti)

È inammissibile il ricorso giudiziario finalizzato all'accertamento dello status di invalido civile, nel quale non si siano dedotti e precisati i benefici assistenziali che dall'accertamento stesso dovrebbero scaturire.

FATTO e DIRITTO - Con il ricorso introduttivo del presente giudizio E.M. ha chiesto di dichiarare il proprio diritto al riconoscimento della invalidità con totale e permanente inabilità lavorativa al 100% o nella diversa misura che fosse emersa all'esito dell'istruttoria, con tutte le conseguenze di legge.

Tuttavia, come è stato più volte affermato dalla Suprema Corte, "nelle controversie proposte dopo il 3 settembre 1998 aventi ad oggetto il diritto a prestazioni assistenziali secondo la disciplina di cui al D. Lgs. n. 112 del 1998, art. 130, il soggetto legittimato passivamente è l'INPS, nei cui confronti lo stato di invalidità va accertato in via incidentale senza necessità di promuovere un doppio giudizio (per l'accertamento delle condizioni sanitarie e per il conseguimento delle prestazioni); va invece esclusa, in base alla predetta disciplina, l'ammissibilità di un'azione di mero accertamento dello stato di invalidità civile, mentre nelle controversie in cui tale stato si configura come un presupposto logico, rispetto ai benefici (diversi dalle prestazioni economiche) richiesti dall'invalido, è legittimato passivamente il soggetto obbligato per legge a soddisfare la specifica pretesa fatta valere dall'interessato ..." (Cass. 2.4.2004, n. 6565, Cass. 7.2.2007, n. 2646).

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, poiché la ricorrente non ha affatto precisato i benefici che dal richiesto accertamento dovrebbero scaturire, il ricorso va dichiarato inammissibile.

Ricorrono giusti motivi, valutati la natura della controversia e il rilievo d'ufficio della relativa questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

Contributi - Socio accomandatario di s.a.s. - Piena responsabilità gestoria nell'impresa - Obbligo di iscrizione esercenti attività commerciali - Sussistenza.

Tribunale di Milano - 12.11.2008 n. 2456 - Dott. Peregallo -A.M. (Avv. Fefeli) - INPS (Avv. Mostacchi)

Il socio accomandatario di società in accomandita semplice ha, per assioma, l'esercizio esclusivo e la responsabilità dell'impresa, essendo precluso all'accomandante il compimento di atti di amministrazione, ed è conseguentemente tenuto all'iscrizione alla gestione previdenziale degli esercenti le attività commerciali.

FATTO - Con ricorso proposto depositato il 21.3.2008 A.M. proponeva opposizione avverso la cartella 068 2008 00008037 27 000 con la quale gli veniva ingiunto il pagamento della somma di euro 12.551,50 a titolo di contributi previdenziali omessi e relativi alla Gestione dei Commercianti (contributi fissi relativi alle rate II, III, e IV degli anni dal 2000 al 2005).

L'INPS si costituiva ritualmente chiedendo la reiezione del ricorso.

All'udienza del 23 ottobre 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 va respinto.

La cartella notificata al ricorrente fa seguito all'accesso ispettivo del 9.6.2005 (conclusosi con verbale ispettivo del 30.6.2005) avvenuto presso la società M.A. & C. s.a.s. esercente l'attività commercio di articoli di pellicceria.

Il ricorrente risulta essere socio accomandatario della predetta società dal febbraio 1998 al febbraio 2002.

Il ricorrente nell'ottobre 2002 costituiva la società A. s.r.l. che si occupava di acquisto di immobili (e di cui risultava socio con una partecipazione del 50%).

Nel ricorso non si contesta la legittimità della iscrizione alla Gestione Commercianti a far tempo dal gennaio 2003, pertanto la cartella, relativamente agli importi iscritti a ruolo con riferimento al periodo 2003/2005 dovrà essere pacificamente confermata.

L'iscrizione alla Gestione Commercianti deve essere ritenuta legittima anche per il periodo precedente a partire dal 2000.

Va infatti rilevato che il ricorrente A.M., e ciò è l'elemento principale, è socio accomandatario di una società in accomandita semplice, (della società M.A. s.a.s.) quindi con assunzione di piena responsabilità della conduzione dell'impresa.

Ai sensi dell'articolo 2318 cod. civ. il socio accomandatario ha l'esercizio esclusivo dell'impresa e ne è responsabile essendo precluso all'accomandante il compimento di atti di amministrazione dell'impresa.

Alla qualifica di accomandatario consegue la piena responsabilità della conduzione dell'impresa.

La presenza del ricorrente in azienda inoltre è stata confermata dagli ispettori che lo hanno trovato intento al lavoro e nella stessa sede ne hanno assunto le dichiarazioni allegate agli atti.

La cartella opposta va confermata e il ricorrente, in ragione della soccombenza, deve essere condannato a rifondere all'INPS le spese di lite liquidate in € 500,00 complessive.

(Omissis)

Provvedimenti d'urgenza - A tutela di crediti previdenziali e di lavoro - Condizioni per la concessione - Pregiudizio imminente ed irreparabile.

Tribunale di Nola - 21.10.2008 (ord.) - Dott.ssa Barbato - A.A. (Avv. De Filippo) - B. di D.F.T. - INPS (Avv. Tedesco).

Il provvedimento di urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. chiesto a tutela di crediti previdenziali e di lavoro (per le finalità di cui agli artt. 36 e 38 Cost.) è ancorato alla verifica della sussistenza delle condizioni proprie dell'azione cautelare (fumus boni iuris e periculum in mora).

FATTO e DIRITTO - Con ricorso ex art. 700 c.p.c. e contestuale ricorso ex art. 414 c.p.c. depositato in data 22.4.2008, A.A., premesso di aver lavorato alle dipendenze dell'impresa individuale B. di D.F.T. operante nel settore edile, con inquadramento nel I livello; di aver svolto mansioni da operaio muratore specializzato; di aver ricevuto direttive dal sig. R.B., materiale responsabile della ditta; di aver prestato regolare attività fino al 13.7.2007, in cui veniva ricoverato presso l'Ospedale Cardarelli di Napoli per essere stato investito da un'auto in Poggiomarino; di aver subito l'amputazione del IV dito della mano sinistra e, quindi, di aver fruito di un periodo di malattia a decorrere dalla predetta data; di aver comunicato sia al datore di lavoro che all'INPS la sua malattia; ciò nonostante, di non aver ricevuto il pagamento delle retribuzioni e/o della indennità di malattia a decorrere dal 13.7.2007 a tutt'oggi; di aver contattato telefonicamente la resistente in data 25.3.2008, richiedendo di riprendere l'attività lavorativa, ma che la stessa non era più interessata; ha richiesto, in via d'urgenza, di ordinare alla convenuta il pagamento in suo favore della indennità di malattia a far data dal mese di luglio 2007 al mese di marzo 2008 per l'ammontare di € 14.889,61; nel merito, di accertare il suo diritto alla corresponsione della predetta indennità con condanna della resistente al pagamento della medesima somma; accertare,

inoltre, l'inquadramento nel III livello con condanna al pagamento della somma di cui al prospetto contabile allegato al ricorso a titolo di differenze retributive, oltre spese legali.

Si costituiva la ditta convenuta, la quale contestava il fondamento della domanda, evidenziando di aver sempre corrisposto al ricorrente la retribuzione prevista dal CCNL di settore fino alla data delle dimissioni volontarie dello stesso (1.12.2007); inoltre, contestava la sussistenza del requisito del *periculum in mora* e, nel merito, la correttezza dei conteggi allegati, spiegando, altresì, domanda riconvenzionale volta ad ottenere la condanna del ricorrente alla restituzione della somma di € 1000,00 corrispostagli a titolo di acconto e/o prestito.

L'INPS, regolarmente citato, si costituiva in giudizio, instando per il rigetto della domanda cautelare per l'assenza sia del requisito del *fumus boni iuris* che di quello del *periculum in mora*.

All'udienza del 25.9.2008, a cui si perveniva a seguito dei rinvii disposti, su richiesta delle parti, alle udienze del turno feriale del 5.8.2008 e del 9.9.2008, questo giudice, cui è stato assegnato il presente fascicolo limitatamente alla fase cautelare (provvedimento di assegnazione del Presidente di sezione del 15.7.2008), si riservava la decisione.

Ai fini dell'accoglimento di domanda avanzata ex art. 700 c.p.c. è ben noto che è necessaria la concorrente sussistenza dei requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

Quanto al primo presupposto il ricorso non merita accoglimento in quanto, sulla base dei dati istruttori acquisiti, non risulta la sussistenza di fatti storici che possano effettivamente concretizzare la minaccia di "un pregiudizio imminente ed irreparabile".

Invero, va considerato che la finalità della tutela apprestata dall'ordinamento con lo strumento previsto e disciplinato dall'art. 700 c.p.c. è principalmente quella di assicurare al diritto vantato dal ricorrente una soddisfazione immediata in attesa del giudizio di merito onde evitare che il tempo trascorso fino alla decisione produca un danno al diritto, ovvero un pregiudizio non altrimenti riparabile.

Occorre anzitutto rilevare che non ogni mancato riconoscimento di provvidenze economiche o revoca delle stesse, pur colpendo un aspetto fondamentale dei diritti degli individui, legittima il ricorso alla procedura d'urgenza, altrimenti si dovrebbe ritenere che per queste tipologie di controversie il pregiudizio imminente ed irreparabile risulterebbe automaticamente in virtù della materia trattata, con la conseguente inevitabile ammissibilità della fase cautelare ed utilizzazione dell'art. 700 come forma alternativa di tutela giurisdizionale. Ammettere cioè il ricorso generalizzato alla procedura in questione per tutte le controversie analoghe alla presente significherebbe svilire e privare di effettività la funzione di uno strumento processuale previsto dal legislatore per casi che necessitano di tutela accentuata.

Appare più conforme al dettato normativo una valutazione caso per caso del *periculum* che, secondo la migliore dottrina, va ravvisato sia nei casi in cui il diritto vantato non si presta ad un risarcimento idoneo a realizzare integralmente il contenuto del diritto stesso, sia nei casi in cui la lesione del diritto vantato comporta la contemporanea lesione di beni e/o interessi funzionalmente connessi al diritto stesso, sia - infine - in quei casi in cui la lesione implica un'irreversibilità degli effetti pregiudizievoli causati.

Per consentire una tale verifica è, innanzitutto, indispensabile che il ricorso indichi dettagliate ragioni di urgenza, ulteriori rispetto a quelle rappresentate dalla natura della causa, che giustificano l'utilizzazione della misura cautelare in luogo dello speciale rito del lavoro.

Pertanto, chi ricorre all'art. 700 c.p.c ha l'onere, sin dall'atto introduttivo al fine di consentire adeguata difesa, di allegare la natura del pregiudizio temuto e le ragioni della sua gravità ed irreparabilità, onde consentire al giudicante di verificare, caso per caso, se si prospetti una situazione limite, per condotte non sanzionabili con il solo equivalente pecuniario, cui occorre ovviare con un immediato intervento giudiziario.

Soddisfatto l'onere di allegazione, parimenti graverà sull'istante in cautelare l'onere di fornire elementi di prova in ordine ai fatti dedotti, reclamanti un indifferibile provvedimento d'urgenza.

Nel caso in esame, va evidenziato che nel ricorso introduttivo, sub specie di *periculum economico*, viene dedotto che "il ricorrente è privo di altre forme di reddito al di fuori della retribuzione (cfr. atto notorio), è capo famiglia con moglie a carico, con necessità di cure mediche oltremodo aggravatesi a seguito del sinistro, nonché considerato che lo stesso è tenuto al pagamento delle bollette di acqua, luce, gas, telefono (come emerge dalla documentazione in atti); non va trascurata inoltre, la quotidiana necessità agli alimenti tale da consentire al prestatore di lavoro di vivere una vita libera e dignitosa".

A sostegno di tale assunto, il ricorrente allega una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà a sua firma del 26.3.2008, attestante la mancata percezione del reddito a partire dal luglio 2007; documentazione medica; bolletta telefonica relativa ai mesi di gennaio e febbraio 2008 per un ammontare complessivo di € 125,00; certificazione della situazione tributaria della Agenzia delle Entrate fino all'anno 2006 relativa sia al ricorrente che a G.A. (che si presume sia il coniuge del ricorrente, non essendo depositato in atti uno stato di famiglia).

Orbene, gli elementi probatori forniti in ordine alle condizioni economiche complessive del ricorrente e della sua famiglia non sono sufficienti a far ritenere integrato il suddetto requisito del *periculum*.

Ed invero, risulta, in primo luogo smentita l'affermazione relativa alla circostanza della moglie a carico, posto che risulta dalla certificazione della Agenzia delle Entrate che, almeno fino all'anno 2006, il coniuge percepiva il reddito certificato; nulla, inoltre, risulta documentato in relazione al reddito della moglie per l'anno 2007 e per l'anno in corso, di talché, allo stato, non si comprende quale sia la situazione reddituale familiare attuale.

In definitiva, sulla scorta delle considerazioni suesposte, ritiene il giudice non sufficientemente provato l'effettivo reddito familiare del ricorrente onde non può valutarsi la reale incidenza della perdita della retribuzione ai fini del soddisfacimento delle esigenze primarie di vita sue e della sua famiglia, anche avuto riguardo alle spese in concreto documentate (unicamente bollette telecom per un importo modesto).

Ciò induce ad escludere che sia sussistente, nel caso concreto, la imminenza e la irreparabilità del pregiudizio, durante il tempo occorrente a far valere le ragioni del ricorrente in via ordinaria.

Sotto il profilo del *periculum in mora* il ricorso non è dunque accoglibile.

La mancanza del *periculum in mora* esime dalla disamina *dei fumus boni iuris*.

Trattandosi di cautelare in corso di causa, si provvederà alla liquidazione delle spese all'esito del giudizio di merito.

(*Omissis*)

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Contratti pubblici - Gara - Regolarità contributiva - Requisito sostanziale di partecipazione alla gara - Dichiarazione di non aver commesso violazioni gravi né definitive - Acquisizione di un DURC negativo - Esclusione dalla gara - Legittimità - Richiesta di chiarimenti - Mancanza - È irrilevante.

T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. 1, 30.10.2008 n. 1181 - Pres. Catoni - Rel. Abbruzzese - S.E. s.r.l. (Avv. Alessi) - INPS (Avv.ti Capannolo, De Pompeis, De Ruvo).

In tema di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, la regolarità contributiva costituisce requisito sostanziale di partecipazione alla gara, avendo il legislatore ritenuto tale regolarità indice dell'affidabilità, diligenza e serietà dell'impresa, e della sua correttezza nei rapporti con le maestranze.

Nel caso in cui, nell'ambito di una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, un'impresa abbia dichiarato di non aver commesso violazioni gravi né definitive e la Stazione appaltante non abbia acquisito un DURC negativo, ma abbia puntualmente verificato l'eventuale sussistenza di circostanze giustificanti la violazione, è legittima l'esclusione di detta impresa anche in assenza di richiesta di chiarimenti sul punto da parte della P.A.

FATTO - La società ricorrente impugna gli atti con i quali è stata disposta la sua esclusione dalla gara per la realizzazione di n. 7 impianti per la generazione di energia elettrica con sistemi fotovoltaici connessi alla rete e successiva manutenzione biennale, presso gli stabili strumentali INPS della regione Abruzzo, per “mancata conferma, in sede di verifica della documentazione presentata in gara, della dichiarazione in ordine alla regolarità contributiva dell'impresa (omesso versamento della ditta S.E., al momento della presentazione delle offerte, dei contributi assicurativi INPS; DURC negativo prot. 2299464 del 9.8.2007)”, l'escussione della cauzione provvisoria e la conseguente segnalazione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici.

Il ricorso deduce: Violazione di legge per erronea applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. I) D.Lgs. 163/2006. Violazione della normativa in materia di accertamento delle infrazioni e/o irregolarità. Illogicità ed irragionevolezza. Violazione di legge per erronea applicazione del combinato disposto degli artt. 38, commi 1, 2 e 3, 48 D.Lgs. 163/2006, nella parte in cui disciplinano il controllo dei requisiti di partecipazione alla gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 7, 8, 10, 10-bis, 21-octies della legge 241/90 - difetto di istruttoria- carenza di motivazione, contraddittorietà ed irragionevo-

lezza. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche, con riguardo alla mancata comunicazione dell'avviso di inizio del provvedimento di revoca, con violazione delle garanzie procedurali della ricorrente: l'art. 38, comma 1, lett. I) D.Lgs. 163/2006 prevede che siano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti"; nel caso di specie, la violazione è consistita unicamente nell'omesso versamento dei contributi INPS relativi al mese di giugno 2007 per una somma complessiva pari a circa 7.000,00 euro, violazione che non può dirsi oggettivamente grave né definitivamente accertata e rispetto alla quale la stazione appaltante non ha mai operato nessuna puntuale valutazione in ordine ai due profili sopra indicati (gravità e definitività), limitandosi a disporre l'esclusione automatica; le violazioni di carattere marginale od episodico, quale quella in esame, in particolare, non possono giammai costituire violazioni gravi; la definitività, inoltre, può conseguire solo ad una decisione giurisdizionale ovvero ad un atto amministrativo di accertamento non impugnato e divenuto incontestabile, qualità che non ricorre nella specie; manca ogni motivazione sulla ritenuta gravità e definitività della violazione, non potendosi l'amministrazione riferire per relationem alle sole risultanze del DURC; sussiste altresì violazione del disposto dell'art. 48 del Codice dei contratti che prevede che le Amministrazioni, prima di procedere all'apertura delle buste, richiedano ad un numero di offerenti non inferiore al 10% delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, presentando la documentazione indicata nel bando o nella lettera d'invito, tenuto conto che l'Amministrazione non ha richiesto alla ricorrente alcuna documentazione ma si è limitata ad acquisire d'ufficio il DURC; la decisione di esclusione non è stata previamente comunicata all'ATI, né è stata consentita alcuna forma di partecipazione; mancano il termine e l'Autorità a cui ricorrere.

Con ulteriore atto veniva proposto ulteriore motivo con il quale veniva dedotta la violazione dell'art. 48, comma 1, D.Lgs. 163/2006, nella parte in cui impone che la individuazione degli offerenti nei cui confronti operare i controlli circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa per la partecipazione alla gara debba avvenire con sorteggio pubblico, difettando, negli atti di gara, ogni riferimento al predetto sorteggio pubblico.

Si costituiva l'INPS che chiedeva rigettarsi il ricorso stante l'incontestabilità della violazione imputata alla S.

Con Ordinanza 14.11.2007, n. il TAR respingeva la proposta istanza cautelare.

Con Ordinanza il Consiglio di Stato accoglieva l'appello cautelare.

All'esito della pubblica udienza del 15 ottobre 2008, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio.

DIRITTO - L'INPS Direzione regionale per l'Abruzzo ebbe a bandire una gara di pubblico incanto per la realizzazione di n. 7 impianti per la generazione di energia elettrica con sistemi fotovoltaici connessi alla rete e successiva manutenzione biennale, presso gli stabili strumentali INPS della regione Abruzzo.

Alla gara partecipava la ricorrente che, nella domanda, inviata in data 20 luglio 2007, espressamente dichiarava (al punto 2), lett. i) di “non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui è stabilito”.

La verifica dei requisiti generali ex art. 38, d.lgs. 163/2006 disposta dalla Commissione anche nei confronti della ricorrente consentiva di accertare che “la ditta S.E srl non risulta regolare con il versamento dei contributi dovuti all’INPS per il periodo giugno 2007, verificato con DURC negativo prot. 2299464 del 9.8.2007, pertanto, la ditta ATI S.E. srl - D.S. viene esclusa dalla gara” (verbale del 5.9.2007).

Con successiva determinazione n. 242 del 6.9.2007, il Direttore regionale disponeva che “a seguito dell’attività di verifica effettuata dagli uffici competenti, valutata la gravità degli inadempimenti, intervenuti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, accertato che a tale data non risultavano in corso sanatorie, rateizzazioni e/o ricorsi giurisdizionali o amministrativi; ai sensi dell’art. 2 comma 5 lettera b) del disciplinare di gara, dell’art. 48 del D.lgs. n.163/2006 e dell’art. 27 comma 1 del DPR n.34/2000, gli uffici competenti procederanno all’escussione delle cauzioni provvisorie ed alla segnalazione all’autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ed all’Autorità giudiziaria, ai fini dell’adozione dei provvedimenti di propria competenza”.

La ricorrente si duole, in sostanza, della intervenuta automatica esclusione (con le conseguenze sanzionatorie di legge in punto incameramento della cauzione e segnalazione all’Autorità) senza previo contraddittorio con l’impresa, senza valutazione, da parte dell’Amministrazione, della natura grave e definitiva, della violazione accertata, in ogni caso non ricorrendo gli estremi di tale gravità e definitività, trattandosi di violazione occasionale e non accertata in via giurisdizionale o amministrativa.

Giova osservare che la regolarità contributiva costituisce requisito sostanziale di partecipazione alla gara, avendo il legislatore ritenuto tale regolarità indice dell’affidabilità, diligenza e serietà dell’impresa, e della sua correttezza nei rapporti con le maestranze (cfr. Cons. di Stato, sez. V, n.5517/2001 e TAR Lazio, sez. II, n.4814/2006).

Il disciplinare di gara, al punto 2, capoverso 2, chiariva che “la stazione appaltante provvede ... ad un’immediata verifica circa il possesso dei requisiti generali dei concorrenti al fine della loro ammissione alla gara sulla base delle dichiarazioni da essi presentate, delle certificazioni dagli stessi prodotte e dei riscontri rilevabili dai dati risultanti dal casellario delle imprese qualificate istituito presso l’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici. La stazione appaltante, ove lo ritenga necessario, e senza che ne derivi un aggravio probatorio per i concorrenti, ai sensi dell’articolo 71 del DPR 445/2000, può altresì effettuare ulteriori verifiche della veridicità delle dichiarazioni, contenute nella busta “A” attestanti il possesso dei requisiti generali”.

Al successivo comma 5 si precisa che “il soggetto deputato all’espletamento della gara ovvero la commissione di gara, il giorno fissato per la seconda seduta pubblica, secondo quanto previsto al punto 6.4. del bando procede: a) all’esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali non risulti confermato il possesso dei requisiti generali (ove si sia provveduto alle suindicate verifiche)”.

Pertanto, alla stregua del capitolato di gara, non impugnato da parte ricorrente, la

stazione appaltante ben poteva procedere ad accertamenti ufficiosi sulla veridicità delle dichiarazioni, circostanza di cui i concorrenti erano a conoscenza avendo espressamente preso atto, al momento della domanda di partecipazione, delle disposizioni contenute nel bando di gara, ovvero dovendosene presumere la conoscenza.

Tale possibilità di verifica, in concreto più ampia di quanto previsto dal Codice dei contratti, è peraltro conforme a quanto previsto dalla legge n. 445/2000 in materia di documenti amministrativi, che, all'art. 43, comma 2, stabilisce che si considera operata per finalità di rilevante interesse pubblico la consultazione diretta degli archivi dell'amministrazione certificante finalizzata al controllo delle dichiarazioni sostitutive presentate dai cittadini; amministrazione certificante che, nel caso di specie, coincide con la stazione appaltante.

Peraltro, anche alla stregua dell'articolo 6 della legge n. 241/90, l'amministrazione conserva potestà discrezionale di verifica delle dichiarazioni presentate.

Verificato, dunque, che, a termini del bando e di quanto previsto dalla legge, ben poteva la stazione appaltante verificare d'ufficio le dichiarazioni presentate, l'acquisizione di un DURC negativo, quello attestante la non correntezza contributiva alla data del 20 luglio 2007, data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ha accertato automaticamente la falsità della dichiarazione resa in sede di domanda di partecipazione (ove la ricorrente, si ricordi, aveva dichiarato di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali).

Rileva in proposito il Collegio che la consapevolezza della mancata correntezza contributiva al momento della richiesta di partecipazione connota di gravità tout court la violazione, essendo la ricorrente onerata, al momento della domanda di partecipazione, e proprio al fine di evitare false dichiarazioni, di rappresentare l'eventuale insoluto, la sua entità e le ragioni che l'avessero determinato, al fine di instaurare, essa stessa, un contraddittorio sul punto onde consentire alla stazione appaltante di escludere la gravità e definitività della violazione che comunque, indiscutibilmente, alla data di presentazione della domanda sussisteva. (cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, Ord. n. 1874/2008; TAR Puglia, Bari, sez. II, n. 1623/2008).

Ben ha ritenuto dunque la stazione appaltante che la violazione fosse grave e definitiva, in ragione del fatto che la ricorrente non l'aveva in alcun modo rappresentata né tantomeno giustificata al momento della richiesta di partecipazione; e non si tratta, si badi, di inadempienza emersa successivamente, ma di inadempienza sussistente alla data del 20 luglio, data della domanda, giacché relativa al mese di giugno 2007.

La stessa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con la deliberazione n.28 del 6 febbraio 2007, pur ribadendo l'indirizzo tradizionale secondo cui "la semplice menzione nel DURC dell'assenza della regolarità contributiva non può condurre di per sé all'esclusione dell'impresa risultata non in regola (anche perché il documento di che trattasi non specifica nulla a proposito della definitività dell'accertamento)" (TAR Puglia, Lecce, n. 6104/2006), ha ritenuto, in caso di DURC negativo, la necessità, da parte dell'impresa, di rappresentare le ragioni dell'eventuale irregolarità nel senso che "è essenziale che il concorrente provi di aver presentato ricorso o di aver beneficiato di tali norme entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda

di partecipazione alla gara ovvero di presentazione delle offerte in caso di procedura aperta”; la stazione appaltante deve pertanto valutare la veridicità delle dichiarazioni di regolarità contribuita prodotta in sede di gara, tenendo ferma la data della domanda stessa, non solo prendendo atto di quanto emerge dal certificato DURC che fotografa la situazione dell’impresa ad una determinata data ma anche se a quella data aveva in corso una sanatoria, una rateizzazione oppure un ricorso giurisdizionale o amministrativo.

Nel caso di specie, nel quale, giova ribadire, l’impresa concorrente ha dichiarato di non aver commesso violazioni gravi né definitive, la stazione appaltante non si è limitata a prendere atto delle risultanze negative del DURC, ma ha puntualmente verificato l’eventuale sussistenza di circostanze giustificanti la violazione (sanatorie in corso ovvero richieste di rateizzazione) come risulta espressamente dalla nota 5.9.2007, tenuta in conto nella determina n.242 del 6.9.2007 impugnata.

In ordine alla gravità dell’infrazione, è stato pure osservato che “il legislatore vuole escludere dalla contrattazione con le amministrazioni quelle imprese che non siano corrette (regolari) per quanto concerne gli obblighi previdenziali, anche e forse soprattutto, con riferimento alle ipotesi in cui non si adempia ad obblighi rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque per ritardare il pagamento. Si può anzi affermare che queste ultime ipotesi siano anch’esse gravi (indipendentemente dall’importo del contributo dovuto), proprio perché rivelano un atteggiamento di trascuratezza verso gli obblighi previdenziali (cfr. Cons. di Stato, sez. V, n. 4273/2007).

Sotto altro profilo, la mancanza assoluta di giustificazioni a sostegno dell’insoluto confermano la sua connotazione di gravità, non riferibile, come sembra opinare la ricorrente, alla sua occasionalità o entità, ma alla complessiva valutazione di affidabilità dell’impresa.

La natura definitiva dell’accertamento è stata del pari accertata dall’INPS (cfr. nota del 5.9.2007 circa l’assenza di richieste di sanatorie, rateizzazioni o pendenza di ricorsi giurisdizionali o amministrativi).

Sotto un profilo strettamente sostanziale, non si vede quindi quale diverso esito avrebbe condotto l’eventuale instaurazione di un contraddittorio sul punto, che, in alcun modo, avrebbe eliso la falsità della dichiarazione effettuata (in punto inesistenza di violazioni), e tanto meno la stessa violazione contributiva (che, per inciso, neppure la ricorrente ha mai, neanche nella presente sede giurisdizionale, contestato).

In sostanza, la richiesta di chiarimenti eventualmente rivolta alla ricorrente, nulla avrebbe cambiato sul punto, non avendo la ricorrente prodotto documentazione diversa da quella acquisita dalla P.A. né altrimenti giustificato l’inadempimento accertato.

È dunque pienamente legittima l’esclusione tenuto conto che l’impresa ha dichiarato espressamente, nella domanda di partecipazione, di essere in regola con i doveri contributivi e fiscali, nonostante l’effettiva presenza di carichi pendenti non gravati di alcuna impugnazione.

La legittimità dell’esclusione comporta conseguentemente la legittimità dell’incameramento della cauzione e della segnalazione all’Autorità, sanzioni accessorie e del tutto vincolate all’esito dell’esclusione per accertata inesistenza dei requisiti di legge.

Invero, l’incameramento della cauzione provvisoria costituisce lo strumento attra-

verso il quale la P.A. sanziona l'impresa nei confronti della quale viene accertata la mancanza del possesso dei requisiti autodichiarati appurandosi la falsità delle dichiarazioni fatte e dunque la inaffidabilità della impresa stessa (Cons. di Stato. Sez. V, n. 4789/2004).

Infondato è il rilievo circa l'assenza nel provvedimento impugnato del riferimento al termine e all'Autorità cui ricorrere, elementi che non ridondano in vizio di legittimità ma, eventualmente, consentirebbero la remissione in termini in caso di incertezza sulle modalità di impugnazione.

Infondato è altresì il rilievo svolto con il motivo aggiunto che lamenta la mancanza di sorteggio delle imprese sottoposte a verifica, per un verso dovendosi osservare che, sia pure nei verbali successivi al primo (quelli dell'1.8.2007 e del 5.9.2007), effettivamente si fa riferimento ad una pregressa attività di sorteggio, per altro che la suindicata normativa di cui alla L. 445 citata, oltre che la stessa lettera del bando, non prevede, per la verifica della documentazione presentata alla P.A., alcuna previa attività di sorteggio.

Il ricorso è dunque complessivamente infondato e ne segue il suo rigetto.

Le spese possono compensarsi in ragione del complessivo andamento del giudizio.

(Omissis)

IN CASO DI DURC NEGATIVO L'IMPRESA DEVE RAPPRESENTARE LE RAGIONI DELL'EVENTUALE IRREGOLARITÀ.

La consapevolezza della mancata correttezza contributiva al momento della richiesta di partecipazione connota di gravità tout court la violazione, essendo la ricorrente onerata, al momento della domanda di partecipazione, e proprio al fine di evitare false dichiarazioni, di rappresentare l'eventuale insoluto.

In caso di DURC negativo, la stazione appaltante deve valutare la veridicità della dichiarazione di regolarità contributiva prodotta in sede di gara, tenendo ferma la data della domanda stessa, non solo prendendo atto di quanto emerge dal certificato DURC che fotografa la situazione dell'impresa ad una determinata data ma anche se a quella data aveva in corso una sanatoria, una rateizzazione oppure un ricorso giurisdizionale o amministrativo. Nel caso in cui l'impresa concorrente ha dichiarato di non aver commesso violazioni gravi né definitive, correttamente la stazione appaltante non si limita a prendere atto delle risultanze negative del DURC, ma puntualmente verifica l'eventuale sussistenza di circostanze giustificanti la violazione (sanatorie in corso ovvero richieste di rateizzazione). Ciò al fine di instaurare un contraddittorio sul punto, onde consentire alla stazione appaltante medesima di escludere la gravità e definitività della violazione che comunque, indiscutibilmente, alla data di presentazione della domanda sussisteva. In ordine alla gravità dell'infrazione, è stato pure osservato che il legislatore vuole escludere dalla contrattazione con le Amministrazioni quelle imprese che non siano corrette (regolari) per quanto concerne gli obblighi previdenziali, anche e forse soprattutto, con riferimento alle ipotesi in cui non si adempia ad obblighi rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque per ritardare il pagamento. Si può anzi

affermare che queste ultime ipotesi siano anch'esse gravi (indipendentemente dall'importo del contributo dovuto), proprio perché rivelano un atteggiamento di trascuratezza verso gli obblighi previdenziali (cfr. Cons. di Stato, sez. V, n. 4273/2007).

Avv. Giuseppe Cassano

Contratti pubblici - Appalto - Gara - Aggiudicazione provvisoria - Annullamento in autotutela - Comunicazione avvio procedimento - Necessità - Esclusione - Aggiudicazione definitiva - Annullamento in autotutela - Comunicazione avvio procedimento - Necessità - Regolarità contributiva - Sussistenza - Nella fase di ammissione delle offerte e anche nel successivo momento del perfezionamento del rapporto.

T.A.R. Puglia, Bari, sez. 1, 02.10.2008 n. 2258 - Pres. Allegretta - Rel. Adamo - Co.Ge.In. C. s.r.l. (Avv. Pinto) - A.N.A.S. Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (Avv. Stato) - RTI R.C. s.r.l., M. s.r.l. - A. s.r.l. (Avv. Lofoco).

L'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del concorrente al quale affidare l'appalto risulta consacrata soltanto con l'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che, allorquando l'Amministrazione intende esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria, non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa alla conclusione del procedimento.

In presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitivo, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'Amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica.

Lo specifico riferimento, fatto dall'art. 38, comma 1, D. lgs. n. 163/2006, al momento della stipulazione dei "relativi contratti", indica, inequivocabilmente,

che i requisiti soggettivi (nella specie, la regolarità contributiva) devono sussistere non solo nella fase di ammissione delle offerte, ma anche nel successivo momento del perfezionamento del rapporto; sicché non vi è ragione di ritenere che all'Amministrazione sia precluso l'accertamento di quelle situazioni (condizionanti la sottoscrizione del contratto) in una fase (quella della conferma dell'aggiudicazione provvisoria, attraverso l'aggiudicazione definitiva) appositamente destinata alla verifica della regolarità della procedura.

FATTO - La società CO.GE.IN. C. s.r.l. ha partecipato alla gara n. 20/2007, indetta dalla ANAS per lavori di manutenzione e di ripristino della pavimentazione stradale sulla strada statale 89 e per un importo complessivo, a base d'asta, di euro 800.000.

Le offerte, secondo il bando, dovevano presentarsi entro il 18 giugno 2007. Alla busta A "documentazione amministrativa" dovevano essere allegate sia una dichiarazione in ordine alla propria posizione contributiva e alle sedi di riferimento Inps, Inail, Cassa edile, sia una "idonea autocertificazione di regolarità contributiva o DURC di data non anteriore a 30 (trenta) giorni al termine di scadenza di presentazione dell'offerta".

In base al disciplinare, inoltre, l'aggiudicatario provvisorio era tenuto a fornire entro 10 giorni, a pena di esclusione dal procedimento, i documenti previsti, tra cui il "Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) di data non anteriore a 30 giorni dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria".

In concreto, la CO.GE.IN. C. s.r.l. è risultata aggiudicataria provvisoria; ciò è stato comunicato alla medesima con nota del 29 giugno 2007, per cui la ricorrente ha trasmesso il DURC, rilasciato dal Responsabile dello Sportello unico della Cassa edile della provincia di Bari, in cui si attesta la regolarità contributiva della società alla data del 15 giugno 2007, in data 11 luglio 2007.

Con provvedimento prot. n. CBA 0025817 P del 30 agosto 2007, il Dirigente dell'Area Amministrativa dell'ANAS S.p.A. - Compartimento della Viabilità per la Puglia - ha escluso la società, in quanto essa "non possiede i requisiti di ordine generale di cui all'art. 17 del D.P.R. 34/2000 e art. 38 del D. L.vo 163/2006 che consentono la partecipazione agli appalti pubblici ...", attesa l'irregolarità contributiva alla data del 25 giugno 2007, e ha poi riaperto la gara.

La società ha allora impugnato i suddetti atti, alla stregua dei seguenti motivi:

1) violazione e mancata applicazione di legge (articolo 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241); violazione dei principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per violazione e vizi del procedimento, carenza di motivazione, difetto d'istruttoria, slealtà, sviamento;

2) violazione e falsa applicazione di legge (articolo 38, comma primo, lett. i), del decreto legislativo n. 163/2006, direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 92/50/CEE, decreto legislativo 22 novembre 2002 n. 266); violazione della lex specialis di cui al bando e al disciplinare di gara; violazione dei principi di trasparenza, buon andamento, proporzionalità, ragionevolezza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa; violazione del principio di affidamento del cittadino; eccesso di potere per erronea

presupposizione, difetto di presupposti legali, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, violazione e vizi del procedimento, illogicità, perplessità e ingiustizia manifesta, insufficienza della motivazione, difetto d'istruttoria, slealtà, sviamento.

Con i motivi aggiunti, depositati in data 18 ottobre 2007, la CO.GE.IN. C. s.r.l. ha chiesto l'annullamento del verbale del 19 settembre 2007, con cui la Commissione di gara ha aggiudicato provvisoriamente alla A.T.I. R.C. s.r.l. - M. s.r.l. da Bitonto l'appalto, e di tutti gli atti connessi, compresa la nota della ANAS SpA prot. n. CBA 0028177-P del 21 settembre 2007. Ha altresì domandato, come nel ricorso originario, il risarcimento dei danni subiti.

Si è costituita la ANAS SpA per contestare le tesi attoree.

Con ordinanza 10 ottobre 2007 n. 876 della Sezione mista è stata respinta l'istanza cautelare, "Considerato che i requisiti di moralità professionale e di ordine pubblico per la partecipazione alle gare devono sussistere non solo al momento della presentazione dell'offerta, ma per tutta la durata della gara medesima e fino alla stipula del contratto, di tal che non può censurarsi la condotta dell'Amministrazione la quale, dopo l'aggiudicazione provvisoria, ha autonomamente acquisito ulteriore documentazione attestante la situazione di irregolarità contributiva dell'odierna ricorrente;

Rilevato che, a fronte delle valutazioni svolte dalla stazione appaltante in ordine all'incidenza delle irregolarità accertate, privi di pregio risultano gli argomenti sviluppati in ricorso in ordine alla loro irrilevante ovvero a una allo stato solo ipotizzata loro sanabilità".

Tale esito non è stato confermato in appello, avendo il Consiglio di Stato, IV Sezione, "Considerato che, ad un primo sommario esame, il ricorso pare sorretto dal prescritto fumus, dal momento che, allo stato, pare illegittima la esclusione dalla gara della istante che ha presentato una autocertificazione conforme alle previsioni del bando, che imponevano di presentare il documento di regolarità contributiva "di data non anteriore a 30 giorni dalla data di comunicazione della aggiudicazione provvisoria", con ciò precludendo la possibilità di estromissione dalla gara a motivo di irregolarità successive, intervenute (come nella specie) dopo l'aggiudicazione provvisoria e prima della stipula del contratto" (ordinanza 5 febbraio 2008 n. 633).

Nel frattempo la società ha contestato l'intervenuta aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento temporaneo di imprese A.-L., con ulteriori motivi aggiunti, prodotti il 30 dicembre 2007, contenenti anch'essi la domanda risarcitoria.

Infine con atto depositato in data 31 marzo 2008 è stato gravato il provvedimento 18 febbraio 2008, con cui il Dirigente dell'Area Amministrativa dell'ANAS S.p.A. - Compartimento della Viabilità per la Puglia, anche in qualità di presidente della commissione di gara, ha disposto la conferma dell'esclusione della società ricorrente dalla gara n. 20/2007 e della conseguente revoca dell'aggiudicazione provvisoria già effettuata con il provvedimento prot. n. CBA 0025817 P del 30.8.2007, nonché la conferma dell'escussione della relativa cauzione provvisoria e della segnalazione del provvedimento all'Autorità di vigilanza e alla Condirezione generale ANAS legale e patrimonio.

Si è costituita la ATI A.-L., che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e dei

motivi aggiunti e ha chiesto comunque il rigetto dell'intero gravame, per infondatezza delle censure.

Sulle conclusioni delle parti all'udienza del 25 giugno 2008 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO - a.1. Preliminarmente occorre registrare che l'Anas, nella nota prot. CBA-0028499-P, datata 25 settembre 2007, del Compartimento della Viabilità per la Puglia (fascicolo Anas depositato il 26 settembre 2007) ha sostenuto l'incompetenza territoriale di questo Tribunale.

L'evidente, radicale irrivalenza dell'eccezione, come sollevata, rende superfluo il suo esame nel merito.

a.2. La ATI A.-L., che al termine del complesso procedimento è risultata aggiudicataria definitiva eccepisce l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti sotto un duplice profilo

- perché il ricorso originario e i motivi aggiunti depositati in data 18 ottobre 2007 non gli sono stati notificati (il raggruppamento è stato evocato in giudizio solo in occasione dell'impugnazione del provvedimento prot. n. CBA-003659-I del 28 novembre 2006, con cui il Dirigente dell'ANAS S.p.A.- ha aggiudicato definitivamente l'appalto appunto al RTI A. srl - L. srl, atto gravato con i motivi aggiunti prodotti in data 19 dicembre 2007);

- perché i motivi aggiunti non potevano essere indirizzati a parti diverse da quelle coinvolte nel processo sin dalla sua instaurazione.

Il primo rilievo è infondato perché, sino all'aggiudicazione di cui all'atto prot. n. CBA-003659-I del 28 novembre 2006, il RTI A. srl - L. srl non rivestiva la qualità di controinteressato, per cui non sussisteva, in capo alla COGEIN, alcun onere di comunicazione nei suoi confronti dell'azione intrapresa.

Per quanto riguarda la seconda eccezione, non possono profilarsi dubbi sulla ritualità dei motivi aggiunti, legati all'ampliamento della sfera soggettiva della controversia rispetto al ricorso originario, determinato dalla notificazione dei secondi motivi aggiunti alle ditte aggiudicatarie (divenute controinteressate).

La Sezione ha invero già chiarito, sulle orme del Consiglio di Stato (Sez. V, 21 novembre 2003 n. 7632), che, quando coi motivi aggiunti vengano gravati atti ulteriori adottati dall'Amministrazione nell'ambito del medesimo procedimento oggetto di ricorso principale, il riferimento dell'art. 21 della legge n. 1034/1971 alle "stesse parti" vada inteso non formalisticamente nel senso della necessità di assoluta identità delle parti, ma in quello dell'identità del rapporto amministrativo controverso, con la conseguenza che i motivi aggiunti restano ammissibili anche allorché, ferma restando l'identità delle parti originarie, essi comportino l'estensione della controversia ad altre amministrazioni successivamente intervenute nel procedimento ovvero - come nel caso di specie - a controinteressati in precedenza non presenti (sentenza 10 maggio 2006 n. 1624; 4 settembre 2008 n. 2056).

b. Quanto al ricorso, il primo motivo, riguardante la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento per l'esclusione dell'aggiudicataria provvisoria, è infondato.

L'aggiudicazione provvisoria invero "ha natura di atto endprocedimentale,

inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del concorrente al quale affidare l'appalto risulta consacrata soltanto con la aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che, allorquando l'Amministrazione intende esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria, non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa alla conclusione del procedimento; per contro, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'Amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica" (Consiglio Stato, Sezione IV, 31 ottobre 2006, n. 6456; nello stesso senso: Consiglio Stato, Sezione V, 21 novembre 2007, n. 5925; Sezione V, 22 ottobre 2007, n. 5532; Sezione VI, 3 ottobre 2007, n. 5107; Sezione V, 13 luglio 2006, n. 4426; Sezione IV, 22 giugno 2006, n. 3851; Sezione V, 24 marzo 2006, n. 1525; Sezione VI, 26 aprile 2005, n. 1885).

c. Anche le censure di cui al secondo motivo di gravame sono prive di pregio.

In definitiva la contestazione sviluppa i seguenti punti:

- l'Amministrazione non poteva escludere la società dalla gara in quanto l'inadempimento riportato dalla Cassa edile di Bari e dallo INAIL di Monopoli si riferisce ad un periodo diverso da quello di cui lo stesso disciplinare impone di tener conto ai fini dell'ammissione alla gara; in definitiva, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione, la ditta era regolare, come risulta dall'autocertificazione del 15 giugno 2007, allegata alla domanda, e dal DURC datato 11 giugno 2007, rilasciato dal Responsabile dello Sportello unico della Cassa edile della provincia di Bari;

- la ANAS ha ommesso di verificare sia la definitività dell'irregolarità sia l'eventuale regolarizzazione successiva sia la gravità della situazione debitoria; tale valutazione doveva essere necessariamente compiuta ed espressa con apposita motivazione in considerazione dell'affidamento del privato, già aggiudicatario provvisorio.

Al proposito, occorre preliminarmente ricordare che il Consiglio di Stato, in sede cautelare, ha ritenuto, ad una sommaria delibazione, plausibili le deduzioni attoree ("Considerato che, ad un primo sommario esame, il ricorso pare sorretto dal prescritto fumus, dal momento che, allo stato, pare illegittima la esclusione dalla gara della istante che ha presentato una autocertificazione conforme alle previsioni del bando, che imponevano di presentare il documento di regolarità contributiva "di data non anteriore a 30 giorni dalla data di comunicazione della aggiudicazione provvisoria", con ciò precludendo la possibilità di estromissione dalla gara a motivo di irregolarità successive, intervenute (come nella specie) dopo l'aggiudicazione provvisoria e prima della stipula del contratto").

Le censure devono essere attentamente esaminate alla luce della normativa applicata.

In base all'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, "1. Sono esclusi

dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

... i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti”.

Lo specifico riferimento al momento della stipulazione dei “relativi contratti” indica inequivocabilmente che i requisiti soggettivi (nella specie, la regolarità contributiva) devono sussistere non solo nella fase di ammissione delle offerte, ma anche nel successivo momento del perfezionamento del rapporto; sicché non vi è ragione di ritenere che all’Amministrazione sia precluso l’accertamento di quelle situazioni (condizionanti la sottoscrizione del contratto) in una fase (quella della conferma dell’aggiudicazione provvisoria, attraverso l’aggiudicazione definitiva) appositamente destinata alla verifica della regolarità della procedura (in questo senso: Consiglio Stato, Sezione IV, 27 dicembre 2004, n. 8215; 31 maggio 2007 n. 2876).

Peraltro, l’azione amministrativa si presenta immune dai vizi denunciati sia in un’ottica attenta agli aspetti formali sia in una prospettiva più sostanzialistica, legata ai dati fattuali emersi.

Per il primo profilo si deve richiamare l’articolo 38, comma terzo, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, per il quale “Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l’articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445” [che disciplina, nell’ambito della semplificazione della documentazione amministrativa, gli accertamenti d’ufficio]; “resta fermo, per l’affidatario, l’obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all’articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all’articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni ...”.

Ciò significa che, anche in presenza dell’autodichiarazione del soggetto e della produzione di un DURC, rimangono integri i poteri di controllo della stazione appaltante sull’effettiva sussistenza dei requisiti (ovviamente anche in vista della stipulazione del contratto dell’atto negoziale, come si arguisce tra l’altro dall’utilizzo del termine “affidatario”)

Se si considerano invece le risultanze della documentazione in atti, emerge che, in realtà, la ricorrente:

- era inadempiente nel pagamento dei contributi allo INAIL di Monopoli, per non aver versato i premi assicurativi per l’anno 2007, per un importo di € 291.361,83 (come risultava già dal DURC del 28 luglio 2008);

- non ha presentato alcun ricorso o azione per contestare la debenza contributiva;
- si è limitata in seguito a chiedere solo la rateizzazione delle somme (per un totale di € 700.000,00) ed a operare i relativi versamenti (pari a € 400.652,00), come si deduce dalla documentazione depositata dalla società istante in data 5 gennaio 2008 e 19 gennaio 2008;

- in definitiva, ad una più attenta istruttoria da parte degli enti previdenziali, la società è risultata irregolare nei confronti dello INPS dal 17 maggio 2007 al novembre 2007, nei

confronti dello INAIL dal 16 giugno 2007 al novembre 2007, nei confronti delle Casse edili di Bari, Matera, Brindisi e Ancona dal maggio 2007 al settembre 2007 (provvedimento del Dirigente dell'Area amministrativa - Compartimento della Viabilità per la Puglia - 18 febbraio 2008; nonché documenti prodotti dalla Anas il 23 giugno 2008).

Di conseguenza, le argomentazioni dell'interessata circa la mancata indagine, da parte dell'Amministrazione resistente, sulla definitività dell'irregolarità e sull'eventuale regolarizzazione successiva (ammettendo che tale compito spetti alla stazione appaltante, competenza invece negata da Consiglio Stato, Sezione V, I agosto 2007, n. 4273) si rivelano, alla prova dei fatti, inconsistenti. In particolare, pure il rilievo della mancata valutazione della gravità delle violazioni previdenziali non può trovare accoglimento, considerato che, qualunque sia il significato che si voglia attribuire alla locuzione "violazioni gravi ... alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali", l'entità dell'inadempimento (l'atto gravato con il ricorso già indicava un importo di € 291.361,83) è tale da escludere *ictu oculi* che si tratti d'irregolarità giustificabili.

Ciò è ancora più evidente se si tiene conto che, per l'articolo 8, III comma, del successivo decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007 (in GU 30 novembre n. 279), dedicato proprio alla precisa regolamentazione del "Documento unico di regolarità contributiva, "Non si considera grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad Euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC".

Al riguardo, con affermazioni del tutto pertinenti al caso in esame, è stato recentemente ribadito che "soltanto l'accertamento della regolarità nel tempo del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e, quindi, della capacità dell'impresa di far fronte alle relative obbligazioni è idoneo a soddisfare l'interesse pubblico "primario" che viene in rilievo nelle gare d'appalto, incentrato sull'affidabilità dell'impresa concorrente attraverso l'indice rivelatore della sua più efficiente ed efficace gestione economico - produttiva (con il conseguente condivisibile rilievo secondo il quale la regolarità contributiva "... non rileva quale espressione di un mero rapporto obbligatorio tra due soggetti, ma come qualificazione soggettiva dell'impresa in termini di rispetto degli obblighi normativi e, dunque, espressione di affidabilità, costituente presupposto per la partecipazione alla procedura concorsuale": cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 7 marzo 2001, n. 227). Trasparente è, nello stesso tempo, il coordinamento della disposizione comunitaria e nazionale all'interesse pubblico secondario relativo alla più piena e penetrante tutela della posizione assicurativa previdenziale e assistenziale dei lavoratori dipendenti delle imprese interessate alla partecipazione alle gare d'appalto, anche in una chiave volta ad assicurare l'effettività della concorrenza, che sarebbe frustrata qualora talune di esse potessero "giovarsi" della propria posizione d'irregolarità contributiva per proporre prezzi più bassi rispetto alle altre in regola, conseguendo "economie" di spese generali e gestionali proprio attraverso la violazione degli obblighi contributivi e assistenziali (discorso sostanzialmente analogo, salvo quello pertinente l'interesse pubblico di natura fiscale, va fatto per la regolarità tributaria). Nella prospettiva da ultimo segnalata, si

comprende anche perché l'accertamento dell'inesistenza del requisito di partecipazione alla gara possa e debba essere svolto dall'Amministrazione appaltante anche in momento successivo all'aggiudicazione, non potendosi ammettere che il mero fattore temporale "consolidi" una posizione soggettiva che, ab initio, avrebbe dovuto condurre all'esclusione e che, in quanto indice rivelatore di una gestione economico - produttiva non efficiente, né efficace, propostasi in passato e potenzialmente riproponibile in futuro, non riverberi i suoi effetti negativi al di là del momento storico - temporale nel quale si è situata la situazione d'irregolarità.

Da ultimo, va soggiunto che la regolarità contributiva costituisce requisito sostanziale di partecipazione alla gara, per cui non può attribuirsi alcun effetto sanante alla domanda di dilazione e di rateizzazione del debito contributivo presentata dalla impresa che trova suo presupposto in uno stato di irregolarità contributiva (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 19 giugno 2006, n. 4814). Neppure può dispiegare alcun effetto nella vicenda all'esame quanto osservato dalla Corte di Giustizia con la sentenza 9.2.2006, n. 226 (con la quale è stato affermato che una normativa o una prassi amministrativa nazionali che, in caso di misure di sanatoria o di condono fiscale, nonché di concordato, considera in regola i partecipanti ad una gara di appalto di pubblici servizi con i loro obblighi al fine della ammissione ed alla aggiudicazione dell'appalto, non è incompatibile con l'art. 29, comma 1, lett. e) e f), della direttiva del Consiglio 92/50/CEE, a condizione che, entro il termine indicato dalla normativa nazionale stessa, i suddetti possano fornire la prova di aver beneficiato delle misure indicate.

E ciò in quanto in detta pronuncia è stato espressamente rilevato che può venire in considerazione la sola circostanza che il contribuente si sia avvalso, al fine di regolarizzare la propria posizione contributiva e/o fiscale, di meccanismi legislativi premiali, sananti o di condono, anteriormente alla data di scadenza della domanda di partecipazione alla gara, ciò che nel caso all'esame non è, essendo le richieste di regolarizzazione e dilazione dei pagamenti successive" (T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 21 gennaio 2008, n. 8).

Infine, in sede di esclusione, non era neppure necessaria una specifica ponderazione degli interessi coinvolti e un'apposita motivazione sul punto per il fatto che la COGEIN risultasse aggiudicataria provvisoria, visto che, come si deduce dalle osservazioni svolte al precedente punto b., tale situazione ingenera una mera aspettativa alla conclusione del procedimento in corso.

In conclusione, per le ragioni sovra evidenziate, dev'essere respinta la pretesa demolitoria di cui al ricorso.

Considerato che l'azione amministrativa non è risultata affetta dai vizi denunciati, dev'essere rigettata anche la domanda risarcitoria, non potendosi configurare nella fattispecie alcun danno ingiusto.

d. Di riflesso, inoltre, non possono trovare accoglimento le censure avanzate nei motivi aggiunti depositati il 18 ottobre 2007 e il 30 dicembre 2007, che si limitano a dedurre l'illegittimità in via derivata degli atti intervenuti.

e. Quanto invece ai motivi aggiunti, depositati in data 31 marzo 2008, con cui è stato gravato il provvedimento 18 febbraio 2008, con cui il Dirigente dell'Area amministrativa dell'ANAS S.p.A. - Compartimento della Viabilità per la Puglia - ha confermato

l'esclusione della società ricorrente e la conseguente revoca dell'aggiudicazione provvisoria, nonché l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione del provvedimento all'Autorità di vigilanza, si deve osservare che essi, rubricati con i nn. 4-8, denunciano vizi propri dell'atto, con argomenti in gran parte ripetitivi di quelli già non condivisi dal Collegio per le ragioni esplicitate.

L'atto è comunque inammissibile per carenza d'interesse, visto che nessun'utilità l'istante potrebbe trarre dall'annullamento della "conferma" dell'esclusione, quando il provvedimento espulsivo originario è stato ritenuto in questa sede esente dalle illegittimità da cui, secondo la prospettazione attorea, sarebbe inficiato.

Di conseguenza è da respingere anche la domanda risarcitoria, formulata nei tre successivi atti recanti motivi aggiunti.

f. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

(Omissis)

**LA REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA DEVE SUSSISTERE
NON SOLO NELLA FASE DI AMMISSIONE DELLE OFFERTE,
MA ANCHE NEL MOMENTO DEL PERFEZIONAMENTO DEL RAPPORTO.**

La regolarità contributiva non rileva quale espressione di un mero rapporto obbligatorio tra due soggetti, ma come qualificazione soggettiva dell'impresa in termini di rispetto degli obblighi normativi e, dunque, espressione di affidabilità, costituente presupposto per la partecipazione alla procedura concorsuale.

In base all'articolo 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, "1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti". Lo specifico riferimento al momento della stipulazione dei "relativi contratti" indica inequivocabilmente che i requisiti soggettivi (nella specie, la regolarità contributiva) devono sussistere non solo nella fase di ammissione delle offerte, ma anche nel successivo momento del perfezionamento del rapporto; sicché non vi è ragione di ritenere che all'Amministrazione sia precluso l'accertamento di quelle situazioni (condizionanti la sottoscrizione del contratto) in una fase (quella della conferma dell'aggiudicazione provvisoria, attraverso l'aggiudicazione definitiva) appositamente destinata alla verifica della regolarità della procedura. Da ultimo, va soggiunto che la regolarità contributiva costituisce requisito sostanziale di partecipazione alla gara, per cui non può attribuirsi alcun effetto sanante alla domanda di dilazione e di rateizzazione del debito contributivo presentata dalla impresa che trova suo presupposto in uno stato di irregolarità contributiva.

