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
MICHELE DE LUCA - STEFANO GIUBBONI - ROBERTO PESSI - PASQUALE SANDULLI
FILIPPO SATTA - ANTONIO VALLEBONA

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

In questo numero:

- Corte di Giustizia CE, 16 luglio 2009, sentenza n. C-69/08 ..... **874**

Politica sociale - Tutela dei lavoratori - Insolvenza del datore di lavoro - Direttiva 80/987/CEE - Obbligo di pagare la totalità dei crediti insoluti entro un massimale prestabilito - Natura dei crediti del lavoratore nei confronti dell'organismo di garanzia - Termine di prescrizione.

- Corte Cost., 24 luglio 2009, sentenza n. 236 ..... **676**

Impiego pubblico - Professori universitari - Ordinari - Fuori ruolo - Riduzione graduale del periodo di fuori ruolo sia per i professori ancora in servizio di ruolo sia per quelli già ammessi al fuori ruolo - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 434, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 - Irragionevole disparità di trattamento derivante dal porre sullo stesso piano posizioni giuridiche non omogenee - Principio di legittimo affidamento sulla possibilità di portare a termine il fuori ruolo - Illegittimità costituzionale in parte qua.

- Corte Cass., Sez. I, 19 settembre 2008, sentenza n. 23862 ..... **649**

Pensione di reversibilità e altri assegni - Divorzio - Concorso tra coniuge divorziato e coniuge superstite - Diritto del divorziato alla quota di pensione - Natura autonoma e previdenziale della pensione di reversibilità - Configurabilità - Criteri per la ripartizione della pensione in capo agli aventi diritto - Decorrenza del trattamento di reversibilità nei confronti dell'Ente erogatore (INPS).

- TAR Lazio, 20 luglio 2009, sentenza n. 7193 ..... **848**

Contratti pubblici - Deliberazione amministrativa di non stipulare il contratto - Annullamento giurisdizionale - Risarcimento del danno - Requisiti - Colpa.
Contratti pubblici - Responsabilità della PA - Atto amministrativo illegittimo - Risarcimento del danno - Vizi procedimentali e carenza di motivazione - Insufficienza - Fattispecie.

INPS ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

3

LUGLIO-AGOSTO-SETTEMBRE 2009

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

INPS
ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

3

LUGLIO-AGOSTO-SETTEMBRE 2009

PRIMAPRINT - Viterbo - Via dell'Industria, 71

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

SOMMARIO N. 3/2009

INDICI		pag.	V
DOTTRINA			
SCHOUKENS P.	«Introduzione al coordinamento della sicurezza sociale nell'Unione Europea».	»	557
GIUBBONI S.	«Appunti in tema di prestazioni pensionistiche complementari».	»	608
SFERRAZZA M.	«La condotta sportiva violenta tra illecito sportivo e responsabilità civile».	»	632
NOTE A SENTENZA			
REALMUTO G.	«Il riconoscimento della pensione di reversibilità al coniuge divorziato: profili di diritto sostanziale e processuale».	»	658
RUBBIO F.P.	«Il periodo di "fuori ruolo" dei professori universitari nella legge finanziaria per il 2008: l'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali».	»	690
GIURISPRUDENZA			
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili		»	698
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili		»	726
TRIBUNALI - Sezioni Civili		»	762
CONSIGLIO DI STATO		»	838
TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALi		»	848
CORTE DEI CONTI		»	859
CORTE DI GIUSTIZIA CE		»	874

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

- Corte Costituzionale: *si omette di indicare l'intervento, tramite l'Avvocatura dello Stato, della Presidenza del Consiglio dei Ministri.*

- Suprema Corte di Cassazione: *le conclusioni del P.M. vengono riportate solo se difformi.*

INDICE DELLE SENTENZE N. 3/2009

GIURISDIZIONE	*NUMERO DECISIONE*	*DATA*	*PAG.*
CORTE COSTITUZIONALE			
(Sentenze)	236/09	24.07.2009	676
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Civili)	17746/09	30.07.2009	698
	15832/09	6.07.2009	701
	14847/09	24.06.2009	704
	13724/09	12.06.2009	709
	10396/09	6.05.2009	714
	9986/09	29.04.2009	722
	23862/08	19.09.2008	649
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Brescia	345/09	3.09.2009	726
Brescia	111/09	5.03.2009	727
Cagliari	163/09	16.04.2009	733
Genova	2219/09	4.05.2009	743
Genova	297/09	17.06.2009	745
Genova	245/09	5.05.2009	747
Genova	8/09	29.01.2009	751
Milano	249/09	20.03.2009	756
Roma	3228/09	24.03.2009	759
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Brescia	301/09	25.03.2009	762
Como	196/09	18.06.2009	766
Genova	540/09	19.05.2009	768
Genova	466/09	4/04/2009	771
Genova	333/09	3.04.2009	776
Genova	245/09	10.02.2009	786
Genova	238/09	7.03.2009	788
Genova	231/09	5.02.2009	792
Milano	505/09	4.02.2009	796
Milano	23/09	7.01.2009	804
Nola	1032/09	19.02.2009	809
Padova	54/09	16.03.2009	810
Pavia	492/09	9.02.2009	813
Siracusa	657/08	8.05.2008	817

GIURISDIZIONE	*NUMERO DECISIONE*	*DATA*	*PAG.*
Venezia	385/09	23.04.2009	819
Venezia	106/09	12.02.2009	823
Venezia	738/08	25.03.2009	825
Viterbo	143/09	26.02.2009	833
CONSIGLIO DI STATO			
	3562/09	9.06.2009	838
T.A.R.			
Lazio	7193/09	20.07.2009	848
Lazio	362/09	21.04.2009	857
CORTE DEI CONTI			
	1/09	26.02.2009	859
CORTE DI GIUSTIZIA C.E.			
	C-69/08	16.07.2009	874
	C-561/07	11.06.2009	884

INDICE ANALITICO N. 3/2009

CONTRATTI

Contratti - Effetti - Eterointegrazione - Corrispettivo contrattuale per servizi di vigilanza - Tariffe imposte con decreto prefettizio - Integrazione automatica del contratto - Esclusione. (pag. 698)

Contratti pubblici - Deliberazione amministrativa di non stipulare il contratto - Annullamento giurisdizionale - Risarcimento del danno - Requisiti - Colpa. (pag. 848)

Contratti pubblici - Responsabilità della PA – Atto amministrativo illegittimo - Risarcimento del danno - Vizi procedimentali e carenza di motivazione - Insufficienza - Fattispecie. (pag. 848)

CONTRIBUTI

Contributi - Agevolazioni contributive - Assunzione a termine in sostituzione dipendente assente per maternità o congedo parentale - Prestazione di lavoro con orario maggiore di quello del dipendente sostituito - Sgravio - Non spettanza. (pag. 823)

Contributi - Contributi ex CUAF e maternità - Personale addetto a società municipalizzate e confluito nella previdenza INPDAP - Riduzione ex art. 41 L. 488/1999 - Non spetta. (pag. 762)

Contributi - Contribuzione cassa integrazione guadagni - Disciplina di esonero - Norme di stretta interpretazione - Requisiti soggettivi - Società municipalizzata di diritto privato partecipata da ente pubblico - Esenzione - Non spetta. (pag. 796)

Contributi - Contribuzione disoccupazione involontaria - Esonero - Requisiti - Stabilità d'impiego - Sussistenza in capo a società partecipante - Non rileva. (pag. 796)

Contributi - Farmacia - Natura di imprenditore commerciale del titolare della farmacia - Impresa familiare ex art. 230 bis c.c. - Autonomia della posizione assicurativa del titolare farmacia e del collaboratore familiare - Attività d'impresa svolta con continuità e prevalenza - Obbligo dei coadiuvanti di iscrizione alla Gestione Commercianti - Sussistenza. (pag. 727)

Contributi - Integrazione dei guadagni - Società per azioni a prevalente capitale

pubblico aventi ad oggetto l'esercizio di attività industriali - Esonero ex art. 3 del d. lgs. C.P.S. n. 869 del 1947, come sostituito dall'art. 4, comma 1, della legge n. 270 del 1988 - Esclusione - Fondamento. (pag. 704)

Contributi - Opposizione a cartella di pagamento - Minimale contributivo in edilizia - Ipotesi di esenzione - Art. 29 D. L. n. 244/1995 conv. in L. n. 341/1995 - Sospensione convenzionale attività - Limiti di applicabilità - Preventiva comunicazione all'ente previdenziale. (pag. 804)

Contributi - Prescrizione - Azione di condanna del datore di lavoro alla costituzione della rendita vitalizia - Prescrizione - Termine di dieci anni decorrente dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS. (pag. 747)

Contributi - Prescrizione - Decorrenza termine azione giudicato - Procedimento monitorio - Mancata opposizione - Apposizione decreto di esecutorietà. (pag. 817)

Contributi - Retribuzione imponibile - Provenienza da soggetto estraneo al rapporto di lavoro - Rilevanza - Esclusione. (pag. 751)

Contributi - Sgravi concessi per contratti di formazione lavoro a titolo di aiuto di Stato illegittimo - Prescrizione - Termine decennale. (pag. 733)

Contributi - Sgravi concessi per contratti di formazione lavoro a titolo di aiuto di Stato illegittimo - Onere probatorio - Datore di lavoro. (pag. 733)

Contributi - Sgravio legge n. 407 del 1990 - Datori di lavoro beneficiari - Imprenditori. (pag. 809)

DANNO

Danno (Risarcimento del) - Assenza per malattia del lavoratore - Richieste reiterate del datore di lavoro all'INPS di visita medico-legale di controllo - Omesso riscontro di talune richieste - Danno per prolungata assenza del dipendente - Insussistenza. (pag. 813)

FONDO DI GARANZIA

Fondo di Garanzia per il TFR - Ritenuta IRPEF operata in applicazione di una aliquota relativa ad un TFR maggiore di quello liquidato - Errore nella compilazione del modello TFR3/bis non imputabile all'INPS - Risarcimento danno per riconoscibilità dell'errore - Non sussiste. (pag. 833)

Fondo garanzia - Ultime tre mensilità retributive indennizzabili - Sospensione convenzionale del rapporto di lavoro - Irrilevanza - Periodo di riferimento - 12 mesi prima dell'inizio dell'esecuzione forzata. (pag. 701)

IMPIEGO PUBBLICO

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Passaggio a seguito di mobilità da altro ente - Giudizio per differenze retributive per superiore inquadramento promosso nei soli confronti del precedente datore di lavoro dopo l'immissione nei ruoli INPS - Opponibilità del giudicato all'INPS - Esclusione. (pag. 756)

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Sussidio per maternità - Richiesta tardiva - Erogazione nei limiti degli stanziamenti disponibili per l'annualità relativa - Utilizzo dei fondi relativi all'anno successivo - Esclusione. (pag. 810)

Impiego pubblico - Professori universitari - Ordinari - Fuori ruolo - Riduzione graduale del periodo di fuori ruolo sia per i professori ancora in servizio di ruolo sia per quelli già ammessi al fuori ruolo - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 434, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 - Irragionevole disparità di trattamento derivante dal porre sullo stesso piano posizioni giuridiche non omogenee - Principio di legittimo affidamento sulla possibilità di portare a termine il fuori ruolo - Illegittimità costituzionale in parte qua. (pag. 676)

LAVORO

Lavoro (Controversie individuali di) - Prove - Interrogatorio libero delle parti - Utilizzabilità da parte del giudice come fonte, anche unica, di convincimento. (pag. 776)

Lavoro (Rapporto di) - Collaborazione coordinata e continuativa - Lavoro occasionale - Superamento del limite di trenta giorni - Qualificazione del rapporto come di lavoro subordinato. (pag. 745)

Lavoro (Rapporto di) - Contratto a progetto - Carenza dei requisiti - Fattispecie. (pag. 776)

Lavoro (Rapporto di) - Tirocinio ex art. 27 comma 1 lett. f) D. Lgs. 286/1998 - Domanda proposta da società di diritto rumeno - Prestazione di lavoro presso impresa italiana - Difetto di attività formativa - Distacco o comando - Insussistenza - Rapporto di lavoro subordinato - Sussistenza. (pag. 825)

PATRIMONIO PUBBLICO

Patrimonio pubblico - Dismissione - Immobili di pregio. (pag. 838)

PENSIONI

Pensione - Invalidità ex INPDAI - Contribuzione figurativa riconosciuta ai fini della pensione di invalidità - Utilità ai fini della pensione di vecchiaia - Infondatezza. (pag. 788)

Pensione di reversibilità e altri assegni - Divorzio - Concorso tra coniuge divorziato e coniuge superstite - Diritto del divorziato alla quota di pensione - Natura autonoma e previdenziale della pensione di reversibilità - Configurabilità - Criteri per la ripartizione della pensione in capo agli aventi diritto - Decorrenza del trattamento di reversibilità nei confronti dell'Ente erogatore (INPS). (pag. 649)

Pensioni - Benefici combattentistici - Maggiorazione di lire 30.000 di cui all'art. 6 della legge 15 aprile 1985, n. 140 - Perequazione - Decorrenza - Dalla data di conseguimento della pensione. (pag. 709)

Pensioni - Benefici per esposizione all'amianto - Certificazione Inail - Non veridicità - Conseguenze. (pag. 792)

Pensioni - Gestione separata - Art. 3 d. m. 2 maggio 1996, n. 282 - Limiti al cumulo di contributi accreditati a diverse gestioni - Illegittimità - Conseguenza - Disciplina per il computo delle quote di pensione secondo i criteri di cui all'art. 16 della legge 2 agosto 1990, n. 233 - Applicabilità - Sussistenza - Disciplina sulla totalizzazione di cui all'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 - Applicabilità - Esclusione. (pag. 714)

Pensioni - Indebito - Accertamento della legittimità della ripetizione da parte dall'Ente previdenziale - Omessa indicazione, nel provvedimento dell'INPS, delle norme a sostegno della ripetibilità - Lesione del diritto di difesa - Esclusione. (pag. 722)

Pensioni - Misura - Valutazione gratuita presso l'INPDAI dei periodi di pregressa contribuzione al Fondo speciale di previdenza per i dipendenti dell'Enel e delle aziende elettriche private - Limite massimo - Commisurazione - Alla pensione massima erogabile dall'INPDAI al momento della maturazione del diritto - Sussistenza. (pag. 759)

Pensioni - Rivalutazione contributiva da esposizione ad amianto - Regime ex art. 47 D.L. n. 269/03 conv. in L. n. 326/03 - Accertamento finalizzato alla misura del trattamento pensionistico - Difetto dei requisiti per accesso a pensione - Difetto di interesse ad agire. (pag. 819)

Pensioni - Titolarità di plurimi trattamenti - Indennità integrativa speciale - Cumulo - Divieto - Limiti. (pag. 859)

Pensioni - Totalizzazione - Domanda di riliquidazione - Pro rata a carico della Cassa Geometri e a carico INPS - Qualità di litisconsorte necessario dell'INPS. (pag. 766)

POLITICA SOCIALE

Politica sociale - Tutela dei lavoratori - Insolvenza del datore di lavoro - Direttiva 80/987/CEE - Obbligo di pagare la totalità dei crediti insoluti entro un massimale prestabilito - Natura dei crediti del lavoratore nei confronti dell'organismo di garanzia - Termine di prescrizione. (pag. 874)

PRESTAZIONI

Prestazioni - Assegno sociale - Requisito reddituale - Elemento costitutivo della pretesa - Difetto di allegazione - Improponibilità della domanda. (pag. 726)

Prestazioni - Integrazione salariale ordinaria - Mancanza di commesse - Sopravvenuta carenza della causa integrabile - Provvedimento di concessione parziale - Legittimità. (pag. 857)

Prestazioni - Invalidi civili - Esenzione dal ticket - Legittimazione passiva dell'INPS - Carenza. (pag. 786)

Prestazioni - Invalidità civile - Extracomunitario - Requisito della permanenza stabile nel territotio italiano - Necessità. (pag. 771)

PROCESSO CIVILE

Processo civile - Controversia in materia di benefici contributivi - onere della prova - a carico del datore di lavoro. (pag. 743)

Processo civile - Dichiarazioni rese dal datore di lavoro agli ispettori - Natura confessoria. (pag. 745)

Processo civile - Opposizione a cartella di pagamento per crediti contributivi - Vizi del procedimento di riscossione - Vizi formali della cartella - Rimedi - Ricorso ex artt. 615-617 c.p.c. (pag. 796)

Processo civile - Opposizione alla cartella per vizi formali e per motivi di merito - Iscrizione a ruolo dei crediti contributivi - Decadenza - Natura procedimentale - Necessità di accertamento giudiziale relativo alla fondatezza delle pretese vantate. (pag. 768)

TRASFERIMENTO D'IMPRESA

Trasferimento d'impresa - Mantenimento dei diritti dei lavoratori - Legislazione nazionale che prevede la disapplicazione ai trasferimenti d'imprese in "stato di crisi" - Direttiva 2001/23/CE – Inadempimento di uno Stato. (pag. 884)

PAUL SCHOUKENS

Docente di Social Security Law nella Catholic University di Leuven
e Coordinatore generale dell'Istituto Europeo di Sicurezza Sociale.

INTRODUZIONE AL COORDINAMENTO DELLA SICUREZZA SOCIALE NELL'UNIONE EUROPEA*

Sommario: 1. - Introduzione. 2. - Panoramica del Regolamento di coordinamento CE 1408/71. 2.1 - La funzione del Regolamento CE 1408/71: coordinamento dei sistemi di sicurezza sociali nazionali. 2.2. - Fonti giuridiche. 2.3. - L'obiettivo del Regolamento 1408/71: salvaguardare la libera circolazione delle persone. 3. - Il contenuto del Regolamento 1408/71. 3.1. - Norme generali: ambito soggettivo e materiale del Regolamento 1408/71. 3.1.1. - Ambito di applicazione "ratione personae". 3.1.1.1. - Regolamento 883/2004. 3.1.2. - Campo di applicazione ratione materiae. 3.1.2.1. - Regolamento 883/2004. 3.2. - Parità di trattamento. 3.2.1. - Regolamento 883/2004. 3.3. - Scelta della legge (designazione della legislazione applicabile). 3.3.1. Regola generale: lex loci laboris. 3.3.2. - Eccezioni alle norme: il distacco. 3.3.3. - Eccezioni alla regola: il lavoro simultaneo in più Stati. 3.3.4. - Indicazione dello Stato competente: cos'è una tassa e cos'è un contributo di previdenza sociale? 3.3.5. - Regolamento 883/2004. 3.4. - Tutela dei diritti acquisiti (principio di esportabilità). 3.4.1. - Ratio sottesa al principio. 3.4.2. - Adeguamenti ed eccezioni. 3.4.3. - Regolamento 883/2004. 3.5. - Tutela dei diritti in via di acquisizione. 3.5.1. - Regolamento 883/2004. 3.6. - Brevi lineamenti del coordinamento dei rischi sociali. 3.6.1. - Assistenza sanitaria e malattia. 3.6.1.1. - Assistenza sanitaria. 3.6.1.1.1. - Diritto all'assistenza sanitaria in un altro Stato membro: Regolamento 1408/71. 3.6.1.1.2. Diritto all'assistenza sanitaria in un altro Stato: applicazione dei principi di libera circolazione di beni e servizi. 3.6.1.2.

---

* Si pubblica in italiano un articolo la cui pubblicazione in lingua inglese risale al 2004, ritenendosi che lo stesso conservi la sua validità per una conoscenza istituzionale degli argomenti dibattuti in sede comunitaria con riguardo al coordinamento della sicurezza sociale.
La traduzione è stata curata dall'avv. Lucia Orsingher dell'Ufficio legale di Bolzano.
Sul tema si veda, fra l'altro, il volume n. 11 del 2009 de "European Journal of Social Security" ove sono stati raccolti gli interventi del Convegno organizzato da "European Institute of Social Security" (EISS, sito web www.eiss.be) a Berlino il 26-28 settembre 2008, intitolato "50 years after the start – new rules on EU social security coordination".
Con riguardo al versante legislativo il legislatore comunitario con il Regolamento n. 987 del 16 settembre 2009 ha stabilito le modalità di applicazione del regolamento n. 883 del 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e lo stesso entrerà in vigore il 1° maggio 2010.

- Malattia. 3.6.1.3. - Regolamento 883/2004. 3.6.2. - Invalidità. 3.6.2.1. - Regolamento 883/2004. 3.6.3. - Pensioni di vecchiaia, invalidità e superstiti. 3.6.3.1. - Regolamento 883/2004. 3.6.4. - Disoccupazione. 3.6.4.1. - Regolamento 883/2004. 3.6.5. - Prestazioni familiari. 3.6.5.1. - Regolamento 883/2004. 3.7. - Cooperazione internazionale delle amministrazioni deputate alla sicurezza sociale.

1 - Introduzione

Nel momento in cui la gente inizia a spostarsi oltre i confini nazionali i diversi sistemi di sicurezza sociale iniziano a porsi reciprocamente in conflitto. Per superare ciò occorrono accordi internazionali che provvedano al coordinamento delle normative nazionali di sicurezza sociale, accordi di coordinamento tanto più necessari nell'ambito dell'Unione europea. Uno dei maggiori obiettivi dell'UE è, ad esempio, la promozione della libera circolazione di soggetti professionalmente attivi[1]. Libera circolazione che sarebbe seriamente ostacolata senza un appropriato mezzo di coordinamento. Perciò non sorprende il fatto che una delle prime normative emanate dalla Comunità Economica Europea affrontasse proprio la questione del coordinamento della sicurezza sociale per i lavoratori migranti[2].

All'interno dell'Unione Europea, l'attuale struttura del coordinamento in materia di sicurezza sociale, si rinviene nei Regolamenti 1408/71 e 574/72[3]. Proprio perché queste misure di coordinamento sono state adottate in veste di regolamenti europei sono legalmente valide ed efficaci senza dover essere ratificate da alcun Parlamento nazionale. Inoltre le disposizioni dei Reg. 1408/71 e 574/72 sono self-executing. Poiché le disposizioni dei Regolamenti 1408/71 e 574/72 sono finalizzate alla libera circolazione delle persone (professionalmente attive), devono essere interpretate alla luce di tali principi. Questo tipo di interpretazione viene meno quando, ad esempio, ci si occupa di convenzioni bilaterali e multilaterali concluse tra due o più Stati, in quanto la maggior parte degli accordi più recenti si limita a risolvere conflitti tra legislazioni, dovuti a differenti sistemi nazionali di sicurezza sociale, senza avere come fine ultimo la promozione di una libera circolazione.

Sebbene lo scopo delle normative di coordinamento sia limitato - coordinano

---

(1) Come considerato nell'art. 39 del Trattato CE (libera circolazione dei lavoratori) e negli artt. 42 e 49 del Trattato CE (diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi che insieme danno luogo alla libera circolazione dei lavoratori autonomi).

(2) Reg. (CEE) del Consiglio n. 3, 25 settembre 1958, GU 16 dicembre 1958, 30, 561 e Reg. n. 4 che hanno introdotto le integrazioni al Reg. n. 3, GU 16 dicembre 1958, 30, 597. Normative sostituite nei primi anni settanta dai Reg. 1408/71 e 574/72.

(3) Reg. (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, 14 giugno 1971 inerente l'applicazione dei sistemi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, a quelli autonomi ed ai loro familiari che si spostano all'interno dell'Unione europea, GU L 5 luglio 1971, 149, 2 rettificato con Reg. (CE) n. 118/97 del Consiglio, GU L 30 gennaio 1997, 28,1 e modificato con Reg. (CE) n. 1368/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 10 luglio 2001, 187,1.

o adeguano soltanto i vari regimi di sicurezza sociale quando le persone oltrepassano le frontiere, senza però armonizzare tali sistemi - esse sono diventate una parte assai complessa della legislazione europea. Non va dimenticato il fatto che esse coordinano i regimi di sicurezza sociale dei 25 Stati Membri dell'UE. Sapendo che ogni Stato ha i propri sistemi organizzativi, che dipendono dalla categoria di persone e/o lavoratori protetti, non dobbiamo sorprenderci se i Regolamenti 1408/71 e 574/72 finirono per essere uno strumento di coordinamento altamente tecnico. Quando le norme esistenti divennero troppo complesse, nel 1992, in occasione del summit europeo di Edimburgo, fu lanciato un processo di modernizzazione e semplificazione *ab imo* delle norme di coordinamento, culminato con l'approvazione di un nuovo Regolamento di coordinamento il n. 883/2004[4], nel quale vennero recepiti i principali adattamenti delle attuali tecniche di coordinamento, con l'effetto di semplificare tale materia (vedi sotto per maggiori particolari). L'applicazione di tale disciplina semplificata non è attesa prima del 2006, dal momento che un nuovo regolamento attuativo, che dovrà sostituire il corrente Reg. 574/72, non è ancora stato concordato (tra i 25 Stati membri dell'Unione Europea).

Infine i Regolamenti 1408/71 e 574/72 devono coordinare in modo reciproco le disposizioni nazionali riguardanti l'ambito di efficacia territoriale dei regimi di sicurezza sociale**,** in modo che gli assicurati non incorrano, secondo le discipline nazionali, né in una carenza di tutela né in un cumulo di tutele. Per raggiungere tale obiettivo nei Reg. 1408/71 e 574/72 sono applicate le seguenti tecniche di coordinamento:

1. Il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità;
2. L'indicazione di uno Stato competente per le questioni di sicurezza sociale;
3. La garanzia dei diritti di sicurezza sociale acquisiti (esportabilità delle prestazioni di sicurezza sociale);
4. La tutela dei diritti di sicurezza sociale durante la fase della loro acquisizione;
5. La garanzia di una facile collaborazione tra le amministrazioni deputate alla gestione della sicurezza sociale.

Le disposizioni di carattere sostanziale relative al coordinamento sono reperibili nel Reg. 1408/71, mentre il Reg. 574/72 contiene le norme relative all'applicazione in via amministrativa delle disposizioni comunitarie.

2. - Panoramica del Regolamento di coordinamento CE 1408/71.

2.1 - La funzione del Regolamento CE 1408/71: coordinamento dei sistemi di sicurezza sociali nazionali.

Il Regolamento 1408/71, emanato dalla Comunità Europea nel 1971, è uno dei più importanti strumenti per la sicurezza sociale europea. La legislazione sulla sicurezza sociale europea è stata elaborata seguendo due diverse tecniche: coordinamento e

(4) Reg. (CE) n. 833/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004 concernente il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, GU L 30 aprile 2004, 166, 1.

armonizzazione. Può essere definita come coordinamento la tecnica usata per eliminare elementi di legislazione nazionale che, in situazioni transnazionali, danno luogo a imperfezioni o a cumuli nei confronti dei beneficiari; oppure, in senso più lato, sono tecniche che mirano a garantire i diritti di sicurezza sociale a persone migranti e rispettive persone a carico. Gli elementi scatenanti conflitti, positivi o negativi, tra legislazioni sono perlopiù collegati a condizioni di nazionalità, condizioni di residenza e periodi di attesa. In altre parole, il coordinamento influenza quegli elementi della legislazione nazionale volti a delimitare, da parte della legge straniera, l'applicabilità della legge nazionale (ambito territoriale dei regimi di sicurezza sociale).

Mentre il coordinamento mira a rendere compatibili i sistemi nazionali in situazioni transnazionali, l'armonizzazione copre un'ampia gamma di tecniche, che in diversi gradi, mutano efficacemente le legislazioni nazionali, al fine di avvicinare l'una all'altra, o di farle "convergere". Tale armonizzazione può assumere diverse forme. Il caso estremo porta all'unificazione della legislazione nazionale. Le forme meno drastiche comportano che il concetto di armonizzazione possa essere utilizzato nella messa a punto di standard minimi di protezione sociale o per l'introduzione di principi generali di diritto, all'interno della legislazione nazionale. Un esempio di quest'ultimo caso è dato dall'introduzione a livello europeo della legge sulla discriminazione basata sul sesso.

Il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nazionali non deve essere confuso con la tecnica "del metodo aperto di coordinamento", introdotto recentemente dall'Unione Europea. Il metodo aperto di coordinamento è una linea "morbida" di governance, usata nel campo della politica sociale europea. Consiste principalmente nello scambio delle pratiche migliori, permettendo agli Stati membri di apprendere in maniera sistematica dai singoli diversi sistemi di protezione sociale. Il metodo aperto di coordinamento è concepito come modo sistematico di diffusione delle migliori pratiche al fine di raggiungere una maggiore convergenza verso i principali obiettivi dell'UE, pur nel rispetto delle diversità nazionali. All'opposto del coordinamento mira a far convergere (armonizzare) le politiche sociali nazionali in via intergovernativa.

2.2. - Fonti giuridiche

Il diritto comunitario sul coordinamento ha due categorie di fonti, la legislazione primaria e la legislazione secondaria. Per quanto riguarda la prima categoria vengono in considerazione gli articoli che concernono la libera circolazione delle persone (professionalmente attive) (articoli 18, 39, 43 e 49 del Trattato CE), nonché ciò che costituisce il fondamento legale del coordinamento (articolo 42 del Trattato CE). La legislazione secondaria si rinviene soprattutto nei Reg. 1408/71 e 574/72.

Gli articoli 39, 43 e 49 del Trattato CE garantiscono la libera circolazione dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi. Tali libertà permettono ai cittadini europei di cercare lavoro in ogni Stato membro, di spostarsi, a tal proposito, in ogni Stato membro, di fissare la residenza in ogni Stato membro e di fermarsi, dopo la cessazione del lavoro, in ogni Stato membro. L'articolo 18 si riferisce, in generale, alla libera circolazione dei cittadini all'interno del territorio degli Stati membri: "ogni cittadino

dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente Trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso". Anche la libera circolazione di soggetti non attivi professionalmente è stata sottoposta a condizioni e, a tal proposito, esaustivamente regolamentata[5]. Il diritto di soggiorno dei cittadini degli Stati membri e dei loro familiari, i quali beneficiano di tale diritto in virtù di altre disposizioni, è garantito a condizione che godano di una copertura assicurativa sanitaria sufficiente e dispongano di sufficienti mezzi di sostentamento. In altre parole, alle persone non attive economicamente è permesso esercitare il diritto di libera circolazione solo nel momento in cui non diventano un peso a carico del Paese ospitante (per quanto riguarda l'assistenza sociale e i programmi di assistenza sanitaria). Vale a dire che queste persone devono disporre di adeguati mezzi di sussistenza ed essere sufficientemente assicurati in materia sanitaria, prima di esercitare il diritto di soggiorno in un altro Stato membro. Come risulterà più chiaro in seguito, le norme di coordinamento sono state tradizionalmente limitate alle persone attive professionalmente che circolano (e circolavano) sul territorio europeo. Gradualmente anche le persone non attive (come gli studenti) sono state incluse nel loro ambito di applicazione *ratione personae*. Nella sua più recente versione il Regolamento di coordinamento 883/2004 copre tutti i soggetti che siano socialmente assicurati e che si muovano (legalmente) tra uno o più Stati membri dell'UE (vedi sotto per maggiori particolari).

L'articolo 42 (ex articolo 51) del Trattato CE contiene l'obbligo per il Consiglio di adottare un sistema di coordinamento in materia di sicurezza sociale, con regolamento. Cosa necessaria per realizzare effettivamente la libertà di circolazione dei lavoratori. Se un lavoratore si sposta da un Paese ad un altro, ciò implica non solo il mutamento della disciplina lavoristica applicabile, ma anche della normativa di sicurezza sociale. Mutamenti che possono comportare svantaggi. Alcune leggi nazionali di sicurezza sociale, ad esempio, escludono il pagamento della pensione se l'interessato vive permanentemente fuori dal Paese. Molte leggi nazionali sulla sicurezza sociale richiedono lunghi periodi di attesa e lunghi periodi di contribuzione prima dell'erogazione delle prestazioni assicurative. Tale sistema di coordinamento, secondo l'articolo 42 del Trattato CE, provvede al cumulo dei periodi di copertura assicurativa nei diversi sistemi degli Stati membri e obbliga all'erogazione delle prestazioni di sicurezza sociale, anche se i beneficiari non dimorano o non risiedono nello Stato competente. Tale sistema intende proteggere i diritti acquisiti delle persone socialmente assicurate quando esercitano la

---

(5) Rispettivamente per i cittadini in generale degli Stati membri, per i lavoratori subordinati e autonomi che hanno cessato le loro attività professionali e per gli studenti. Direttiva del Consiglio 90/364/CEE del 28 giugno 1990 sul diritto di soggiorno, GU L 13 luglio 1990, 180, 26; Direttiva del Consiglio 90/365/CEE del 28 giugno 1990 sul diritto di soggiorno per lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, GU L 13 luglio 1990, 180,28; e Direttiva del Consiglio 93/96/CEE del 29 ottobre 1993 sul diritto di soggiorno degli studenti, GU L 18 dicembre 1993, 317, 59. Queste direttive sono state recentemente soppiantate dalla Direttiva (CE) n. 2004/38 del Consiglio e del Parlamento europeo, 29 aprile 2004, GU L 30 aprile 2004,158,77. Le principali condizioni imposte alle persone non attive, che si muovono oltre confine, sono rimaste invariate.

libertà di circolazione. Lo spostamento non può portare alla perdita dei diritti relativi alla sicurezza sociale. Il problema inerente l'articolo 42 del Trattato CE è che tratta espressamente solo il coordinamento dei "lavoratori". Quest'ultimo concetto è da intendersi in modo restrittivo e quindi va riferito ai lavoratori salariati. L'articolo 42 del Trattato, originariamente, fu ideato per supportare la circolazione dei lavoratori (salariati), per come prevista dall'articolo 39 del Trattato CE e, di conseguenza, per coordinare i regimi di sicurezza sociale di tali lavoratori. Quando gradualmente fu introdotta e si sviluppò negli Stati membri dell'UE la protezione sociale per i lavoratori autonomi, crebbe in proporzione anche la necessità di coordinare tali situazioni. I lavoratori autonomi infatti rischiavano, in assenza di coordinamento di sicurezza sociale, di veder infrangersi il loro diritto di circolare liberamente nel mercato integrato europeo. A causa di tale mancanza di coordinamento di sicurezza sociale il diritto di stabilire un'attività non salariata in un altro Stato (articolo 43 del Trattato CE) e la libera circolazione di servizi (prestazione di servizi dovuta ad attività libero-professionale) fu seriamente ostacolato[6]. A causa dell'ambito limitato dell'articolo 42 del Trattato CE, l'estensione dei Reg. 1408/71 e 574/72 si è basata sull'art. 308 del Trattato CE, norma "in bianco"[7]. Una procedura simile è stata seguita per includere nell'ambito del regolamento di coordinamento gli studenti (migranti) e successivamente tutte le persone (circolanti) senza attività lavorativa. Più complicato è stato il procedimento per includere nell'ambito dei Reg. 1408/71 e 574/72 i cittadini di Stati terzi. Sebbene si possa sostenere da un punto di vista giuridico che una tale estensione del regolamento di coordinamento possa rientrare nell'ambito dell'articolo 42 del Trattato CE[8], l'inclusione finale di cittadini di Stati terzi è stata fondata sull'articolo 63 del Trattato CE (come parte del Titolo IV riguardante la politica dell'UE su visti, asilo e immigrazione), che permette all'Unione Europea di adottare le misure necessarie per definire i diritti e le condizioni, in base ai quali i cittadini di Paesi terzi, residenti legalmente in uno Stato membro dell'UE, possono soggiornare in altri Stati membri. Problematica a tal riguardo è l'applicazione asimmetrica negli Stati membri dell'UE delle misure adottate sulla base del Titolo IV, riguardante visti, asilo e immigrazione. In merito a tali misure alcuni Paesi hanno il diritto di non aderire, mentre

---

(6) Vedasi più dettagliatamente sulla relazione tra gli artt. 43 e 49, 42 e 308 del Trattato CE: P. SCHOUKENS, "The situation of self–employed persons with a view to Article 43 (ex 52) and 49 (ex 59) of the EC–Treaty", in EC – COMMISSION e AUSTRIAN FEDERAL MINISTRY OF SOCIAL SECURITY AND GENERATIONS (eds.), Social security in Europe: The EC- Treaty and Regulation 1408/71, Vienna, 2000, Bundesministerium für soziale Sicherheit, (136) 145-148.

(7) Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso.

(8) Vedasi D. PIETERS, "Enquiry into the legal foundations of a possibile extension of Community provisions on social security to third–country nationals legally residing and /or working in the European Union", in P.SCHOUKENS (ed.), Prospects of social security co-ordination, Leuven, Acco, 1997, (15), 24-29 e 46 ss. e, " Towards a radical simplification of the social security co-ordination", in P. SCHOUKENS (ed.), Prospects of social security co-ordination, Leuven, Acco, 1997, (177), 203.

altri devono esplicitamente dichiarare se vogliono esservi vincolati, aderendovi. Infatti con riferimento all'applicazione del Reg. 859/2003[9], che ha esteso la portata soggettiva del regolamento di coordinamento ai cittadini degli stati terzi, la Danimarca non ha aderito; l'Irlanda e il Regno Unito, invece, vi hanno aderito. Come conseguenza nelle sue relazioni con gli altri stati europei la Danimarca può continuare a escludere i cittadini di Paesi terzi dall'applicazione dei Reg. 1408/71 e 574/72.

Come precedentemente menzionato, le prime disposizioni di coordinamento (Reg. nn. 3 e 4) vennero adottate poco dopo la costruzione della Comunità (Economica) Europea. Con l'estensione della Comunità Europea ad alcuni nuovi Stati membri tali norme di coordinamento vennero riscritte ab imo agli inizi degli anni '70. Da allora in poi i Reg. 1408/71 e 574/72 hanno formato la base del coordinamento per la sicurezza sociale nella CE/UE. Tali Regolamenti sono stati spesso emendati, (recentemente) con maggiori adattamenti che, essenzialmente, hanno esteso l'ambito applicativo della normativa di coordinamento. Importante, ad esempio, è stata l'inclusione:

- dei lavoratori autonomi (Reg. 1390/81);
- dei sistemi di sicurezza sociale speciali per i dipendenti pubblici (Reg. 1606/98);
- degli studenti, nel caso in cui non fossero tutelati direttamente o indirettamente - come familiari – ai sensi del Reg. 1408/71 (Reg. 307/99);
- dei cittadini di Stati terzi (Reg. 859/2003).

A causa del numero crescente di regimi di sicurezza sociale da tenere in considerazione, dell'organizzazione, notevolmente diversa, dei sistemi di sicurezza sociale tra gli Stati membri, del numero crescente di precedenti giurisprudenziali (non sempre coerenti) della Corte di Giustizia Europea sull'interpretazione del Reg. 1408/71, le norme di coordinamento sono diventate strumenti legali alquanto complessi. Già nel 1992 il Consiglio europeo, durante il summit di Edimburgo, richiese una drastica semplificazione e modernizzazione delle norme di coordinamento. Si temeva che gli strumenti atti a supportare e promuovere la libera circolazione delle persone non fossero abbastanza conosciuti tra la popolazione in Europa e, anche se conosciuti, non fossero applicati, stante la loro complessità. Dopo aver consultato i relativi stakeholders (portatori di interessi), tramite conferenze nazionali[10], la Commissione CE pose in essere nel 1998 una proposta di regolamento[11] per semplificare e modernizzare i Reg. CE 1408/71 e 574/72. Sei anni dopo, il 29 aprile 2004, a due giorni dall'allargamento a 10 nuovi Stati membri, fu adottato dal Consiglio e dal Parlamento Europeo un nuovo regolamento in tema di coordinamento (Reg. 883/2004)[12], in sostituzione del Reg. 1408/71. Tuttavia tale nuova disciplina non produrrà effetti in tempi brevi. Il Reg. 883/2004 non sarà applicato prima dell'entrata in vigore del nuovo Reg. di applicazione (che sostituirà il Reg. 574/72). Una

---

(9) Reg. (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 14 marzo 2003, GU L 20 aprile 2003, 124, 1. Il regolamento è entrato in vigore il 1° giugno 2003.

(10) Vedasi D. PIETERS, The co–ordination of social security at work, Leuven, Acco, 1998, 25-104.

(11) COM (1998) 779, GU C 12 febbraio 1998, 38,1.

(12) Reg. (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004, riguardante il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, GU L 30 aprile 2004, 166,1.

proposta della Commissione per quest'ultimo è da attendersi per la seconda metà del 2004; una votazione finale dei 25 (o più?) Stati membri solo per il 2006 o addirittura nel 2007 [n.d.t. a tutt'oggi il regolamento di applicazione non è entrato in vigore]. Nel frattempo alcuni allegati al Reg. 883/2004 devono ancora essere concordati, inclusa la delicata questione delle prestazioni speciali non contributive (vedi sotto). Benché ormai il nuovo Regolamento sia divenuto realtà, non è ancora parte integrante della vita quotidiana. Per le questioni di coordinamento in corso devono essere ancora applicati gli attuali Reg. 1408/71 e 574/72; regolamenti che si applicano anche ai rapporti di sicurezza sociale con i 10 nuovi stati membri. Nonostante i lavoratori dei "nuovi" Stati membri non possano ancora circolare liberamente verso (la maggior parte) dei "vecchi" Stati membri, le norme di coordinamento a partire dal 1° maggio 2004 sono diventate immediatamente applicabili ai nuovi Stati membri.

Quindi, nella trattazione che segue, verrà considerato principalmente il vigente sistema comunitario di coordinamento di sicurezza sociale (Reg. 1408/71 e 574/72), e, qualora il nuovo Reg. 883/2004 preveda dei cambiamenti importanti delle norme vigenti, degli stessi verrà fatta menzione alla fine di ogni capitolo.

2.3. L'obiettivo del Regolamento 1408/71: salvaguardare la libera circolazione delle persone

Lo scopo principale del Reg. 1408/71 è sostenere il principio della libera circolazione delle persone (professionalmente attive, come stabilito negli articoli 18, 39, 43 e 49 del Trattato CE).

In assenza del meccanismo di coordinamento, previsto nel Reg. 1408/71, ci sarebbe un pericolo di vuoti di tutela, ovvero di una doppia tutela. Una carenza di tutela potrebbe delinearsi, ad esempio, quando un soggetto lavora in uno Stato, il cui sistema di sicurezza include tutti i residenti, ma vive in uno Stato, il cui sistema di sicurezza sociale comprende chi lavora in questo Stato. Si ha doppia protezione quando un soggetto lavora in uno Stato, il cui sistema di sicurezza sociale include chi vi lavora, e vive in uno Stato, il cui sistema di sicurezza sociale riguarda i residenti[13]. Suddette conseguenze hanno origine dalle differenze tra le norme di diritto sostanziale nell'ambito della disciplina internazionale di sicurezza sociale dei diversi Stati membri e possono essere evitate stabilendo norme di coordinamento uniformi, che regolino la disciplina nazionale in relazione alla portata territoriale dei sistemi di sicurezza sociale implicati. In un'Unione Europea in via di stabilizzazione ciò salvaguarda il principio di libera circolazione, garantito ai cittadini dell'UE. È da notare come, eccettuati gli studenti, i Regolamenti 1408/71 e 574/72 sostengano, in primo luogo, la circolazione di soggetti professionalmente attivi. Con il nuovo Reg. 883/2004 viene garantito il coordinamento di sicurezza sociale per tutti i cittadini, che circolano (legalmente) nel territorio dell'UE.

La Corte di Giustizia Europea ha sottolineato, in svariate occasioni, che la libera circolazione costituisce il principale obiettivo dei Reg. di coordinamento e ciò condi-

(13) Nelle pubblicazioni accademiche sul coordinamento le carenze di tutela sono spesso indicate come "conflitti di diritto negativi" mentre la doppia tutela come "conflitto di diritto positivo".

ziona le linee interpretative di questi Regolamenti (interpretazione teleologica dei Reg. 1408/71 e 574/72)[14]. Ciò addirittura legittima una discriminazione "positiva" per il lavoratore migrante, in quanto comporta che il trattamento spettantegli sia migliore di quello che riceverebbe se non si fosse trasferito in un altro Stato (vedi sotto la descrizione del c.d. principio *Petroni,* o principio di favorevolezza).

3. - Il contenuto del Regolamento 1408/71

3.1. - Norme generali: ambito soggettivo e materiale del Reg. 1408/71

La prima sezione del Reg. 1408/71 contiene le "disposizioni generali" (articoli 1-12), che definiscono i concetti e i termini (articolo 1), determinano il campo di applicazione quanto alle persone (articolo 2), proibiscono qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 3), determinano il campo di applicazione "*ratione materiae*" (articolo 4), stabiliscono l'esportabilità delle prestazioni in denaro (articolo 10) e fissano le regole per i casi di cumulo di prestazioni con origini nazionali diverse (articolo 12). In questo capitolo la nostra attenzione si focalizzerà sull'ambito di applicazione "*ratione personae*" e "*ratione materiae*" delle norme di coordinamento. Prima di imbarcarsi nella descrizione di tali argomenti, va menzionato come la normativa di coordinamento non unisca solo i 25 Stati membri, ma anche i Paesi che insieme agli Stati membri dell'UE formano l'EFTA (European Free Trade Association: Norvegia, Lichtenstein e Islanda) e altresì la Svizzera con cui gli Stati dell'UE hanno stipulato un accordo separato sulla libera circolazione delle persone tra i due enti[15].

3.1.1. - Ambito di applicazione "*ratione personae*"

Lavoratori subordinati, autonomi e i loro familiari

Ai sensi dell'articolo 2 il Reg. è prima di tutto applicabile ai lavoratori subordinati o autonomi e ai loro familiari, che sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri. Le accezioni di "lavoratori subordinati" e "lavoratori autonomi" non sono così chiare. Le definizioni date dal Regolamento indicano come "lavoratore" o "lavoratore autonomo" qualsiasi persona tutelata da un sistema di sicurezza sociale di uno Stato membro, diretto ad assicurare o connesso, in qualche modo, all'assicurazione di lavoratori subordinati o autonomi (articolo 1 (a) (ii) Reg. 1408/71). Nel caso in cui

---

(14) CGE, 15 luglio 1964, Van der Veen, causa C–110/63, Racc. 1964,1161; CGE, 21 ottobre 1975, Petroni, causa C–24/75, Racc. 1975, 1149; CGE, 12 giugno 1980, Laterza, causa C–733/79, Racc. 1980, 1915; CGE 15 gennaio 1986, Pinna I, causa C– 41/84, Racc. 1986, 1 e CGE 2 marzo 1989, Pinna II, causa C– 359/87, Racc. 1989, 585.

(15) Accordo tra la Comunità europea ed i suoi Stati membri da un lato e la Confederazione elvetica dall'altro sulla libera circolazione delle persone, GU L 30 aprile 2002, 45,6.

un Paese non definisca la categoria di lavoratore subordinato o di lavoratore autonomo in funzione del proprio sistema di sicurezza sociale, sono elencati criteri aggiuntivi, che si riferiscono alle modalità di gestione e di finanziamento della sicurezza sociale. Sulla base di tali criteri aggiuntivi il Paese dovrebbe essere in grado di indicare e discernere, nell'ambito del suo sistema, tali categorie di lavoratori. È quindi possibile che un Paese abbia un sistema di sicurezza sociale per tutti i soggetti professionalmente attivi, senza fare distinzioni tra lavoratori subordinati e autonomi nel delineare l'ambito soggettivo di applicazione. Nel caso in cui tale sistema usi differenti modalità di finanziamento per i lavoratori autonomi e per quelli subordinati - p.es. assoggettando i primi al pagamento di contributi fissi ed i secondi ad una contribuzione calcolata in percentuale sullo stipendio lordo - tale elemento di differenziazione può essere usato per distinguere entrambe le categorie al fine di applicare il Reg. 1408/71 (vedi l'allegato I del Reg. per i Paesi che applicano elementi e/o definizioni aggiuntivi per individuare le categorie di lavoratori subordinati e autonomi nei rispettivi sistemi di sicurezza sociale)[16]. Far riferimento ai sistemi nazionali di sicurezza sociale per definire esattamente chi siano i lavoratori subordinati e chi gli autonomi non contraddice il carattere europeo di tali concetti. Inoltre resta ancora possibile ai fini dell'applicazione del Reg. 1408/71 (e dei principi di libera circolazione che ne sono supportati) che il termine nazionale sia adattato e/o corretto dal diritto europeo (cioè dalla normativa di coordinamento). Un esempio di tale correzione in relazione all'accezione nazionale di lavoratore può essere rinvenuta nel caso *Van Roosmalen*[17], dove la definizione europea di "lavoratore autonomo" è stata sviluppata facendo riferimento a "qualsiasi persona che svolga un'attività lavorativa o occupazione a prescindere da un contratto di lavoro, per la quale riceve prestazioni che gli consentono di sopperire in tutto o in parte alle proprie esigenze"[18]. Tale definizione è stata interpretata così estensivamente da poter includere un prete-missionario che dipendeva dalle donazioni dei credenti per il suo sostentamento. La Commissione Europea fece notare, in questo caso, che la nozione di "lavoratore non salariato" non può "limitarsi alle persone che gestiscono un'impresa o esercitano una professione indipendente ai sensi della legislazione nazionale, ma di fatto si riferisce a qualsiasi persona che, nell'ambito di un regime di previdenza sociale a favore di tutti i residenti[19], possa fondare un diritto a prestazioni su redditi di lavoro svolto nell'ambito della vita economica e che si prefigge come fine o dal quale si può ragionevolmente attendere un vantaggio economico[20]. Poiché la legislazione nazionale, in questo caso, era venuta meno nell'indicare a quale categoria professionale la persona interessata, professionalmente attiva, appartenesse ai

(16) Vd. un interessante caso relativo alla definizione del concetto di lavoratore subordinato e autonomo e per delineare l'ambito di applicazione ratione personae del Reg. 1408/71: CGE, 30 gennaio 1997, Stöber e Pereira, cause riunite C–4/95 e C–5/95, raccolta CGE, 1997, I–511.

(17) CGE,23 ottobre 1986, Van Roosmalen, causa 300/84, Racc. 1986, 3097.

(18) CGE, 23 ottobre 1986, Van Roosmalen, causa 300/84, Racc. 1986, (3097), 3123 –3124, osservazioni 20 e 22.

(19) Cioè gli olandesi.

(20) CGE, 23 ottobre 1986, Van Roosmalen, causa 300/84, Racc. 1986, (3097), 3123 – 3124, osservazione 17.

fini della sicurezza sociale, è stato il diritto europeo a descrivere e delineare il concetto di "lavoratore autonomo". Così facendo corresse il concetto, come descritto nella normativa nazionale di sicurezza sociale. Ciò venne considerato legittimo al fine di salvaguardare il principio europeo di libera circolazione dei lavoratori autonomi.

Anche per la definizione di familiare è stata considerata la legislazione nazionale (articolo 1, Reg. 1408/71). Ivi leggiamo che un familiare è qualsiasi persona definita o riconosciuta come familiare, oppure designata come componente il nucleo familiare dalla legislazione, secondo la quale le prestazioni sono erogate. Anche in questo caso una definizione viene data nell'allegato I, qualora sulla base di tale legislazione non sia possibile distinguere i familiari da altre persone assicurate. Soprattutto i Paesi che hanno regimi di sicurezza sociale basati sulla residenza, in cui non sono presenti distinzioni tra soggetti direttamente assicurati e persone a loro carico, danno per l'applicazione del Reg. 1408/71 descrizioni del concetto di familiare (vedi, ad esempio, le definizioni date da Danimarca, Finlandia, Svezia, Regno Unito e Irlanda).

Dipendenti pubblici

Il Regolamento di coordinamento è applicabile anche ai dipendenti pubblici. Precedentemente tale categoria fu, in alcuni casi specifici, lasciata fuori dal campo di applicazione. L'articolo 4, par. 4 del Reg. sanciva che le norme di coordinamento non erano applicabili ai regimi speciali dei dipendenti pubblici (e al personale assimilato). In senso stretto ci fu un'esclusione di tali regimi dall'ambito di applicazione *ratione materiae*. Tali regimi speciali per i dipendenti pubblici furono considerati troppo "specifici" per essere soggetti al coordinamento sulla base delle norme dei Reg. 1408/71 e 574/72. Nel 1998 questa eccezione venne abbandonata dopo che un considerevole numero di casi, riguardanti tali regimi speciali per i pubblici dipendenti, fu portato avanti la Corte di Giustizia Europea, che iniziò ad approntare un coordinamento ad hoc sulla base dell'articolo 42 del Trattato CE[21]. Sulla base del Reg. 1606/98, il regime speciale dei dipendenti pubblici fu incorporato nell'ambito di applicazione *ratione materiae*; di conseguenza i dipendenti pubblici, assicurati in tali regimi, ricaddero nell'ambito del Reg. 1408/71.

Grazie all'applicazione del Reg. 1408/71, i dipendenti pubblici sono ora assimilati ai "lavoratori dipendenti".

L'articolo 1, lett. a) sub i) definisce come lavoratore dipendente qualsiasi persona assicurata contro uno o più eventi corrispondenti ai settori di un regime di sicurezza sociale applicabile ai lavoratori subordinati o di un regime speciale per i dipendenti pubblici. L'idea è che il dipendente pubblico sia socialmente assicurato e nel regime generale (per i lavoratori subordinati) e in un regime speciale per i dipendenti pubblici; quest'ultimo definito come un regime di sicurezza sociale che differisce dal sistema

(21) Reg. CE n. 1606/98, 29 giugno 1998, GU L 25 luglio 1998, 209,1. Per quanto concerne le sentenze si vedano p.es. CGE, 24 marzo 1994, Van Poucke, causa C–71/93, Racc. 1994, I–1101; CGE, 22 novembre 1995, Vougioukas, causa C–443/93, Racc. 1995, I–4033; CGE, 20 aprile 1999, Nijhuis, causa C–178/97, Racc. 1999, I–1919.

generale di sicurezza sociale applicabile ai lavoratori subordinati nello Stato membro interessato e al quale tutti, o alcune categorie di dipendenti pubblici, sono soggetti direttamente (articolo 1, lett. a) Reg. 1408/71). Il concetto di regime speciale di sicurezza sociale per i dipendenti pubblici è tuttora rilevante, in quanto per essi sono state delineate molte regole di coordinamento (vd. p.es. articoli 14 *sexies* e 14 *septies* Reg. 1408/71 sulla legislazione applicabile).

Studenti

Nel 1999 gli studenti sono stati aggiunti alla lista delle persone rientranti nel campo di applicazione *ratione personae* del Reg. 1408/71[22]. Più specificatamente gli studenti, che non rientrano nel campo soggettivo d'applicazione in quanto familiari a carico di un lavoratore dipendente o autonomo, hanno ora accesso diretto al Reg. di coordinamento, anche se in modo limitato (ossia solo per le sezioni di coordinamento relative all'assistenza sanitaria e alla prestazioni familiari; vedi, ad esempio, gli articoli 34 bis, 34 ter e 76 bis Reg. 1408/71).

Cittadini di paesi terzi

Più recentemente (2003) il Reg. di coordinamento è divenuto applicabile ai cosiddetti "cittadini di paesi terzi" (persone che non hanno "nazionalità UE", ossia cittadini che non hanno la nazionalità di uno Stato membro dell'UE)[23]. Prima che il Reg. 859/2003 entrasse in vigore, il Reg. di coordinamento 1408/71 era applicabile solo ai cittadini europei, eccezion fatta per i rifugiati e gli apolidi, ai quali in seguito si applicò il criterio della residenza, e per i familiari o i superstiti di lavoratori subordinati o autonomi a loro volta cittadini europei (o riconosciuti quali rifugiati o apolidi). Il fondamento giuridico utilizzato per l'estensione del Reg. 1408/71 ai cittadini di paesi terzi è l'articolo 63 par. 4 del Trattato CE. Non tutti i cittadini di Stati terzi possono usufruire del Reg. 1408/71. In primis devono risiedere (ed essere assicurati) legalmente in uno dei Paesi dell'UE[24]. Un cittadino russo che va a lavorare in Lettonia ma mantiene la propria residenza in Russia, non rientra, p.es., nel campo di applicazione *ratione personae* del Reg. 1408/71. Ma risiedere (legalmente) nell'UE non basta. Deve esserci almeno un elemento di connessione che coinvolga almeno due Stati membri. Un cittadino russo che risiede e lavora in Lettonia non può usufruire del Reg. di coordinamento. Nel momento in cui è coinvolto in un conflitto di legislazione di sicurezza sociale, che riguardi almeno un altro Stato membro europeo può appellarsi al Reg. 1408/71 (ad esempio, il cittadino russo che risiede e lavora in Lettonia e che viene distaccato in Lituania per alcuni mesi). Ciò in applicazione del principio generale, secondo il quale il diritto comunitario è inapplicabile

(22) Reg. CE n. 307/1999, 8 febbraio 1999, GU L 12 febbraio 1999, 38,1.
(23) Reg. 859/2003 14 maggio 2003, GU L, 20 maggio 2003, 124/1.
(24) Su tale argomento vedasi: CGE, 22 settembre 1992, Petit, causa C–153/91, Racc. 1992, I–4973 e CGE, 11ottobre 2001, Khalil, causa C–95/99, Racc. 2001, I–7413.

alle situazioni che rimangono confinate all'interno di un solo stato membro UE[25]. Logica vuole che ciò sia ancora più valido per i cittadini di paesi terzi che risiedono in uno degli Stati membri.

3.1.1.1. - Regolamento 883/2004

Il nuovo Regolamento di coordinamento ha, in qualche modo, ulteriormente esteso l'ambito di applicazione *ratione personae*. La descrizione dell'ambito soggettivo di applicazione non è più costituita da un'enumerazione di categorie di persone alle quali si applica la normativa di coordinamento. La nuova disciplina sarà applicabile, in generale, a tutti i cittadini degli Stati membri, a tutti i rifugiati e apolidi che risiedono in uno Stato membro (inclusi i loro familiari e superstiti, purché siano o siano stati soggetti alla legislazione di sicurezza sociale di uno o più Stati membri). Di conseguenza il Reg. è esteso anche alla categoria di soggetti non attivi, che attualmente, eccetto gli studenti e i familiari, non sono contemplati nell'ambito di applicazione *ratione personae*. Stabilendo in generale, che la normativa di coordinamento sia applicabile a tutti i cittadini (e persone assimilate come gli apolidi e i rifugiati), ciò non implicherà comunque che saranno tralasciate le definizioni di lavoratore subordinato, autonomo, dipendente pubblico, familiare o altro. In sé e per sé non è rilevante, per l'ambito di applicazione *ratione personae* sapere se si appartiene a una di tali categorie. In tal modo è stata semplificata la normativa di coordinamento. Venendo però ancora fissate regole di coordinamento differenti tra le categorie, è ancora importante per la stessa normativa di coordinamento sapere se la persona interessata sia un lavoratore subordinato, autonomo, dipendente pubblico, ecc. Come vedremo in seguito, la disposizione indicante lo Stato competente in tema di sicurezza sociale differisce a seconda della categoria. I dipendenti pubblici sono socialmente assicurati nel Paese nella cui amministrazione pubblica lavorano; i lavoratori subordinati e autonomi rientrano nella legislazione dello Stato in cui esercitano le loro attività. Nel caso in cui venga esercitata simultaneamente attività salariata e attività autonoma in Paesi diversi, lo Stato competente sarà quello in cui si esercita l'attività salariata. Per applicare quest'ultima disposizione bisogna sapere chi è considerato lavoratore subordinato e chi autonomo. Di conseguenza avremo ancora bisogno di definire questi vari concetti, rilevanti per l'applicazione della normativa di coordinamento. Per questo motivo non ci sorprende che il 1° articolo del nuovo Regolamento di coordinamento sia composto da una lunga lista di definizioni.

E' piuttosto strano che l'articolo 2 del nuovo Reg. si riferisca (ancora) ai cittadini comunitari, escludendo quindi i cittadini di paesi terzi dal suo ambito di applicazione *ratione personae*. Tale restrizione ci lascia interdetti sapendo che l'estensione del Reg. 1408/71 ai cittadini di Stati terzi è divenuta realtà nel 2003, un anno dopo che il Regolamento è stato approvato! Ciò si deve al fatto che il Reg. 859/2003, concernente i cittadini

(25) Vedasi CGE, 2 luglio 1998, Kapasakalis + altri, cause riunite C– 225/95, C–226/95 e C– 227/95, Racc. 1998, I–4239 e CGE, 26 gennaio 1999, Terhoeve, causa C–18/95, Racc. 1999, I–345.

di paesi terzi, si riferiva (e poteva riferirsi) solo al Reg. di coordinamento esistente (ossia i Reg. 1408/71 e 574/72). Tecnicamente includeva i cittadini di Stati terzi nelle norme di coordinamento esistenti, stabilendo che tali norme si applicassero a quelle persone non ricomprese nei Reg. 1408/71 e 574/72 esclusivamente per la loro nazionalità. Per rendere applicabile il nuovo Reg. di coordinamento n. 883/2004 (e il suo futuro Reg. applicativo) ai cittadini di paesi terzi, deve essere adottata una misura analoga. Perciò la Commissione dovrà presentare una nuova proposta per l'ambito di applicazione soggettivo del nuovo coordinamento, così da renderlo applicabile (di nuovo) ai cittadini degli Stati terzi.

3.1.2. - Campo di applicazione *ratione materiae*

I tradizionali rischi di sicurezza sociale

Il regime di coordinamento si riferisce a tutti i "tradizionali" rischi di sicurezza sociale. Ai sensi dell'articolo 4, le prestazioni relative a vecchiaia, invalidità, superstiti, infortuni sul lavoro, malattia, disoccupazione e le prestazioni familiari vanno intese come prestazioni di sicurezza sociale. Le prestazioni di sicurezza sociale, che non possono essere collegate a tali rischi, non sono ricomprese nel campo di applicazione *ratione materiae*.

La Corte ha stabilito che la distinzione tra prestazioni escluse dall'ambito applicativo *ratione materiae* del Reg. 1408/71 e quelle che vi rientrano, è basata essenzialmente sugli elementi costitutivi della singola prestazione, sulle sue finalità e sulle condizioni in base alle quali la stessa è oggetto di tutela, e non per il fatto di essere qualificata come tale dalla legislazione nazionale. Per l'applicazione del Reg. i Paesi membri devono notificare quali prestazioni rientrano nel campo di applicazione dello stesso (articolo 5 Reg. 1408/71). Tuttavia non è detto che, se una prestazione non sia menzionata in tale notifica, ne sia esclusa per definizione. Alla fine si esamina, per l'applicazione della disciplina di coordinamento, se la prestazione corrisponde ai criteri essenziali di ciò che è considerato una prestazione di sicurezza sociale. A tal proposito è fondamentale il possibile collegamento con uno dei tradizionali rischi elencati nell'articolo 4. In diverse occasioni[26], la Corte decise che per l'applicazione del Reg. 1408/71 le prestazioni assistenziali potevano essere considerate parte dell'evento malattia. Così facendo ha inserito un nuovo rischio nel corpus di coordinamento del Reg. 1408/71, che viene tutelato negli Stati membri. Di contro, le prestazioni di pensionamento anticipato, che collegano disoccupazione e vecchiaia e che, per questo, presentano caratteri di entrambe le due fattispecie, non vennero ritenute dalla Corte presentare alcuna connessione con gli eventi elencati nell'articolo 4[27]; perciò sono fuori dal campo di applicazione e, di conseguenza,

(26) La Corte decise in svariate occasioni, al fine dell'applicazione del Reg. 1408/71, che le prestazioni assistenziali andavano considerate come una parte del ramo malattia : CGE, 5 marzo 1998, Molenaar, causa C–160/96, Racc., I–843.

(27) Vedasi p.es. CGE, 5 luglio 1983, causa 171/82, Valentini, Racc. 1983, 2157, osservazioni 13–14 e 16–17.

creano un ostacolo per le persone migranti che, collocate in pensionamento anticipato, desiderano tornare nel loro Paese d'origine o vogliono esportare tale prestazione nel Paese di residenza.

Assistenza sociale

Come tale, l'assistenza sociale è esclusa dall'applicazione del Reg. 1408/71 (articolo 4 , par. 4, Reg. 1408/71). Tuttavia, poiché diventa sempre più difficile differenziare l'assistenza sociale dalle "vere" prestazioni di assicurazione sociale, la Corte di Giustizia Europea ha dovuto contemplare criteri aggiuntivi per ridelineare il campo applicativo *ratione materiae*[28]. Come già menzionato, secondo l'opinione della Corte di Giustizia, è essenziale che la prestazione riguardi uno dei rischi elencati nell'articolo 4 del Regolamento. Se, ad esempio, una prestazione assistenziale può essere collegata a uno dei tradizionali rischi in elenco, viene a far parte del Reg. 1408/71; la Corte ha aggiunto, tuttavia, riguardo alle prestazioni di assistenza sociale, che esse possono diventare parte della normativa di coordinamento solo nel momento in cui un diritto soggettivo alla prestazione, esecutivo in forza di legge, sia garantito dalla legislazione nazionale. La normativa di coordinamento non è applicabile a quelle prestazioni (di assistenza sociale) garantite sulla base di valutazioni personali e discrezionali. Come conseguenza di tale giurisprudenza il Reg. 1408/71 non è applicabile alle prestazioni generali di assistenza sociale che, senza riferimenti a un rischio sociale (di cui all'elenco dell'art. 4), provvedono a fornire un sostentamento minimo a persone in situazione di bisogno. È applicabile, invece, a regimi di assistenza relativi a specifiche categorie di persone, come l'assistenza per la disoccupazione e pensionistica, almeno quando l'accesso a tali prestazioni è basato su un diritto soggettivo, riconosciuto da un atto legislativo. Per completezza va rammentato che l'articolo 7 del Reg. CE 1612/68 vieta qualsivoglia discriminazione fondata sulla nazionalità di un lavoratore comunitario in riferimento a tutti i vantaggi sociali e fiscali. In altre parole, in base a tale Regolamento, il principio di non-discriminazione concerne anche i regimi generali di assistenza sociale che provvedono a fornire un sostentamento minimo a persone in situazione di bisogno.

Prestazioni speciali non-contributive

Grazie al collegamento con i rischi tradizionali un numero crescente di prestazioni assistenziali è fatto rientrare nel campo di applicazione del Reg. di coordinamento. Alcuni Stati membri avevano difficoltà all'idea di applicare le regole di coordinamento a tali prestazioni di assistenza sociale. In modo particolare fu considerata inaccettabile la possibilità di esportare prestazioni connesse alle condizioni di vita e finanziarie della persona in stato di bisogno. Di conseguenza, nel 1992, è stata aggiunta una nuova categoria di prestazioni all'art. 4 del Regolamento[29] (par. 2 bis): "le prestazioni speciali a

(28) CGE, 22 giugno 1972, Frilli, causa 1/72, Racc., 1972, 457 e CGE, 27 marzo 1985, Hoeckx, causa 249/83, Racc. 1985, 982.
(29) Reg. 1247/92, 30 aprile 1992, GU L 19 maggio 1992, 136,1.

carattere non contributivo", o prestazioni intese a provvedere alla copertura suppletiva, complementare o accessoria dei rischi protetti dai tradizionali settori della sicurezza sociale. Tali prestazioni, che i Paesi devono elencare nell'Allegato II del Reg. 1408/71, restano nel campo applicativo *ratione materiae* del Reg. 1408/71, ma sono assoggettate ad alcune specifiche regole di coordinamento per quanto riguarda la loro esportabilità. In pratica sembra essere estremamente difficile definire esattamente cosa debba essere considerato come prestazione speciale non-contributiva e quindi quali prestazioni non siano esportabili in base a questo specifico regime di coordinamento.

Regimi legali di sicurezza sociale

Infine i presenti Regolamenti di coordinamento si applicano a regimi legali di sicurezza sociale. L'articolo 4 menziona: "tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale" [...]. Secondo l'articolo 1, let. j il termine "legislazione" indica le leggi, i regolamenti, le disposizioni statutarie e ogni altra misura di applicazione, concernenti i settori e i regimi di sicurezza sociale rientranti nell'ambito di applicazione. Di conseguenza non si riferisce a regimi basati su disposizioni contrattuali, né a regimi non pubblici, volontari od obbligatori, complementari, professionali o individuali. Il Regolamento esclude esplicitamente disposizioni contrattuali che siano state o meno oggetto di una decisione dei pubblici poteri che le renda vincolanti o estenda il loro campo di applicazione (art. 1, lett. j Reg. 1408/71). Solo a determinate condizioni uno Stato può, con una specifica dichiarazione, assoggettare tali regimi all'applicazione delle norme di coordinamento. L'Unione Europea, tuttavia, emanò nel 1998 una direttiva per i regimi complementari non fondati su atti legislativi, che fece un modesto passo avanti verso il coordinamento degli stessi. Nell'ambito di tali regimi, almeno per quanto riguarda le pensioni complementari, gli Stati membri devono salvaguardare alcuni principi generali, costruiti soprattutto attorno al fatto di non ostacolare la libera circolazione di lavoratori e di capitali[30].

Modalità di finanziamento della sicurezza sociale

La normativa di coordinamento è, in teoria, applicabile a tutti i regimi legali, sia generali che specifici nella loro applicazione, finanziati sulla base dei contributi o anche non contributivi. Come tale la modalità di finanziamento non è rilevante per comprendere se il Reg. 1408/71 sia applicabile a un regime contributivo o non. Come sarà chiarito in seguito, la modalità di finanziamento, contributiva o non, può aver effetto per l'applicazione del principio di esportabilità, così come per l'applicazione delle norme di designazione, indicanti il sistema di sicurezza sociale competente. Tuttavia, per quanto riguarda il campo di applicazione *ratione materiae*, il criterio di finanziamento non ha alcuna rilevanza in sé e per sé.

(30) Vedasi in dettaglio: Direttiva del Consiglio 98/49/CE del 29 giugno 1998 sulla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi che si spostano all'interno della Comunità europea, GU 25 luglio 1998, 206,46.

Rapporto tra la normativa di coordinamento e gli strumenti internazionali di coordinamento

L'obiettivo primario del Regolamento è creare uno strumento multilaterale di coordinamento, al quale i cittadini europei possano fare riferimento direttamente, quando fanno uso del loro diritto di spostarsi nel territorio europeo. Di conseguenza questo strumento multilaterale fu introdotto in sostituzione dei trattati di sicurezza sociale bilaterali, che gli Stati membri stipulavano tra loro. A causa della loro natura bilaterale tali strumenti non garantivano un'applicazione veloce del principio di libera circolazione all'interno dell'Unione Europea. Per questa ragione l'articolo 6 del Reg. 1408/71 sancisce che il Regolamento di coordinamento sostituisce le disposizioni di qualsiasi convenzione di sicurezza sociale che vincoli due o più Stati membri[30]. La Corte di Giustizia Europea si discostò fino a un certo punto da tale principio fondamentale. Nel caso *Rönfeldt*[31] la Corte stabilì che, nel caso in cui una persona, esercitando il proprio diritto di libera circolazione, viene a trovarsi, applicando un trattato bilaterale, in una situazione migliore che con la soluzione prevista dalle norme di coordinamento, il trattato bilaterale deve avere la precedenza. L'argomentazione fu che, applicando il Regolamento 1408/71, i lavoratori migranti non dovevano far fronte, nell'ambito della sicurezza sociale, a un risultato peggiore di quello previsto in un trattato bilaterale, operativo in precedenza tra gli Stati membri. La Corte affermò: "Infatti, se è vero che la sostituzione del regolamento n. 1408/71 alle disposizioni delle convenzioni previdenziali stipulate fra Stati membri ha una portata tassativa, essa non può indurre a misconoscere lo scopo degli (ex) articoli dal 48 al 51 (dal 39 al 42, gli attuali) del Trattato CEE; cosa che avverrebbe se i lavoratori che hanno esercitato il loro diritto di libera circolazione dovessero perdere vantaggi previdenziali loro garantiti in precedenza sia dalla sola normativa nazionale sia dall' azione congiunta della normativa nazionale e delle convenzioni internazionali vigenti fra due o più Stati membri in materia di previdenza sociale." Stabilendo ciò, la Corte seguì il suo *modus operandi* alquanto controverso, che venne poi applicato nel caso *Petroni*[33]: il Reg. 1408/71 non può avere come conseguenza il privare il lavoratore migrante di un risultato, assicurato dalla sola applicazione della legislazione nazionale in tema di sicurezza sociale, migliore (vedi sotto per ulteriori commenti su questo caso). Di conseguenza le amministrazioni di sicurezza sociale devono continuamente paragonare il risultato cui danno luogo i (vecchi) trattati internazionali con quello previsto dal Reg. 1408/71. La Corte di Giustizia Europea, quando alcuni anni dopo decise che comparare il Reg. europeo di coordinamento e i trattati bilaterali era necessario solo se la circolazione dei lavoratori da uno Stato ad un altro avesse avuto luogo prima dell'entrata in vigore del Reg. 1408/71[34], sembrò capire di aver inficiato il carattere multilaterale e omogeneo del Reg. 1408/71 con il caso *Rönfeldt*. Con tale decisione furono in qualche modo limitati gli effetti del caso *Rönfeldt*.

---

(31) Le eccezioni a tale disposizione sono elencate negli artt. 7 e 8 dell'Allegato III al Reg. 1408/71.
(32) CGE, 7 febbraio 1991, Rönfeldt, causa C– 227/89, Racc. 1991, I–323.
(33) CGE, 21 ottobre 1975, Petroni, causa 24/75, Racc. 1975, 1149.
(34) CGE, 9 novembre 1995, Thévenon, causa C–475/93, Racc., 1995, I–3813.

3.1.2.1. - Regolamento 883/2004

Non c'è stato nessun cambiamento radicale, per quanto riguarda il campo di applicazione *ratione materiae*, con l'approvazione della nuova normativa di coordinamento. Il Reg. 883/2004 lavora ancora con il limitato elenco dei settori tradizionali di sicurezza sociale, sebbene la Commissione, secondo la proposta originaria, avesse suggerito di lavorare con un genere non limitativo di regimi di sicurezza sociale, consentendo così l'inclusione di nuovi benefici non connessi con i rischi tradizionali elencati. Nella versione finale della nuova normativa di coordinamento sono stati comunque aggiunti dei nuovi istituti. Come tali sono stati inclusi nella lista dell'articolo 4: le prestazioni "di paternità" (accanto alle prestazioni di maternità) e le prestazioni in caso di prepensionamento o ritiro anticipato dal mercato del lavoro. Spesso tali prestazioni sono etichettate come "prestazioni-ponte tra disoccupazione e pensionamento"; solitamente sono garantite attraverso l'istituto della disoccupazione, tanto che sono applicate condizioni di diritto più favorevoli. Poiché tali prestazioni riflettono le logiche di vari settori della sicurezza sociale (anzianità e disoccupazione), la Corte di Giustizia Europea si astenne dall'includerle nel campo di applicazione *ratione materiae* del Reg. 1408/71[35]. Sono stati infine integrate con il nuovo Regolamento nel corpus di coordinamento. Sorprendentemente nessuna disposizione specifica corrispondente è stata sviluppata nel Titolo III del Reg. di coordinamento. Gli Stati stessi devono notificare esplicitamente, in un allegato al Reg. di coordinamento, sotto quale capitolo le prestazioni di pensionamento anticipato devono essere coordinate (anzianità o disoccupazione). Qualora non appartengano a nessuno di questi eventi, solo i principi generali di coordinamento elencati nel Titolo I e II sono applicabili, eccetto la totalizzazione dei periodi di assicurazione (articolo 66 del nuovo Reg.); la giustificazione per tale restrizione sta nel fatto che i regimi legali di pensionamento anticipato esistono solo in un numero limitato di Stati membri (tra i 33 del nuovo Reg.).

Nella nuova normativa di coordinamento la categoria delle prestazioni speciali di carattere non contributivo (e connesso specifico regime di coordinamento) è stata mantenuta. L'allegato X che elenca in concreto le prestazioni nazionali che si possono considerare "prestazioni speciali a carattere non contributivo" deve però essere ancora approvato (vedi sotto, il principio di protezione dei diritti acquisiti).

3.2. - Parità di trattamento

Un lavoratore migrante potrebbe trovare, nella legislazione di sicurezza sociale del Paese ospitante, clausole che comportano discriminazioni sulla base della nazionalità. Tale discriminazione può, ad esempio, trovarsi nelle condizioni per l'iscrizione a un regime di sicurezza sociale, nelle condizioni per avere diritto a una prestazione o nelle condizioni di pagamento di una prestazione.

L'impatto della legislazione comunitaria su questo tipo di clausole è chiaro. Uno

(35) CGE, 5 luglio 1983, Valentini, causa 171/82, Racc., 1983, 2157, osservazioni 13 –14 e 16 – 17.

dei pilastri della CE è il fondamentale principio che vieta ogni discriminazione fondata sulla nazionalità. Riguardo alla sicurezza sociale questo principio è sancito espressamente dall'articolo 3 del Reg. 1408/71, il quale prevede che le persone che risiedono nel territorio di uno degli Stati membri, alle quali sono applicabili le disposizioni del Regolamento, sono soggette agli obblighi e sono ammesse al beneficio della legislazione di ciascuno Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato.

Discriminazione diretta e indiretta

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il principio di parità di trattamento è stato fatto oggetto di ampia interpretazione, vietando non solo l'aperta discriminazione fondata sulla nazionalità, ma anche forme celate di discriminazione che, applicando altri criteri distintivi, di fatto ottengono lo stesso risultato (vedi ad esempio i casi *Pinna*[36]). In altre parole non sono concesse né forme dirette, né forme indirette di discriminazione. Se le prestazioni familiari vengono esportate con il livello (più basso) dello Stato dove i familiari risiedono, uno Stato discrimina i cittadini stranieri anche quando le regole si applicano in modo ambiguo ai propri cittadini, i cui familiari risiedono in un altro Stato europeo. Benché non vi sia nessun riferimento, per l'applicazione di tali norme, alla (elemento proibito) nazionalità, l'esito è discriminatorio quando, relativamente parlando, sono molti di più i cittadini stranieri, rispetto ai propri cittadini, ad essere posti di fronte a tale riduzione delle prestazioni familiari (vedi i citati casi Pinna).

3.2.1. - Regolamento 883/2004

Il legislatore europeo ha rinforzato il principio della parità di trattamento aggiungendo un nuovo articolo (5) nella normativa di coordinamento che garantisce l'assimilazione di fatti ed avvenimenti. A prescindere da alcuni espliciti riferimenti nelle concrete norme di coordinamento, l'attuale normativa di coordinamento non contiene di per sé una clausola generale di assimilazione. Perciò, escludendo alcuni casi eccezionali, come l'assimilazione dei periodi di assicurazione, gli Stati membri non erano generalmente obbligati ad assimilare avvenimenti, accaduti in un diverso Stato membro, ad avvenimenti verificatisi nel proprio territorio (ciò dà luogo ad effetti giuridici nel campo della sicurezza sociale). La mancanza di una norma generale sull'assimilazione di fatti ed avvenimenti è stata affrontata in passato dalla Corte di Giustizia Europea in varie occasioni[37]. La Corte stabilì che nei casi in cui gli Stati non considerino gli effetti giuridici di avvenimenti semplicemente perché verificatisi in un altro Stato membro, ciò deve considerarsi contrario al principio generale di parità di trattamento. Il nuovo articolo 5 del Reg. 883/2004 fa propri questi precedenti giurisprudenziali e stabilisce, in generale, che gli Stati sono obbligati ad attribuire lo stesso effetto giu-

(36) CGE,15 gennaio 1986, Pinna I, causa 41/84, Racc. 1986, e CGE, 2 marzo 1989, Pinna II, causa 359/87, Racc. 1989, 585.
(37) P.es. CGE, 18 aprile 2002, Duchon, causa C–290/00, Racc. 2002, I–3567.

ridico ad avvenimenti verificatisi in un altro Stato membro (lett. b), così come sono obbligati a dare lo stesso effetto giuridico alle prestazioni di sicurezza sociale o altri redditi che siano previsti o garantiti in un altro Stato membro (lett. a). Un esempio di tale assimilazione si ha, ad esempio, col servizio militare, che in alcuni Paesi porta a un prolungamento del periodo per cui viene pagata una prestazione per l'orfano. Se tale servizio è effettuato in un altro Stato membro, ciò non deve comportare la sospensione del termine di pagamento di tale prestazione da parte dello Stato. L'altra parte della norma sull'assimilazione sancisce che lo stesso effetto deve essere attribuito alle prestazioni di sicurezza sociale, quando l'esito delle stesse dipende dal reddito o da fatti sostitutivi del reddito; in altre parole, sebbene la fonte di reddito (sostitutiva) provenga da un altro Stato membro, deve ugualmente essere presa in considerazione per l'eventuale riconoscimento o calcolo della prestazione.

3.3. - Scelta della legge (designazione della legislazione applicabile)

3.3.1. Regola generale: *lex loci laboris*

Negli articoli 13-17 del Reg. 1408/71 si trovano le regole fondamentali per determinare la legge applicabile. Il punto di partenza comporta in via generale che la legge dello Stato, dove la persona esercita la propria attività lavorativa, determina la legge applicabile o, in altre parole, la legge applicabile è la *lex loci laboris*. Esistono disposizioni speciali per il personale di servizio delle missioni diplomatiche, il personale dei trasporti internazionali e il personale della Comunità Europea. Infine l'articolo 17 prevede che le amministrazioni degli Stati membri possano accordarsi nell'interesse del lavoratore senza che sorgano conflitti con le regole, espressamente previste nel Regolamento, sulla determinazione della legislazione applicabile.

Le norme di designazione mirano a garantire che non si verifichi né una duplicazione né una mancanza di tutela.

Le norme di designazione godono di un effetto sia di esclusività che imperativo[38].

Le persone cui si applica il Reg. 1408/71 sono soggette alla legislazione di un solo Stato membro (effetto di esclusività). Quindi è esclusa la possibilità che si applichino simultaneamente regimi di sicurezza sociale di Stati non competenti (in base alla legislazione nazionale). Inoltre il sistema designato deve essere applicato malgrado disposizioni contrarie dello stesso sistema (effetto forte o imperativo). Perciò lo Stato designato deve tutelare la persona interessata, anche se secondo il proprio ambito di applicazione territoriale non vi sarebbe tenuto.

---

(38) CGE, 9 giugno 1964, Nonnenmacher, causa 92/63, Racc. 1964, 281; CGE 5 dicembre 1967, Van der Vecht, causa 19/67, Racc. 1967, 345; CGE 5 maggio 1977, Perenboom, causa 102/76, Racc. 1977, 815; CGE 12 giugno 1986, Ten Holder, causa 302/84, Racc. 1986, 1821 e CGE,10 luglio 1986, Luyten, causa 60/85, Racc. 1986, 2365. Vedasi R.CORNELISSEN, 25 years of Regulation (ECC) No. 1408/71, its achievements and its limits, in EUROPEAN COMMISSION and NATIONAL SOCIAL SECURITY OFFICE SWEDEN, conferenza europea sui 25 anni del Reg. 1408/71, Stoccolma 1997, 33 – 34.

3.3.2. - Eccezioni alle norme: il distacco

Il principio della *lex loci laboris* ha molte eccezioni. Il Titolo II contiene numerose disposizioni speciali, tra le quali le più conosciute sono quelle concernenti il distacco. In base alle disposizioni sul distacco, applicabili sia ai lavoratori subordinanti che agli autonomi, è possibile inviare lavoratori per un (breve) periodo in un altro Stato membro, al fine di compiere del lavoro, lasciandoli però assicurati con il sistema di sicurezza sociale del Paese di origine.

Condizioni del distacco

In conformità all'articolo 14, par. 1, lett. a) del Reg. 1408/71, una persona che dipende normalmente da un'impresa, dalla quale viene mandato in un altro Paese per svolgervi un lavoro, rimane assicurato nel Paese di provenienza. La persona non può essere distaccata per un periodo più lungo di 12 mesi. Soprattutto non deve essere inviata in sostituzione di un'altra persona giunta al termine del suo periodo di distacco. Non è consentito il c.d. *chain-posting* (distacco a catena)[39].

Se la durata del lavoro da effettuare si prolunga, per circostanze imprevedibili, oltre la durata prevista inizialmente di 12 mesi, la legislazione di sicurezza sociale del primo Stato membro rimane applicabile fino al compimento di tale lavoro, a condizione che l'autorità competente dello Stato membro, nel cui territorio la persona è distaccata, abbia dato il proprio accordo (articolo 14, par.1, lett. b) Reg. 1408/71). Il periodo massimo di tale prolungamento ammonta ad un altro periodo di 12 mesi. La differenza con il primo periodo di distacco, previsto dall'art. 14, par. 1 lett.b) Reg. 1408/71, è dato dal fatto che, in caso di prolungamento, lo Stato membro ove è distaccato il lavoratore, deve accordare il prolungamento del distacco.

Nel primo periodo il distacco non dipende dal consenso del Paese ospitante, nel quale è inviato il lavoratore interessato. Sta al Paese "mandante" verificare se sono state soddisfatte tutte le condizioni. In caso di ispezione da parte delle autorità del Paese ospitante il lavoratore deve quindi poter provare che è socialmente assicurato in un altro Paese e che lavora solo in via provvisoria (massimo 1 anno) nel territorio del Paese ospitante. A tal fine deve essere consegnato un documento (modello E-101) all'autorità competente dello Stato presso il quale il lavoratore rimane socialmente assicurato durante il periodo di distacco. La Corte[40] ha chiarito che il modello E-101 emesso secondo il Reg. dell'UE, finché non viene revocato o dichiarato invalido, vincola l'istituzione competente del Paese dove la persona è distaccata. Se quest'ultima istituzione ha dubbi riguardo la validità del documento deve contattare l'istituzione dello Stato competente

(39) Benché non sia sempre chiaro cosa si debba intendere per "chain–posting": p.es. comprende la situazione in cui un dipendente è ancora distaccato presso la stessa azienda, ma per un'altra occupazione o lavoro?

(40) CGE, 10 febbraio 2000, Fitzwilliam, causa C–202/97, Racc. 2000, I–883 e CGE, 30 marzo 2000, Banks, causa C–178/97, Racc. 2000, I–2005.

che ha consegnato il modello e non può applicare immediatamente la sua legislazione al lavoratore distaccato. Può eventualmente imporre la propria legislazione quando lo Stato, da cui proviene il lavoratore distaccato, revochi il modello. Inoltre, la Corte ha confermato che un modello E-101 può essere emesso con valenza retroattiva. Tenendo conto di tali considerazioni della Corte possono sorgere dubbi solo sull'effettivo controllo delle istituzioni di sicurezza sociale nei confronti dei lavoratori che assumono di essere stati distaccati da un altro Stato. Misure quali mettere in stato di fermo i lavoratori privi dei documenti necessari sono state considerate sproporzionate dalla Corte Europea**.**

Sebbene il distacco sia soggetto ad alcuni requisiti si notano ancora molte lacune. Per es. è possibile inviare il lavoratore, dopo un certo lasso di tempo, di nuovo nello stesso posto ove precedentemente era stato distaccato? Nel Reg. UE, in senso stretto, nulla lo impedisce. Ma da che momento può iniziare il secondo distacco senza essere considerato una continuazione del primo periodo di distacco? I Paesi applicano vari periodi di tempo al riguardo[41].

Le condizioni sancite nel Reg. di coordinamento portano necessariamente ad un problema interpretativo tra i vari Paesi, tant'è vero che la Corte ha dato chiarimenti su tale questione[42]. L'articolo 14, par. 1, Reg. 1408/71 indica prima di tutto che il lavoratore distaccato deve "dipendere normalmente " dall'impresa e che, durante il periodo temporaneo durante il quale il lavoratore è attivo all'estero (ad esempio, per un'altra impresa), deve lavorare per l'impresa che lo ha distaccato. Deve permanere una connessione tra l'impresa distaccante e il lavoratore distaccato. Tale connessione o "legame organico", come descritto nella Decisione n° 181, legittima il lavoratore a essere ancora socialmente assicurato nel Paese distaccante. La Corte Europea ha chiarito nei casi sopra menzionati, cosa deve essere inteso per "legame organico" tra dipendente e datore di lavoro (osservazione 24 caso *Fitzwilliam*). Per quanto concerne tale concetto si richiede che venga mantenuta una connessione tra l'impresa stabilita nello Stato membro e i lavoratori distaccati in un altro Stato durante tale periodo. Per stabilire l'esistenza di tale connessione è necessario desumere da tutte le condizioni di impiego del lavoratore che quest' ultimo sia sottoposto all'autorità della detta impresa. In un certo senso la Corte ricorre alle autorità nazionali per verificare, sulla base delle condizioni reali di lavoro, se esiste un vincolo o meno. Non deve pertanto sorprendere se gli Stati membri utilizzano vari criteri per stabilirne l'esistenza[43].

Per le aziende che assumono personale per poi distaccarlo direttamente all'estero (ad esempio, le agenzie di collocamento temporaneo), la Corte ha stabilito l'obbligo

---

(41) Vedi, per es., su questo argomento: P.DONDERS, Current practice in posting according to Regulation 1408/71, Utrecht, 2002, BMT, 35-39.

(42) Vedi CGE, 10 febbraio 2000, Fitzwilliam, causa C-202/97, Racc. 2000, I-883; CGE, 30 marzo 2000, Banks, causa C-178/97, Racc. 2000, I-2005 e CGE, 9 novembre 2000, Plum, causa C-404/98, Racc. 2000, I-9379; questo precedente è stato incorporato nella Decisione 181 della Commissione amministrativa, 13 dicembre 2000, GU 14 dicembre 2001, L 329,73.

(43) Vedi su questo argomento: P.DONDERS, Current practice in posting according to Regulation 1408/71, Utrecht 2002, BMT, 33-34 e P.DONDERS, D.PIETERS E P-SCHOUKENS, Application of the provisions of Regulation (EEC) 1408/71 and the issue of posting: facts, problems and comments, in P. SCHOUKENS (ed.), Prospects of social security co-ordination , Leuven, Acco, 1997, (49), 72-73 e 96-108.

per tali soggetti di provare lo svolgimento di attività significative nel Paese dal quale viene distaccato il personale. Questa ulteriore richiesta, sviluppata dalla Corte, sembrò essere necessaria per contrapporsi al fenomeno di *post-box office,* dove i dipendenti vengono mandati in continuazione in altri Stati membri (specialmente nei Paesi con alta richiesta di manodopera e alti costi di sicurezza sociale). Per determinare se l'attività abituale di un'impresa di collocamento temporaneo comporti l'esercizio di significative attività nello Stato membro in cui ha la sede, l'istituzione competente di questo Stato deve esaminare il complesso dei criteri che caratterizzano le attività svolte da quest'impresa (osservazione 42 caso *Fitzwilliam*). Nel novero di questi criteri rientrano in particolare il luogo della sede dell'impresa e della sua amministrazione, l'organico del personale amministrativo addetto rispettivamente nello Stato membro di stabilimento e nell'altro Stato membro, il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti e quello in cui sono stipulati per la maggior parte i contratti con i clienti, la legge applicabile ai contratti di lavoro stipulati dall'impresa con i suoi lavoratori, da un lato, e con i suoi clienti, dall'altro, nonché il fatturato realizzato durante un periodo sufficientemente rappresentativo in ciascuno Stato membro considerato. La Corte non ha ritenuto esaustivo tale elenco, in quanto la scelta dei criteri va adottata per ogni caso specifico; di conseguenza dipende nuovamente dalla discrezionalità degli Stati membri dare un significato a tale criterio.

Distacco dei lavoratori autonomi

Il distacco non è limitato ai lavoratori subordinati. Anche i lavoratori autonomi possono recarsi provvisoriamente in un altro Stato per lavorare. L'articolo 14 bis costituisce il fondamento giuridico per il distacco dei lavoratori autonomi. In modo analogo prevede un termine di distacco di un anno (par. 1) e il prolungamento, in casi eccezionali, di un altro anno (par. 2). Rispetti ai lavoratori salariati i lavoratori autonomi sono soggetti a meno condizioni in caso di distacco. Ovviamente manca il vincolo con il datore di lavoro e, parimenti, la condizione di dover mantenere un vincolo tra dipendente e datore di lavoro durante il distacco. Le disposizioni sul distacco sono formulate in maniera più flessibile per i lavoratori autonomi e già in passato hanno dato adito a situazioni di abuso. In alcune occasioni le interpretazioni relative al distacco di lavoratori autonomi in un altro Stato avevano come unico scopo quello di aggirare la legislazione sociale (ad esempio riguardo i contratti di lavoro e simili normative sociali) del paese in cui tali soggetti offrivano temporaneamente i loro servizi[44]. Come reazione la Corte ha in qualche modo assoggettato a condizioni l'applicazione del distacco ai lavoratori autonomi. In modo simile ai lavoratori subordinati ha stabilito che i lavoratori autonomi devono mantenere un legame organico col Paese mandante, non con il datore, ma con l'infrastruttura nella

(44) Vedi sull'argomento: P.DONDERS, Current practice in posting according to Regulation 1408/71, Utrecht, 2002, BMT, 39-40 e P.DONDERS, D.PIETERS e P.SCHOUKENS, "Application of the provisions of Regulation (EEC) 1408/71 and the issue of posting: facts, problems and comments", in P.SCHOUKENS (ed.), Prospects of social security co-ordination, Leuven, Acco, 1997, (49), 56-59, 81-83, 86-87 e 96-108.

quale organizzano le loro attività. Il mantenimento di tale infrastruttura è determinato, per esempio, nello Stato d'origine, dall'uso di locali, dal versamento di contributi al regime di previdenza sociale, dal versamento di imposte, dal possesso di una tessera professionale e di un numero di partita IVA, nonché dall'iscrizione presso la camera di commercio e ad organizzazioni professionali (osservazione 26 caso *Banks*). Di nuovo, la Corte lascia alle autorità competenti l'eventuale interpretazione del concetto di "mantenimento di un'infrastruttura" nel Paese mandante.

Contrariamente al distacco dei lavoratori subordinati (e in linea con il criterio dell'infrastruttura), i lavoratori autonomi devono aver già lavorato nel proprio Paese d'origine prima di potersi distaccare in un altro Stato. L'articolo 14 bis, par. 1 si riferisce alla persona che esercita " di norma" un'attività autonoma nel territorio di uno Stato membro e svolge un lavoro in un altro Paese. Perciò il soggetto autonomo deve aver già svolto la propria attività prima di essere distaccato. Non è possibile che un individuo si stabilisca in uno Stato e vada immediatamente a lavorare in un altro, avvalendosi del distacco. Non è tuttavia chiaro quanto debba durare l'attività lavorativa nel Paese d'origine. Qui gli Stati sembrano utilizzare criteri divergenti.

Il distacco in base all'articolo 17 del Reg. 1408/71

Il distacco può essere predisposto anche in base all'articolo 17 Reg.1408/71, sebbene non sia stato fatto alcun riferimento concreto a tale costruzione giuridica. L'articolo 17 affida alle autorità competenti degli Stati membri la possibilità di prevedere di comune accordo eccezioni alle disposizioni degli articoli 13-16 Reg. 1408/71. L'articolo è configurato in modo molto flessibile e lascia molta libertà agli Stati. Ad ogni modo deve essere soddisfatto un criterio: l'accordo deve favorire il soggetto interessato. Nel caso *Brusse*[45], la Corte sancì che, p.es., situazioni non volute createsi a causa di un distacco potessero essere corrette attraverso le intese di cui all'articolo 17; e ciò anche con effetto retroattivo. In pratica le intese ex articolo 17 sono spesso usate per garantire un distacco più lungo (che superi il termine di 2 anni, come previsto negli articoli 14 e 14 bis Reg. 1408/71). A margine della Raccomandazione n.16, che condiziona l'utilizzo dell'articolo 17 relativamente al distacco, gli Stati concordarono (oralmente) che i distacchi di lungo periodo non dovevano essere garantiti per un periodo maggiore di 5 anni. Tuttavia, in pratica, accade che tale articolo è usato anche per le trasferte lunghe[46]. Nel caso *Brusse* la Commissione espresse il proprio punto di vista, in base al quale la condizione secondo cui l'intesa debba essere a favore della persona interessata non significa che i vari sistemi di previdenza sociale vigenti nell'UE debbano essere comparati per verificare quale di questi sistemi soddisfi al meglio il soggetto.

(45) CGE, 17 maggio 1984, Brusse, causa 101/83, Racc., 1984, 2223.

(46) P.DONDERS, Current practice in posting according to Regulation 1408/71, Utrecht, 2002, BMT, 47 - 48 e P.DONDERS, D.PIETERS e P.SCHOUKENS, "Application of the provisions of Regulation (EEC) 1408/71 and the issue of posting: facts, problems and comments", in P.SCHOUKENS (ed.), Prospects of social security co-ordination, Leuven, Acco, 1997, (49), 64-65, 69-70 e 96-108.

In altre parole l'interesse del lavoratore deve essere correlato all'individuazione del sistema di previdenza sociale applicabile, non invece all'applicazione di un qualunque sistema. Non si deve prendere in considerazione il valore di un sistema, ma il fatto che un sistema diventi applicabile. Non è in gioco la comparazione fra sistemi. E'evidente che le amministrazioni godono ancora di un' enorme competenza valutativa in riferimento a tale questione[47].

3.3.3. - Eccezioni alla regola: il lavoro simultaneo in più Stati

L'esercizio simultaneo di attività professionali in vari Paesi

Un'altra importante eccezione al principio della *lex loci laboris* è la regola di designazione, nel caso in cui una persona eserciti simultaneamente attività professionali in differenti Stati membri (articolo 14, par. 2, lett. b e articolo 14 bis, par. 2 Reg. 1408/71). In tal caso diventa competente per la sicurezza sociale il luogo di residenza, almeno quando parte dell'attività è realizzata sul territorio di tale Stato. Ciò comporta che, se una persona lavora contemporaneamente nel Paese A e nel Paese B e risiede nel Paese B, sarà soggetto per quanto riguarda la sicurezza sociale a quest'ultimo. Questo accade anche se il lavoro nel Paese B è di natura limitata (ad esempio 1 ora a settimana). Alcuni Paesi hanno stabilito dei requisiti minimi riguardo all'attività da svolgere nel loro territorio, per poterla considerare attività professionale ai fini dell'applicazione degli articoli 14, par. 2, lett. b) e 14 bis, par. 2. In base al periodo di riferimento (1 settimana, 2 settimane, 1 mese, etc...) la persona deve dare prova di una certa quantità di lavoro (rispettivamente 4 ore, 2 gg. lavorativi, 1 settimana lavorativa, etc…) prima che possa venir considerata quale attività professionale. A causa della mancanza di norme europee uniformi su tale punto gli Stati pongono in essere, di conseguenza, regole applicative diverse[48].

Se il lavoratore subordinato non lavora nel suo Paese di residenza lo Stato competente diverrà quello in cui il datore di lavoro ha la propria sede o il proprio domicilio; quando il dipendente lavora per più datori di lavoro è nuovamente lo Stato di residenza ad essere competente per la sicurezza sociale. Quando si tratta di un lavoratore autonomo che svolge simultaneamente attività professionali in differenti Stati, ma non nello Stato di residenza, competente diverrà lo Stato dove esercita l'attività principale. Per stabilire ciò si dovrà anzitutto e principalmente tener conto della località dove è situata la sede fissa e permanente in cui l'interessato svolge le sue attività. In mancanza di quanto precede si prenderanno in considerazione la natura abituale o la durata delle attività svolte, il numero di servizi resi e il reddito derivante da dette attività (articolo 12 bis, punto 5, lett. d, Reg. 574/72).

---

(47) P.DONDERS, D.PIETERS e P.SCHOUKENS, "Application of the provisions of Regulation (EEC) 1408/71 and the issue of posting: facts, problems and comments", in P.SCHOUKENS (ed.), Prospects of social security co-ordination, Leuven, Acco, 1997, (49), 98.

(48) P.DONDERS, Current practice in posting according to Regulation 1408/71, Utrecht, 2002, BMT, 45-46.

Esercizio simultaneo di attività professionali di differente natura in vari Paesi

Le persone che uniscono attività di diversa natura (subordinata, autonoma e quali dipendenti pubblici) sono soggetti a specifiche regole di designazione. Abbinando in diversi Paesi attività subordinate e attività autonome il lavoratore è soggetto al Paese nel cui territorio esercita un'attività subordinata (articolo 14 quater, sub a). Tuttavia, nel caso in cui uno Stato abbia optato per un elenco, di cui all'allegato VII (come la maggior parte dei Paesi ha fatto), rimane competente per le attività autonome nel caso in cui siano svolte nel suo territorio. Di conseguenza una persona può essere soggetta a 2 Paesi, ognuno dei quali è competente in relazione alle attività esercitate sul proprio territorio: lo Stato in cui lavora come subordinato per le attività subordinate; lo Stato in cui lavora come soggetto autonomo per le attività autonome. Tale doppia regola di designazione non è in conflitto con il principio dell'effetto esclusivo e imperativo di cui alle norme di designazione del Reg. 1408/71, in quanto solo un paese è competente per le attività svolte sul proprio territorio. Tuttavia la Corte ha stabilito che, per non entrare in conflitto con la libera circolazione dei lavoratori subordinati e autonomi, come disposto negli articoli 39 e 43 del Trattato, la doppia regola di designazione deve salvaguardare i diritti supplementari dei lavoratori migranti[49]. Se la persona migrante, a causa della contemporanea prestazione di attività professionali, è soggetta a due sistemi, ognuno di questi alla fine deve garantirle i diritti di sicurezza sociale. Se ciò non avviene il lavoratore è penalizzato per essersi spostato, comportando ciò un ostacolo ai suoi diritti di libera circolazione.

Un dipendente pubblico che lavora anche (come autonomo o subordinato) in un altro Stato è soggetto allo Stato dove è assegnato come dipendente pubblico, specie se è assicurato in un regime speciale per i dipendenti pubblici (articolo 14 *sexies* Reg. 1408/71). Se il dipendente pubblico è assicurato in un regime generale di sicurezza sociale (per lavoratori subordinati) verrà invece applicata la succitata regola di designazione di cui all'articolo 14 *quater*. Un dipendente pubblico impiegato presso vari Stati sarà assicurato nello Stato nel quale vi sia un regime speciale per i dipendenti pubblici (articolo 14 *septies*).

Come distinguere il distacco dalle specifiche regole di designazione per attività prestate simultaneamente in diversi Paesi?

In pratica risulta problematico differenziare dal distacco le regole enucleate per la prestazione simultanea di attività professionali. Un soggetto può essere regolarmente inviato all'estero in vari Paesi dal proprio datore di lavoro ovvero per propria decisione (come lavoratore autonomo). In tale situazione sarà da considerare come distaccato o sarà soggetto alle specifiche regole di designazione per la prestazione simultanea di attività in Paesi diversi? La differenza è importante non solo perché le procedure amministrative e l'esito finale potrebbero essere diversi per ognuna delle regole di designazione,

(49) CGE, 19 marzo 2002, Hervein e Lorthiois, cause riunite C-393/99 e C-394/99, Racc., 2002, I-2829.

ma anche per le differenti conseguenze che da tali regole scaturiscono in tema di competenza dello Stato interessato nel qualificare giuridicamente le attività svolte sul territorio. Ogni Stato ha in linea di principio la competenza per qualificare le attività esercitate sul proprio territorio in base alla propria legislazione di sicurezza sociale[50]. Per il distacco è diverso. Qui la competenza nel qualificare le attività a seconda della legislazione di sicurezza sociale rimane in capo allo Stato distaccante (e che è competente in materia di sicurezza sociale); ciò può portare a una situazione in cui un lavoratore autonomo, distaccato in un altro Paese, svolge attività che, nello Stato in cui lavora provvisoriamente, sono considerate attività dipendenti. In tal modo si può capire l'osservazione fatta dalla Corte Europea nel caso *Banks*: il concetto di "lavoro" di cui all'articolo 14 bis, punto 1, Reg. 1408/71, è dato in senso generale, e perciò riguarda sia le attività subordinate che quelle autonome[51]. Prendendo in considerazione questa giurisprudenza possiamo concludere che la differenza tra distacco e regole di designazione per l'esercizio simultaneo di attività professionali in Paesi diversi conta non poco.

Come possiamo tracciare le linee di tali tecniche di designazione? Fino ad ora la Corte ha affrontato tale questione solo indirettamente; la maggior parte degli argomenti sviluppati è reperibile nelle conclusioni dell'Avvocato Generale che aveva formulato un parere prima che la Corte andasse a sentenza. L'Avvocato Generale *Lenz*[52] elaborò dei criteri per distinguere le due regole di designazione, ma limitatamente al lavoratore subordinato. Nel già citato caso *Banks,* l'Avvocato Generale *Colomer* sviluppò le riflessioni di *Lenz* su tale questione, prendendo in considerazione la situazione dei lavoratori autonomi.

Nel caso *Calle Grenzshop*[53], la Corte sancì chiaramente che la situazione di un lavoratore dipendente che risiede in uno Stato membro e dipende esclusivamente da un' impresa con sede in un altro Stato membro e che, nell' ambito di tale rapporto di lavoro, esercita regolarmente, per più ore alla settimana e per un periodo non limitato a dodici mesi, parte della sua attività nel primo Stato membro non rientra nelle disposizioni sul distacco. L'Avvocato Generale dedicò parecchie riflessioni a tale argomento. Seguendo il suo pensiero il distacco si riferisce a un periodo continuo ma determinato, durante il quale le attività professionali sono esercitate in un altro Stato; durante tale periodo non viene svolta alcuna attività lavorativa nel Paese di provenienza. Quindi non si attaglia ad una situazione nella quale le attività vengono svolte sin dall'inizio simultaneamente in due (o più) Stati membri. Inoltre il distacco può essere garantito solo per un determinato lasso temporale (in linea di principio, un periodo massimo di un anno). Se accade che sin dall'inizio una persona lavori regolarmente all'estero per un periodo più lungo di un anno l'applicazione diventa meno ovvia; questo è senza dubbio il caso di quando il lavoro all'estero deve essere esercitato in un posto prestabilito. La situazione di una persona, assunta da un'azienda per

(50) CGE, 30 gennaio 1997, De Jaeck, proc. C-390/94, Racc. 1997, I-461, e CGE, 30 gennaio 1997, Hervein, proc. C-221/95, Racc. 1997, I-609.
(51) CGE,30 marzo 2000, Banks, proc. C-178/97, Racc., 2000, I-2005.
(52) Vedi nel proc. Calle Grenzshop, CGE, 16 febbraio 1995, proc. C-425/93, Racc. 1995, I-269.
(53) Ibidem

essere professionalmente attiva in due Stati, e le cui attività all'estero seguono uno schema fisso e predeterminato, non può essere soggetta alle disposizioni in tema di distacco. Sebbene tali riflessioni ci diano certamente delle indicazioni, la situazione diviene meno chiara in casi non così espliciti ma in cui ricorrono elementi di entrambe le regole di designazione. Cosa accade, ad esempio, se il lavoratore autonomo o subordinato deve operare regolarmente per brevi periodi in vari altri Stati membri senza che vi sia stata una programmazione in anticipo? In tal caso deve essere richiesta un'autorizzazione al distacco per ogni invio all'estero? È proprio in questi casi che è difficile distinguere tra le due normative.

3.3.4. - Indicazione dello Stato competente: cos'è una tassa e cos'è un contributo di previdenza sociale?

L'attuale Regolamento di coordinamento di sicurezza sociale dà poca importanza all'aspetto finanziario del coordinamento. Il principio infatti è chiaro: la competenza di uno Stato per la copertura previdenziale di una persona implica che sia i benefici che i contributi debbano essere pagati secondo la legislazione competente, designata dal titolo II del Reg. 1408/71. Il coordinamento di sicurezza sociale non sfiora, tuttavia, l'argomento del finanziamento fiscale; ciò viene preso in considerazione dai trattati che mirano ad evitare una doppia imposizione.

Oggi Stati con sistemi di previdenza sociale finanziati principalmente con l'apporto fiscale sono diventati membri dell'UE e anche nei sistemi basati sulla contribuzione il ruolo del finanziamento su base fiscale è diventato sempre più importante. Inoltre più di uno Stato membro ha iniziato a introdurre, per finanziare il sistema di previdenza sociale, le cosiddette "tecniche alternative" con caratteristiche sia dei tipici sistemi contributivi di sicurezza sociale sia di quelli su base fiscale (ad esempio, l'IVA sociale, l'imposta sociale sulle macchine aziendali, tassa di crisi imposta per finanziare il deficit nella sicurezza sociale, imposta sui premi assicurativi delle vetture…). Le suddette imposte devono essere considerate contributi di previdenza sociale o tasse? In altre parole a tali imposte è applicabile il Reg. di coordinamento o si deve applicare il diritto internazionale tributario?

La Corte di Giustizia si è già confrontata con il problema di delineare da un punto di vista finanziario tali fattispecie nei casi CSG[54] e CRDS[55]. In questi casi la Corte

(54) Cotisation Sociale Généralisée: CGE 15 febbraio 2000, CSG, proc. C-169/98, Racc. 2000, I-1049. Questo contributo è stato introdotto in Francia nel 1990 ed è stato imposto a tutte le persone fisiche aventi domicilio fiscale in Francia ai fini dell'accertamento dell'imposta sul reddito. Il CSG è dovuto sui redditi patrimoniali, sui proventi degli investimenti e sulle somme investite o i proventi realizzati al gioco, nonché sui redditi da attività lavorativa e sostitutivi.

(55) Cotisation du Redressement de la Dette Sociale: CGE 15 febbraio 2000, CRDS, proc. C-34/98, Racc. 2000, I-995. Tale contributo venne introdotto nel 1996. CRDS è un contributo per il rimborso del debito sociale; il gettito del CRDS è destinato alla Caisse d'Ammortisement de la Dette Sociale (Cassa per il ripianamento del debito sociale). Sono soggetti passivi del CRDS tutte le persone fisiche che hanno il domicilio fiscale in Francia ai fini dell'accertamento dell'imposta sul reddito, in particolare sui redditi da attività lavorativa o sostitutivi, ma anche su altre categorie di redditi, come quelli patrimoniali, o sulle vendite di certi metalli preziosi.

ha stabilito che l'elemento determinante per l'applicazione del Regolamento n. 1408/71 risiede nel rapporto che deve intercorrere tra la disposizione di cui trattasi e le leggi che disciplinano i settori di previdenza sociale elencati dall'art. 4 dello stesso Regolamento, rapporto che deve essere diretto e sufficientemente rilevante. In entrambi i casi la Corte ha respinto l'idea che tale prelievo, per essere considerato ai sensi del Reg. di coordinamento quale contributo di sicurezza sociale, dovesse dare diritto ad una contropartita diretta e identificabile in termini di prestazioni. Infatti, ai fini dell'applicazione dell'art. 13 del Regolamento n. 1408/71, il criterio determinante è quello della destinazione specifica di un contributo al finanziamento del regime previdenziale di uno Stato membro. L'esistenza o la mancanza di contropartite in termini di prestazioni è dunque, a questo proposito, irrilevante.

3.3.5. - Regolamento 883/2004

Nel nuovo Regolamento la struttura delle norme di designazione è stata in qualche modo semplificata. Tuttavia c'è ancora il rischio che sorgano di nuovo elementi di complicanza nel Regolamento di applicazione. Prima di tutto il nuovo Reg. ha dovuto prevedere un principio di designazione generale per i soggetti professionalmente non attivi, estendendo la nuova regolamentazione a questo gruppo di soggetti. In modo alquanto prevedibile queste persone sono collegate al Paese di residenza. Tuttavia il concetto di "non attivo professionalmente" deve essere interpretato in senso stretto per l'applicazione del Reg. di coordinamento. Professionalmente attivi non sono solo i soggetti che esercitano attività salariate, autonome o quali pubblici dipendenti, ma vanno incluse anche le persone che ricevono un'indennità sostitutiva, in caso di disoccupazione, prepensionamento o malattia (incapacità di lavoro di breve periodo). Sono inoltre assimilati alla categoria dei lavoratori coloro che dipendono da un soggetto professionalmente attivo (sulla base di diritti derivati) dal quale mutuano il diritto ad un regime di previdenza sociale. D'altro canto i soggetti che ricevono pensioni di vecchiaia o di reversibilità o una prestazione in caso di incapacità al lavoro di lungo periodo, come tutte le altre persone alle quali non si può riferire lo svolgimento di un'attività lavorativa, saranno soggetti allo Stato di residenza; questi soggetti sono considerati "non attivi professionalmente".

In merito al distacco la norma che ne ha reso possibile il prolungamento (a un anno) è stata abrogata; contemporaneamente il periodo massimo di distacco è stato prolungato da 1 a 2 anni. Inoltre il Reg. ora stabilisce esplicitamente che le aziende, che impiegano personale per poi inviarlo immediatamente in un altro Stato, devono avere attività significative nel Paese da cui lo inviano. In questo modo la recente giurisprudenza (*Fitzwilliam, Plum*, ecc...) è stata fatta propria dal Reg.. Il nuovo coordinamento con riferimento al distacco dei lavoratori autonomi compie addirittura un ulteriore passo e ne rende più restrittiva l'applicazione. Un lavoratore autonomo può essere distaccato solo se esercita nel Paese distaccatario attività simili a quelle svolte nel Paese di partenza. In altre parole un coltivatore diretto non può essere distaccato come lavoratore edile in un altro Stato. Rimane ora da vedere come tale normativa sarà effettivamente applicata e controllata.

Le norme di designazione riguardanti l'esercizio simultaneo di attività in diverse nazioni sono state riformulate. Lo Stato di residenza può diventare competente solo se vi si esercitano attività significative. Intraprendere un lavoro di un'ora a settimana nel Paese di residenza contemporaneamente ad un impiego a tempo pieno, non farà certo sì che lo Stato competente diventi quello di residenza. Tuttavia si deve ancora chiarire nell'applicazione della normativa da quale momento l'attività diventi significativa. In caso di attività miste, se non vengono esercitate attività significative nello Stato di residenza, bisognerà verificare in quale Stato il soggetto abbia il centro di interessi delle sue attività. Anche questo concetto necessita di un ulteriore chiarimento. In caso di attività miste (salariate e autonome) sarà competente solo un Paese, vale a dire quello dove si esercitano le attività subordinate. Non è stata prevista sino ad ora nessuna eccezione a tale regola, e ciò significa che la legge della doppia designazione è stata eliminata dal Reg. di coordinamento. Una regola analoga viene applicata alla persona che abbina attività quale pubblico dipendente e altre attività professionali: in questo caso sarà competente lo Stato dove è occupato in qualità di pubblico dipendente.

3.4. - Tutela dei diritti acquisiti (principio di esportabilità)

3.4.1. - Ratio sottesa al principio

Il Consiglio per il suo importante ruolo legislativo fu obbligato ai sensi dell'articolo 42 del Trattato CE ad adottare un quadro normativo per coordinare i sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri. Tale quadro è pensato in modo da assicurare, tra le altre cose, l'esportabilità delle prestazioni di sicurezza sociale.

L'articolo 10, par. 1, Regolamento 1408/71 si occupa esclusivamente dell'esportabilità delle prestazioni in denaro di lungo periodo.

Un lavoratore che si sposta da uno Stato all'altro senza poter esportare le prestazioni perderebbe i diritti e le aspettative acquisite nel sistema di previdenza sociale dello Stato membro, presso il quale era iscritto in precedenza. La Corte di Giustizia Europea quindi rilevò come il principio di esportabilità piena e illimitata delle prestazioni in denaro "*garantisce ai lavoratori migranti il pieno godimento di determinate prestazioni in denaro, pensioni, e altri sussidi acquisite in virtù della legislazione di uno o più Stati membri, anche se gli interessati risiedono in uno Stato membro diverso da quello in cui si trova l'ente debitore. Scopo di tale disposizione è quello di garantire all' interessato il diritto di fruire di dette prestazioni anche se egli trasferisce la propria residenza in un altro Stato membro, ad esempio nel suo paese d' origine*"[56]. Secondo la Corte di Giustizia lo scopo dell'illimitata esportabilità delle prestazioni è "*di favorire la libera circolazione dei lavoratori, tutelando gli interessati contro gli svantaggi che potrebbero derivare dal trasferimento della loro residenza da una Stato membro ad un altro*"[57].

(56) CGE 7 novembre 1973, Smieja, proc. 51/73, Racc. 1973, 1213.
(57) CGE, 10 giugno 1982, Caracciolo, proc. 92/82, Racc. 1982, (2213), 2224.

3.4.2. - Adeguamenti ed eccezioni

In senso stretto l'articolo 10 del Reg. 1408/71 tratta solo le prestazioni in denaro di lungo periodo. Tuttavia anche le prestazioni sanitarie e quelle familiari sono esportabili, ma in maniera ridotta.

Assistenza sanitaria (prestazioni di malattia in natura)

La conservazione dei diritti acquisiti nell'ambito dell'assicurazione sanitaria presenta problemi di tipo speciale. In base all'attuale Regolamento di coordinamento, il generale principio di esportabilità non è applicabile all'assistenza sanitaria (prestazioni di malattia in natura). Il testo dell'articolo 10 del Regolamento 1408/71 non fa menzione di tale evento. Tuttavia negli articoli che si occupano in modo più specifico del coordinamento in ambito sanitario ci si imbatte in alcuni casi determinati, nei quali l'assistenza sanitaria può essere erogata fuori dallo Stato competente (articoli 19 e ss. Regolamento 1408/71). L'assistenza sanitaria in questi casi è erogata in base al sistema di assistenza sanitaria del luogo di dimora o di residenza ed è poi rimborsata dallo Stato membro competente. In altre parole l'applicazione estensiva del principio di esportabilità può comunque rinvenirsi anche al di là della portata dell'articolo 10 del Regolamento di coordinamento. Inoltre la possibilità di esportare le prestazioni sanitarie deve essere vista nella giusta prospettiva. In realtà il sistema di sicurezza sociale in molti Stati membri non fornisce direttamente l'assistenza sanitaria; garantisce un diritto all'assistenza sanitaria o ne rifonde i costi. Chi fornisce l'assistenza sanitaria è solitamente distinto dall'istituzione competente. Seguendo una linea analoga non è l'assistenza sanitaria a dover essere esportata, bensì la garanzia o il diritto all'indennizzo del costo per le prestazioni sanitarie. In altre parole è più corretto dire che il diritto alla tutela sanitaria è esportabile in alcuni casi ben determinati.

Prestazioni familiari

Nel caso delle prestazioni familiari, il principio di esportabilità è realizzato neutralizzando le clausole di residenza (vedi articolo 73 Regolamento 1408/71). Il lavoratore subordinato o autonomo soggetto alla legislazione di uno Stato membro ha diritto, per i familiari residenti nel territorio di un altro Stato membro, alle prestazioni familiari previste dalla legislazione dello Stato competente, come se risiedessero nel territorio di questo. La stessa regola si applica al lavoratore subordinato o autonomo disoccupato che beneficia delle prestazioni di disoccupazione a norma della legislazione di uno Stato (articolo 74). Le regole di coordinamento per le prestazioni familiari seguono, in altre parole, il principio dello "Stato di occupazione": le prestazioni familiari devono essere pagate secondo le tariffe dello Stato di occupazione anche se i familiari risiedono in un Paese con un tenore di vita inferiore. L'applicazione delle tariffe dello "Stato di occupazione" è tutelata principalmente dal principio di equo trattamento: i lavoratori che sono occupati nello stesso Stato devono essere trattati allo stesso modo.

Prestazioni di disoccupazione

In questo momento la conservazione dei diritti acquisiti nell'ambito dei regimi delle prestazioni di disoccupazione è soggetta a restrizioni: se il soggetto disoccupato è rimasto a disposizione degli uffici del lavoro dello Stato competente per almeno 4 settimane dall'inizio della disoccupazione gli è permesso lasciare il Paese per cercare lavoro in un altro Stato membro, alla condizione che si iscriva presso gli uffici del lavoro dell'altro Stato membro; solo allora avrà diritto ad esportare la sua prestazione di disoccupazione per massimo 3 mesi (articolo 69, par. 1 Reg. 1408/71). Se torna entro questi 3 mesi nello Stato competente, quest'ultimo continuerà a pagare le prestazioni; se torna dopo che i 3 mesi siano trascorsi la sua prestazione di disoccupazione verrà meno, anche se sarebbe continuata applicando la sola legge nazionale[58]. Queste limitazioni alla conservazione dei diritti acquisiti sono state ispirate dal timore di abuso; disoccupati in Paesi con prestazioni di disoccupazione piuttosto buone che vanno a cercare lavoro in zone più povere ma più "assolate", dove la possibilità di trovare un'occupazione è da considerarsi minima, sia per servizi di collocamento e di controllo meno sviluppati, sia a causa della lingua e di altre barriere culturali, e spesso anche a causa degli alti tassi di disoccupazione esistenti in tali zone. Gli oppositori delle attuali limitazioni argomentano che i diritti di libera circolazione garantiti dalla CE non debbano favorire solo i capitalisti, gli imprenditori e coloro che hanno un lavoro, ma debbano anche permettere ai disoccupati di trarre benefici dalle opportunità offerte da un mercato del lavoro integrato. L'attuale normativa di coordinamento concernente l'esportabilità delle prestazioni di disoccupazione cerca di trovare un compromesso tra i due approcci e di conseguenza manca di coerenza.

Prestazioni speciali a carattere non contributivo

Fino al 1992 tutte le altre prestazioni in denaro relative ai rischi sociali di vecchiaia, invalidità, morte, infortuni sul lavoro e malattie professionali erano esportabili senza alcuna limitazione. Tale regola è stata applicata anche alle prestazioni, le cui caratteristiche si posizionano tra le prestazioni di assistenza sociale collegate ad uno stato di bisogno e soggette ad accertamento reddituale da un lato (assolutamente non esportabili) e quelle prestazioni indipendenti dal reddito, ma legate alle entrate e pagate in base alla contribuzione dall'altro lato (che sono esportabili ai sensi delle attuali norme di coordinamento). Un esempio di tali prestazioni "ibride" sono le pensioni sociali che alcuni Stati membri (come l'Italia) garantiscono a soggetti che ricevono una pensione, il cui ammontare è inferiore al livello minimo di sussistenza. Tali pagamenti sono finalizzati a tutelare i pensionati che non hanno i requisiti per una pensione che si ponga oltre la soglia di povertà per carenza di diritti pensionistici. La prestazione viene pagata per evitare che questi pensionati debbano rivolgersi all'assistenza sociale generale. Queste prestazioni in denaro, che differiscono sia dalle prestazioni di assistenza sociale che da quelle dell'assicurazione sociale, sono state

(58) CGE 19 giugno 1980, Testa, Maggio e Vitale, cause riunite 41, 121 e 796/79, Racc. 1980, 1979.

fonte di dispute riguardo la loro natura legale sin dall'adozione del Reg. 3/58. In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia le suddette prestazioni rientrano nell'articolo 4, par. 1 Reg. 1408/71 se possono essere collegate a uno degli eventi elencati nel campo di applicazione ratione materiae (vedi campo di applicazione ratione materiae sub 3.1.2.); con la conseguenza di essere esportabili.

Tuttavia il Reg. 1247/92 promulgato il 30 aprile 1992[59]"corresse" tale situazione. Ai sensi di questo Regolamento, sulla base del quale fu introdotto l'articolo 10 bis del Regolamento 1408/71, le prestazioni speciali a carattere non contributivo si sottraggono al principio di esportabilità delle prestazioni. Tecnicamente tali prestazioni vengono erogate esclusivamente nel territorio dello Stato membro dove l'interessato risiede; o come sancisce l'articolo 10 bis Regolamento 1408/71: "[...] le persone alle quali il presente regolamento è applicabile beneficiano delle prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo di cui all'art. 4, par. 2 bis esclusivamente nel territorio dello Stato membro nel quale esse risiedono ed in base alla legislazione di tale Stato, purché tali prestazioni siano menzionate nell'allegato II bis [...] [n.d.t.: l'art. 10 bis è stato modificato dal Regolamento (CE) n. 647/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, 13 aprile 2005, GU L 4 maggio 2005, 117,1 e l'attuale testo prevede che "...le persone cui si applica il presente regolamento beneficiano di queste prestazioni esclusivamente sul territorio dello Stato membro nel quale risiedono e in base alla legislazione di tale Stato, purché tali prestazioni siano menzionate nell'allegato II bis...] Ciò comporta che tale specifica norma di coordinamento, oltre il principio di esportabilità, concerne anche le norme di designazione del Titolo II Reg. 1408/71. Secondo l'articolo 10 bis Reg. 1408/71 lo Stato competente per le prestazioni speciali a carattere non contributivo è lo Stato di residenza (*lex loci domicilii*) e non lo Stato dove la persona presta la propria attività (*lex loci laboris*). Così operando si è creata una regola di designazione doppia a seconda del tipo di prestazione di sicurezza sociale: prestazioni speciali a carattere non contributivo, per le quali è competente lo Stato di residenza, e le altre prestazioni, per le quali si applica il principio tradizionale della *lex loci laboris*[60]. Inoltre si annulla il principio fondamentale dell'effetto esclusivo e imperativo delle norme di designazione del Titolo

(59) Reg. 1247/92, 30 aprile 1992, GU L 19 maggio 1992, 136,1.

(60) Secondo Pieters se dev'essere accettata una regola di designazione doppia, sarebbe più logico considerare la natura della prestazioni, vale a dire:
prestazioni con rimborso dei costi (come l'assistenza sanitaria, prestazioni familiari e regimi di assistenza sociale che nella maggior parte degli stati dell'UE hanno un carattere universale, sono finanziati con l'imposizione fiscale e sono strettamente connessi alla situazione socio-economica dello Stato che le eroga) da collegare allo Stato di residenza; e prestazioni sostitutive del reddito (pensioni di vecchiaia, prestazioni per incapacità al lavoro, etc. tradizionalmente finanziate con contributi e collegate allo svolgimento di attività lavorativa) da collegare con lo Stato nel quale si svolge attività professionale.
Questa categorizzazione delle prestazioni riflette molto di più la realtà della sicurezza sociale negli Stati dell'UE, rispetto alla categoria fittizia delle "prestazioni speciali non contributive" difficile da definire in base allo scopo del Reg. 1408/71. Vedi in modo approfondito su questa proposta relativa alla regola di doppia designazione in base alla natura delle prestazioni: D. PIETERS, "Towards a radical simplification of the social security co-ordination" in P. SCHOUKENS, Prospects of social security co-ordination, Leuven, Acco, 1997, (177), 189-193.

II Reg. 1408/71. Un lavoratore è soggetto alla legislazione dello Stato dove viene esercitata l'attività professionale; per le prestazioni speciali a carattere non contributivo dovrà sottostare alla legislazione dello Stato di residenza. Sebbene vi siano alcuni precedenti giurisprudenziali[61] su tale questione, manca ancora una chiara ed effettiva definizione che delinei queste prestazioni speciali.

Le prestazioni devono essere "a carattere non contributivo" (ad esempio finanziate dall'imposizione fiscale e/o non vincolate alla contribuzione precedente) e hanno una natura "speciale" (ponendosi, ad esempio, tra le categorie tradizionali dell'assicurazione sociale e dell'assistenza sociale); l'elemento cruciale sta nell'elencazione delle prestazioni di cui all'allegato II bis al Reg. 1408/71. Qui troviamo, ad esempio, le seguenti prestazioni:

- assegno per l'assistenza ad un parente, erogato in aggiunta alla prestazione di invalidità;
- prestazioni aggiuntive connesse a pensioni in favore di cittadini anziani e gravemente handicappati;
- pensioni incrementate per motivi di incapacità o handicap;
- pensioni in caso di invalidità totale a favore di persone non assicurate professionalmente, la cui invalidità sia sorta precedentemente al compimento dei 18 anni.

Nel caso *Snares*[62] la Corte sancì che la non-esportabilità delle prestazioni speciali a carattere non contributivo non contravveniva al fondamento giuridico del Reg. 1408/71, l'articolo 42 del Trattato CE. In quest'ultimo articolo si fa proprio riferimento alla possibilità del lavoratore migrante di portare con sé le prestazioni spostandosi in un altro Paese. La Corte comunque affermò che possono essere introdotte eccezioni a tale principio generale, purché giustificate oggettivamente e proporzionate al loro obbiettivo.

3.4.3. - Regolamento 883/2004

Il nuovo Regolamento di coordinamento rinforza il principio di esportabilità, stabilendo che è applicabile generalmente a tutte le prestazioni in denaro, il che significa che tali prestazioni "non possono essere soggette a riduzioni, modifiche, sospensioni, soppressioni o confische per il fatto che il beneficiario o i suoi familiari risiedano in uno Stato membro diverso da quello dove l'istituzione erogante ha sede". Tuttavia il principio non viene ancora totalmente applicato alle prestazioni di disoccupazione e alle prestazioni speciali di carattere non contributivo. In merito alle prestazioni speciali a carattere non contributivo ci si è sforzati per dare un'accezione più restrittiva a tale concetto, in modo da avere una lista comprensiva e strutturata delle prestazioni non esportabili in un altro Stato membro. A tal fine la Commissione ha delineato i principali criteri cui devono corrispondere le prestazioni, per essere considerate prestazioni speciali. La Commissione, nel definire più concretamente l'accezione di prestazioni speciali a carat-

(61) P.es. CGE 4 novembre 1997, Snares, proc. C-20/96, Racc. 1997, I-6057; CGE 8 marzo 2001, Jauch, proc. 215/99, Racc. 2001, I-11121 e CGE 31 maggio 2001, Leclere, proc. 43/99, Racc. 2001, I-4265.

(62) CGE 4 novembre 1997, Snares, causa C-20796, Racc. 1997, I-6057.

tere non contributivo, ha voluto evitare un'elencazione non necessaria delle prestazioni di cui all'allegato X. La nuova normativa di coordinamento definisce tali prestazioni come quelle che devono essere strettamente correlate:

- o al contesto economico e sociale dello Stato membro interessato, qualora garantiscano un reddito minimo di sussistenza e siano intese a fornire copertura in via complementare, suppletiva o accessoria contro i rischi corrispondenti ai settori di sicurezza sociale (elencati a tal fine nell'ambito di applicazione *ratione materiae*),
- o al contesto sociale del soggetto nello Stato membro interessato, provvedendo unicamente alla protezione specifica dei portatori di handicap (articolo 70).

Il riferimento al contesto sociale ed economico del Paese che eroga le prestazioni speciali a carattere non contributivo riflette la giurisprudenza formatasi in tale materia[63]. La Commissione, riportandosi alla stessa giurisprudenza, si rammentava ancora che il regime specifico di coordinamento per le prestazioni speciali a carattere non contributivo si sottrae ai principi fondamentali di coordinamento (specialmente il principio di esportabilità); di conseguenza il concetto di prestazioni speciali a carattere non contributivo è di stretta interpretazione. La Commissione ha esaminato in maniera concreta le prestazioni, sottopostele dagli Stati nazionali per essere riportate nell'Allegato, in base ai seguenti elementi:

- le prestazioni devono avere caratteristiche tanto delle usuali prestazioni di sicurezza sociale quanto delle prestazioni di assistenza sociale. In merito alle ultime l'elemento del bisogno è un criterio essenziale per la loro adozione; per quanto riguarda il primo tipo le prestazioni interessate non possono essere completamente assimilate a uno dei rischi convenzionali elencati nel campo di applicazione *ratione materiae* del Reg. 1408/71; se fosse così la prestazione sarebbe semplicemente un rischio convenzionale e di conseguenza rientrerebbe nell'ambito del Reg. 1408/71. La prestazione speciale a carattere non contributivo è "speciale" in quanto si colloca tra la comune sicurezza sociale e l'assistenza sociale.
- il livello di reddito minimo garantito dalla prestazione in questione deve essere connesso al reddito minimo di sussistenza, calcolato o applicato dal Paese membro interessato, in maniera tale da essere strettamente collegato al contesto socio-economico di quello Stato membro.
- un importante fattore, anche se né assoluto né decisivo, è l'accertamento delle condizioni reddituali che deve precedere l'assegnazione della prestazione. In ogni caso la prestazione deve essere di natura complementare, suppletiva o accessoria in relazione ad una prestazione, relativa ad uno degli eventi previsti nell'ambito di applicazione *ratione materiae*.
- la prestazione deve essere a carattere non contributivo (decisiva è la totale assenza di uno specifico stanziamento della contribuzione al finanziamento del sistema di previdenza sociale: vedi il già citato caso *Jauch* su tale questione).

Sebbene tali criteri siano di guida nel definire il concetto di queste prestazioni

(63) CGE 4 novembre 1997, Snares, proc. C-20/96, Racc. 1997, I-6057; CGE 8 marzo 2001, Jauch, proc. 215/99, Racc. 2001, I-11121 e CGE 31 maggio 2001, Leclere, proc. 43/99, Racc. 2001, I-4265.

speciali si deve però riconoscere che ancora molta incertezza accompagna in pratica la loro applicazione. Ad esempio cosa si intende esattamente con il "porsi tra la vera e propria sicurezza sociale e l'assistenza sociale", visto che questi due concetti sono lungi dall'essere chiari negli stessi sistemi nazionali di sicurezza sociale? Anche sforzandoci di delineare più chiaramente il concetto di prestazioni speciali di carattere non contributivo questa categoria di prestazioni rischia continuamente di incorrere in problemi di interpretazione.

3.5. - Tutela dei diritti in via di acquisizione

Totalizzazione dei periodi di assicurazione

L'attuale Regolamento di coordinamento prescrive la totalizzazione dei periodi di assicurazione, occupazione o residenza compiuti sotto la legislazione di vari Stati membri. Questi periodi, se necessari, sono tenuti da conto per l'acquisizione del diritto alla prestazione sotto la legislazione di uno Stato membro diverso rispetto a quello in cui sono stati completati. Un lavoratore che richiede una pensione di vecchiaia dopo aver lavorato per 14 anni in Spagna e 4 in Germania non soddisfa né le condizioni della legislazione spagnola per riconoscere il diritto alla pensione (sono necessari 15 anni di assicurazione in Spagna per aver diritto a una pensione), né le condizioni della legislazione tedesca per ottenere una pensione tedesca (non ha lavorato per un minimo di 5 anni in Germania). Il Reg. per evitare effetti impeditivi prevede la totalizzazione dei periodi di assicurazione utili completati negli Stati membri.

Nel Regolamento 1408/71 tale totalizzazione si applica a vari tipi di prestazioni, come sancito in particolare nell'articolo 18 (malattia e maternità), nell'articolo 45 (pensione di vecchiaia e ai superstiti), nell'articolo 64 (assegni in caso di morte), nell'articolo 67 (prestazioni di disoccupazione) e nell'articolo 72 (prestazioni familiari).

In questo modo il Reg. garantisce la conservazione di tali diritti durante la loro acquisizione. Le istituzioni di sicurezza sociale di uno Stato membro, la cui legislazione subordina l'acquisizione, il mantenimento o il recupero del diritto alle prestazioni al compimento di periodi di assicurazione o residenza, tiene conto, nella misura necessaria, dei periodi di assicurazione o residenza compiuti dall'interessato sotto la legislazione di ogni altro Stato membro, come se fossero periodi di assicurazione o residenza compiuti sotto la propria legislazione. Ciò significa nel nostro esempio che la persona assicurata ha accumulato nei rispettivi sistemi uno stato assicurativo di 18 anni, sufficiente per riconoscere il diritto alla pensione sia secondo il diritto spagnolo che quello tedesco.

Calcolo del pro-rata e il principio Petroni

La totalizzazione viene applicata a tutti i settori della sicurezza sociale. Per quei regimi relativi a prestazioni di lungo termine è combinato con il principio di ripartizione o calcolo del *pro-rata*. Nel caso di una carriera professionale realizzata in diversi Stati membri sarà importante capire, per la prestazione di lungo periodo (come le pensioni di

vecchiaia, invalidità e per i superstiti), quale Stato pagherà e quale importo. Per le persone che hanno avuto una carriera professionale mista, svoltasi in diversi Stati membri, viene applicato il calcolo del *pro-rata*. In relazione al periodo di assicurazione concluso nello Stato ogni Stato membro paga una parte del beneficio totale (*pro-rata*). L'applicazione della tecnica del *pro-rata*, tuttavia, ha dato luogo a situazioni piuttosto complesse, specialmente nell'ambito pensionistico, e più precisamente con riferimento alle regole anti cumulo europee e/o nazionali che devono (o meno) essere prese in considerazione.

Le complicanze in ambito pensionistico sono dovute in misura considerevole al rispetto del "principio di *favorevolezza*" , detto anche "principio *Petroni*"[64]. Questo principio, nella sua forma più semplice, sancisce come il coordinamento non possa sfociare per il beneficiario in una situazione peggiore rispetto alla situazione risultante dalla mera applicazione della legislazione nazionale. Come conseguenza di tale principio il calcolo degli importi pensionistici dovuti nei vari Stati membri dove la persona ha lavorato è ora estremamente complicato. Deve essere fatta una comparazione tra il risultato cui porta l'applicazione della legge nazionale da un lato e il risultato determinato dall'applicazione delle originarie regole di calcolo del *pro rata*, dall'altro lato. Il soggetto ha diritto all'importo più elevato tra i due in ogni Paese.

Vorremmo limitare i nostri commenti ponendo dei punti interrogativi in riferimento al principio di *favorevolezza*. Infatti ha senso sviluppare un intero sistema di coordinamento proprio per servire la libertà di circolazione di persone e servizi e come parte della politica sociale dell'UE, per poi indebolire il sistema ogni volta che i calcoli portano a una manciata di euro in più sulla base della legislazione nazionale? Il meccanismo di coordinamento deve essere considerato nella sua totalità. E se il "principio di favorevolezza" è così importante, perché non applicarlo anche alle prestazioni di disoccupazione o alla determinazione dello Stato competente? Sappiamo che la Corte di Giustizia ha dato una risposta a queste domande[65], ma la risposta rimane, ai nostri occhi, poco convincente e alquanto artificiosa.

3.5.1. - Reg. 883/2004

Non emerge alcuna modifica importante nella nuova versione del Reg. di coordinamento. Il principio di totalizzazione è stato, tuttavia, incorporato nel I capitolo del Reg. (articolo 6) rendendolo regola generale, applicabile a tutti gli eventi elencati nella normativa di coordinamento (eccezion fatta per il prepensionamento: vedi sopra 3.1.2.1.).

3.6. - Brevi lineamenti del coordinamento dei rischi sociali

Nel descrivere il coordinamento dei rischi verrà seguita passo passo la struttura del Regolamento 1408/71. Perciò saranno trattati consecutivamente assistenza sanitaria e malattia, invalidità, pensioni di vecchiaia e per i superstiti, prestazioni di disoccupazione e prestazioni familiari.

---

(64) CGE 21 ottobre 1975, proc. 24775, Racc. 1975, 1149.
(65) CGE 19 giugno 1980, Testa , Maggio e Vitali, proc. riuniti 41, 121 e 796/79, Racc. 1980, 1979.

3.6.1. - Assistenza sanitaria e malattia

3.6.1.1. - Assistenza sanitaria

3.6.1.1.1. - Diritto all'assistenza sanitaria in un altro Stato membro: Reg. 1408/71

Le norme sostanziali sul coordinamento delle prestazioni di malattia e di maternità si trovano negli articoli 19 – 24 e 36 Regolamento 1408/71. Le disposizioni amministrativo-procedimentali sono fissate negli articoli 16 - 25 e 34 Reg. 574/72.
Nella terminologia del Regolamento le disposizioni riguardanti l'assistenza sanitaria sono denominate "prestazioni in natura di malattia e maternità".

Accesso all'assistenza sanitaria in caso di residenza in un Paese diverso da quello dove il soggetto è assicurato socialmente

La prima serie di norme riguarda il caso in cui la persona assicurata risiede in un Paese diverso da quello nel quale è socialmente assicurata. Un lavoratore che risiede fuori dallo Stato competente ha i titoli per beneficiare di una prestazione in natura nel Paese in cui risiede (articolo 19). La prestazione deve essere erogata secondo le disposizioni dello Stato di residenza, come se il soggetto fosse iscritto nel Paese. Norme simili sono state stabilite per i pensionati, i disoccupati e gli studenti[66].

Dall'articolo 19 (e simili) deriva che una persona assicurata, residente in uno Stato membro diverso da quello competente, è soggetta alla legislazione di quest'ultimo Stato fintantoché sono soddisfatte le condizioni per il diritto alle prestazioni. Una volta riconosciuto tale diritto il lavoratore potrà beneficiare, nello Stato dove è residente, di prestazioni in natura (assistenza sanitaria), erogate dall'istituzione del proprio luogo di residenza, nei limiti e secondo le disposizioni della legislazione di quel Paese, come se fosse iscritto in quest'ultimo. Ciò significa tra l'altro che vengono applicate le tariffe dello Stato di residenza, così come ogni modalità di rinvio a chi fornisce l'assistenza sanitaria. Infine lo Stato competente deve rimborsare i costi allo Stato di residenza, come se il soggetto fosse socialmente assicurato nel primo.

Tali disposizioni sono inoltre applicabili, per analogia, ai familiari del lavoratore, residenti in uno Stato membro diverso da quello competente, come specificato sopra, a condizione che essi non abbiano diritto all'assistenza sanitaria in virtù della legislazione dello Stato nel cui territorio risiedono.

Un principio ulteriore è stabilito dall'articolo 20 Regolamento 1408/71 per i lavoratori frontalieri. I lavoratori frontalieri sono lavoratori subordinati o autonomi che svolgono la loro attività professionale in uno Stato membro diverso da quello di residenza, ma tornano nel loro Stato di residenza, generalmente, ogni giorno o almeno una volta a settimana (articolo 1, lett. b) Reg. 1408/71). Essi e i loro familiari hanno diritto

(66) Vedasi per le analoghe norme applicate ai disoccupati, pensionati e studenti gli artt. 25, 27-29 e 34 bis Reg. 1408/71.

alle prestazioni del loro Stato di residenza. L'articolo 20 Reg.1408/71 stabilisce che i lavoratori frontalieri e i loro familiari hanno diritto alle prestazioni anche da parte dello Stato competente; per i familiari ciò è possibile solo se il beneficiario ha urgente bisogno di assistenza, se vi è un accordo tra gli Stati interessati o, infine, se le autorità dello Stato competente hanno concesso un'autorizzazione preventiva.

Accesso all'assistenza sanitaria in caso di temporaneo soggiorno all'estero

L'articolo 22 Reg. 1408/71 è l'articolo chiave che, in caso di temporaneo soggiorno all'estero, riguarda la possibilità di accedere a chi fornisce l'assistenza sanitaria. Dà le soluzioni per i soggetti residenti e assicurati nello Stato competente, ma che necessitano di un trattamento sanitario fornito da un altro Paese membro. La legge riconosce tali diritti in tre casi:

- il beneficiario soggiorna provvisoriamente fuori dal territorio dello Stato competente e necessita di assistenza medica urgente,
- il beneficiario – ottenuto il diritto a uno specifico trattamento - con l'autorizzazione delle autorità dello Stato competente torna nel proprio Stato di residenza o lo cambia,
- il beneficiario ottiene il permesso (= procedura di autorizzazione) dalle autorità dello Stato competente per ricercare cure adeguate in un altro Stato membro (articolo 22, par. 1, Regolamento 1408/71).

Tali norme sono altresì applicabili ai familiari del beneficiario (articolo 22, par. 3).

Qui ci limitiamo a concentrarci sul bisogno urgente di assistenza in caso di provvisorio soggiorno all'estero e sulla procedura di autorizzazione per ricevere le cure all'estero.

Procedura di autorizzazione

In merito a quest'ultima gli articoli 22, par. 1, sub c e 22 par.2, Regolamento 1408/71 menzionano esplicitamente che l'autorizzazione deve essere concessa solo se:

1) il trattamento o il bene rientrano tra le prestazioni previste dal sistema di assistenza sanitaria del paziente, e
2) il trattamento o il bene non possono essere ottenuti in tempo nello stato di assicurazione, tenendo conto dello stato di salute del paziente e del probabile decorso della malattia[67].

La Corte di Giustizia Europea ha recentemente affermato che la seconda condizione non ricorre e perciò la richiesta di cure all'estero potrebbe essere negata, quando risulta che un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente, possa essere tempestivamente ottenuto nello Stato membro di residenza. A tale riguardo per valutare se un trattamento che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere tempestivamente ottenuto nello Stato membro di residenza, l'istituzione competente è tenuta a prendere in considerazione l'insieme delle circostanze che

(67) Vedasi per l'interpretazione di quest'articolo: CGE 16 marzo 1978, Pierik I, proc. 117/77, Racc. 1978, 825; CGE 31 maggio 1979, Pierik II, proc. 182/78, Racc. 1978, 1977 e CGE 23 ottobre 2003, Inizan, proc. C-56/01, Racc. 2003, non ancora pubblicata [n.d.t. al momento della traduzione tale sentenza è pubblicata nella Racc. 2003, I-12403].

caratterizzano ogni caso concreto, tenendo nel dovuto conto non solamente il quadro clinico del paziente nel momento in cui è richiesta l'autorizzazione e, all'occorrenza, il grado del dolore o la natura dell'infermità di quest'ultimo, che potrebbe, ad esempio, rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di un'attività professionale, ma anche i suoi antecedenti. In proposito occorre anche precisare che il regime di previa autorizzazione, che gli Stati membri applicano ai sensi dell'art. 22, par. 1 Reg. 1408/71, deve, in particolare, basarsi su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole ed in modo oggettivo e imparziale, dovendo inoltre eventuali dinieghi di autorizzazione poter venir considerati nell'ambito di un ricorso giurisdizionale. Ne consegue, in particolare, che i dinieghi di autorizzazione, o i pareri sui quali tali dinieghi si fondano, devono indicare le specifiche disposizioni sulle quali si basano ed essere debitamente motivati alla luce di queste ultime[68]. Tale sentenza è rilevante in quanto condiziona ulteriormente l'articolo sull'autorizzazione, per come delineato nel Reg. 1408/71. Viene data importanza alle modalità applicate nello Stato. Inoltre si afferma che l'autorizzazione può essere negata se un trattamento parimenti efficace è disponibile nello Stato competente; il trattamento, in altre parole, non deve essere identico a quello richiesto in altri Stati membri. La Corte ha fatto molta attenzione alla situazione medica del paziente per stabilire se le cure possono essere erogate tempestivamente. Devono prevalere, in altre parole, le condizioni mediche del paziente e non le modalità amministrative. È possibile che uno Stato applichi un ragionevole periodo d'attesa per determinate cure e che quindi venga rifiutato il permesso di recarsi all'estero, dal momento che le cure possono essere garantite entro il periodo d'attesa stabilito in via amministrativa; tuttavia, se lo stato di salute del paziente richiede che il trattamento in questione venga assicurato ancora prima, l'autorizzazione ad andare all'estero non può essere rifiutata, anche se tali cure sono garantite nel Paese di residenza entro il periodo d'attesa previsto. Per accertare le condizioni mediche si deve considerare, al momento della domanda di autorizzazione, non solo lo stato di salute del paziente e il probabile decorso della malattia (come previsto nell'articolo 22, par. 2, Reg. 1408/71), ma si deve tener conto anche delle circostanze di ogni caso concreto (il grado del dolore e il tipo di attività esercitata; se inabile al lavoro, il periodo di incapacità lavorativa, il quadro clinico del soggetto, ecc…). Così facendo la Corte ha allineato la sua interpretazione dell'articolo 22, par. 2 Reg. 408/71 a quella elaborata nei casi *Kohll, Decker* e seguenti, nei quali era in gioco il rapporto tra il procedimento nazionale di autorizzazione e i principi europei di libera circolazione (vedi sotto).

Dalle cure urgenti alle cure necessarie e alle cure che richiedono un'autorizzazione preventiva

Oltre alle cure soggette ad autorizzazione un'altra importante disposizione che garantisce l'accesso all'assistenza sanitaria estera in caso di provvisorio soggiorno all'estero,

(68) CGE 23 ottobre 2003, Inizan, proc. C-56/01, Racc. 2003, non ancora pubblicata, osservazioni 45 – 49 [n.d.t. al momento della traduzione tale sentenza è pubblicata nella Racc. 2003, I-12403].

è l'iter previsto in caso di cure urgenti. Questa regola del Reg 1408/71 è applicata, p.es., ogni anno da migliaia di turisti che trascorrono le vacanze in un altro Stato membro. Nel caso di una persona che soggiorna provvisoriamente all'estero e che soddisfa le condizioni richieste dalla legislazione dello Stato competente per aver diritto alle prestazioni, il cui stato di salute necessita di cure mediche urgenti, essa avrà diritto a prestazioni in natura. Anche qui viene applicata la regola generale per cui tale soggetto riceverà le prestazioni dall'istituzione del luogo di dimora, secondo le disposizioni della legislazione che essa applica, come se fosse ad essa iscritto. Per avere il diritto all'assistenza medica il soggetto deve presentare un certificato, in base al quale chi eroga l'assistenza può certificare la copertura sanitaria del paziente nel sistema estero di sicurezza sociale. Per la maggior parte dei soggetti assicurati questo è conosciuto come modello E- 111; dal giugno 2004 è stata introdotta la European Health Insurance Card - Tessera europea di assicurazione malattia (EHIC), che ha sostituito nella maggior parte degli Stati membri il modello cartaceo E-[69].

Il problema sta nella definizione di cure urgenti. Infatti ciò che va considerato come cura urgente è lasciato alla discrezionalità degli Stati membri. Generalmente essa è definita come assistenza sanitaria necessaria per permettere alla persona di continuare il suo soggiorno in condizioni sicure di salute, tenendo conto del periodo di soggiorno programmato. Tuttavia vi sono anche esempi di accezione più stretta del termine, dove cura urgente è considerata la cura necessaria per far fronte a uno stato di salute che mette in pericolo la vita del paziente. È diventato tutto più complicato quando il Reg. 1408/71 ha introdotto il concetto di "cure necessarie". Contrariamente all'articolo 22, il Reg. ha introdotto per alcune categorie di soggetti assicurati una disposizione che dà loro diritto a ricevere cure "necessarie", nel caso in cui dimorino provvisoriamente all'estero. Questo è il caso, ad esempio, di pensionati, disoccupati, studenti e persone che dimorano per un lungo periodo in un altro Stato senza prendervi la residenza (ad esempio, i lavoratori distaccati)[70]. Se la persona assicurata dimora provvisoriamente in uno Stato membro, diverso da quello competente, è legittimata a ricevere prestazioni in natura nello Stato di dimora da parte dell'istituzione di quello Stato, secondo la sua legislazione, ma a carico dello Stato competente. In questo caso non è richiesto che il trattamento sia dovuto con urgenza. La Corte di Giustizia Europea ha precisato anche che il concetto di cura necessaria non può neppure essere interpretato nel senso che il detto beneficio sia limitato ai soli casi in cui le cure somministrate si siano rese necessarie a causa di una malattia manifestatasi improvvisamente[71]. In questo modo tutela il diritto delle persone, affette da malattie croniche o lesioni, a viaggiare all'estero. Allo stesso tempo però complica il come delineare un discrimine tra il bisogno di "cure necessarie" e la richiesta di "cure autorizzate" all'estero. Una persona, in lista d'attesa per un trattamento curativo nel Paese di residenza, può, ad esempio, spostarsi per un viaggio in un altro Stato membro nel quale richiedere le cure necessarie. Così facendo può aggirare le modalità previste per ottenere l'autorizzazione

(69) Reg. (CE) n. 631/2004 del Parlamento e del Consiglio europeo, 31 marzo 2004, GU L 6 aprile 2004, 100,1; il regolamento è entrato in vigore il 1 giugno 2004. Questa carta sostituisce dopo l'E-111 per i turisti anche l'E-110 (per gli autotrasportatori internazionali), l'E-128 (per gli studenti) e l'E-119 (per i disoccupati in cerca di lavoro).

(70) Vedi articoli 22 ter, 25, 31 e 34 ter Reg. 1408/71.

(71) CGE 25 febbraio 2003, proc. C-326/00, IKA, Racc. 2003, I-1703.

a ricevere cure all'estero. Ma è anche difficile operare una differenziazione tra "cura urgente" e "cura necessaria". E perché i pensionati, i disoccupati, gli studenti e i lavoratori distaccati dovrebbero avere un trattamento diverso rispetto ad altri assicurati come i lavoratori subordinati, i dipendenti pubblici e i lavoratori autonomi che trascorrono un periodo all'estero? Perché durante un soggiorno temporaneo l'accesso all'assistenza sanitaria per quest' ultima categoria di soggetti è ristretta ai casi di emergenza? Questo approccio differenziato tra le categorie di soggetti assicurati non era più difendibile così la differenziazione tra cure urgenti e necessarie dal 1° giugno 2004 è stata abolita. In base al Reg. 631/2004 le procedure per l'assistenza sanitaria in caso di temporaneo soggiorno all'estero sono state armonizzate[72]. Da questa data in poi un assicurato, sulla base della tessera europea di assicurazione sanitaria o di un suo equivalente, ha diritto a ricevere prestazioni in natura, necessarie sotto il profilo medico, tenuto conto della natura di queste prestazioni e della durata della dimora. Nell'ambito della Commissione Amministrativa si cercherà di trovare una definizione uniforme del concetto di "cura necessaria" o almeno linee guida uniformi per chi eroga le cure.

Lo stesso Reg. 631/2004 che ha cancellato la categoria delle "cure urgenti" ha comunque introdotto, nel Reg. 1408/71, una nuova procedura inerente le cure mediche, oggetto di accordo preventivo (articolo 22, par. 1 lett a). Per determinate cure, che richiedono cure specialistiche, il paziente deve prima stipulare un accordo preventivo con chi eroga le cure nello Stato ove intende recarsi. Tali modalità sono sembrate necessarie per assicurare al paziente la disponibilità di tali cure. Fino ad ora tale accordo preventivo è necessario solo in caso di dialisi renale e di ossigenoterapia[73].

3.6.1.1.2. - Diritto all'assistenza sanitaria in un altro Stato: applicazione dei principi di libera circolazione di beni e servizi

Applicazione dei principi di libera circolazione nel campo dell'assistenza sanitaria

Nei casi *Kohll* e *Decker*[74] la Corte di Giustizia Europea confermò la validità della procedura di autorizzazione contro i principi di libera circolazione del Trattato CE. Vi era in ballo la procedura di autorizzazione prevista nel sistema sanitario del Lussemburgo. Alla procedura contenuta nel Reg. 1408/71 era stata data minuziosa attuazione nell'ambito del diritto nazionale del Lussemburgo. Le norme nazionali stabilivano che l'autorizzazione non poteva essere rifiutata se il trattamento all'estero fosse stato raccomandato sia dal medico del paziente che dal medico di fiducia dell'assicuratore ovvero se il trattamento richiesto non fosse praticabile nel Granducato. L'ultima possibilità, ossia la non praticabilità del trattamento nel Granducato, poteva essere interpretata nel senso di andare persino oltre i requisiti prescritti nel Reg. CE.

(72) Reg. (CE) n. 631/2004 del Parlamento e del Consiglio europeo, 31 marzo 2004, GU L 6 aprile 2004, 100,1; il Reg. è entrato in vigore il 1 giugno 2004.
(73) Vedi decisione della Commissione amministrativa 23 marzo 2004, GU L 12 giugno 2004 , 212, 83.
(74) CGE 28 aprile 1998, proc. C-120/95, Decker, Racc. 1998, I-1831 e CGE 28 aprile, causa C-158/96, Kohll, Racc. 1998, I-1931.

Si trattava del problema che il signor *Kohll* e il signor *Decker* non soddisfacevano la procedura di autorizzazione. La Corte di Giustizia Europea concluse che richiedere la previa autorizzazione prima del rimborso del costo del trattamento medico o del costo di beni sanitari in un altro Stato membro era una restrizione ingiustificabile della libera circolazione di beni e servizi. Tuttavia decise anche che il Reg. 1408/71 non violava la normativa comunitaria poiché suggeriva solo una delle possibili modalità per rimborsare i trattamenti sanitari ottenuti in un altro Stato membro.

In relazione a tale decisione si può concludere in maniera semplicistica che i due sistemi vanno di pari passo. I pazienti che vogliono andare in un altro Stato membro ora hanno una scelta, possono cioè:

- o fare domanda di autorizzazione e far pagare l'intero prezzo delle cure direttamente al proprio sistema di assistenza sanitaria, in modo da poter rivolgersi a chi eroga l'assistenza sanitaria senza dover pagare in prima persona. I prestatori esteri di assistenza sanitaria sono pagati secondo le tariffe in vigore nello Stato dove è fornita l'assistenza sanitaria[75];
- o recarsi da chi eroga le cure all'estero e pagarlo direttamente prima di tornare a casa ed essere rimborsati, come se avessero pagato le cure nel proprio Stato.

Perfezionare l'applicazione dei principi di libera circolazione in ambito sanitario

Nei successivi casi *Geraets-Smits* e *Peerbooms*[76] e *Müller-Faurè* e *van Riet*[77] la Corte affinò le decisioni *Kohll* e *Decker*. In questi casi concernenti il trattamento ospedaliero erogato fuori dallo Stato competente, la Corte ha confermato che un sistema di autorizzazione preventiva costituisce un ostacolo alla libera prestazione di servizi medici. La natura del sistema di assistenza sanitaria non è importante al riguardo; il fatto che sia necessaria una previa autorizzazione per ottenere cure (con copertura) all'estero, sia nell'ambito di in un sistema a rimborso o di un sistema di terzi pagatori in natura, è un ostacolo per l'articolo 49 del Trattato CE[78]. Tuttavia la Corte sancì che la previa autorizzazione può essere giustificata da precise ragioni, come ad esempio

(75) Vedi CGE 12 luglio 2001, Vanbraekel, proc- C-368/98, Racc. 2001, I-5363. In questo caso se l'assicurato deve anticipare i costi prima di ricevere un rimborso da parte dell'istituzione sanitaria competente, va deciso se il rimborso vada effettuato sulla base delle tariffe (più alte) del paese competente (in cui il paziente è assicurato). Il rimborso sulla base delle tariffe più basse (ma effettivamente pagate) del paese dove sono state erogate le cure sarebbe di ostacolo alla libera circolazione dei servizi. Non è ancora chiaro se tale precedente giurisprudenziale debba essere applicato in senso stretto (vale a dire nel caso in cui i pazienti debbano anticipare i costi ai sensi della procedura di autorizzazione del Reg. 1408/71) ovvero se le istituzioni sanitarie competenti debbano comparare sistematicamente le proprie tariffe con quelle applicate nel paese che fornisce le cure, per effettuare il rimborso sulla base delle tariffe più alte.

(76) CGE 12 luglio 2001, Smits e Peerboms, causa C-157/99, Racc. 2001,I -5473.

(77) CGE 13 maggio 2003, Müller-Fauré e van Riet, causa C-385/99, Racc. 2003, I-4509.

(78) Al momento una Corte britannica si è rivolta alla CGE per ottenere una risposta su una questione di interpretazione, cioè se il precedente Kohll e Decker possa riguardare anche un servizio sanitario pubblico nazionale (proc. Watts) [n.d.t. sul punto è intervenuta la sentenza della grande sezione della CGE, 16 maggio 2006, causa C-372/04, Racc. 2006, I-4325].

- preservare la base finanziaria del sistema di sicurezza sociale, o
- mantenere un servizio medico ed ospedaliero equilibrato per tutti, o
- preservare nel territorio nazionale la capacità di assicurare cure o competenza medica, essenziali per la salute pubblica e per la sopravvivenza della popolazione.

Più concretamente tali ragioni giustificative possono essere invocate da uno Stato membro per applicare una procedura di autorizzazione con riferimento a cure ospedaliere[79]; ad ogni modo, non è giustificata per le cure ambulatoriali[80]. La Corte continuò nel suo ragionamento affermando che la procedura di autorizzazione non deve andare oltre ciò che è necessariamente richiesto e deve essere proporzionata all'obiettivo da tutelare; inoltre deve essere basata su criteri oggettivi e non discriminatori. Ad esempio per l'assistenza ospedaliera un'autorizzazione non è giustificata, se il trattamento (o un'alternativa comparabile) non è disponibile nel Paese entro un ragionevole lasso di tempo ("ritardo eccessivo"). Per determinare quest'ultimo l'istituzione di assistenza sanitaria deve prendere in considerazione le condizioni mediche del paziente (compreso il grado di sofferenza e la natura dell'infermità) e gli antecedenti medici. Inoltre il regime di autorizzazione deve basarsi su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole ed in modo oggettivo e imparziale, dovendo inoltre eventuali dinieghi di autorizzazione poter venir considerati nell'ambito di un ricorso. La Corte decise anche che il principio di non discriminazione ex articolo 6 del Trattato CE impedisce ai prestatori di cure mediche e/o alle autorità di assistenza sanitaria di far pagare tariffe più elevate ai pazienti stranieri rispetto a quelle applicate ai residenti del proprio paese[81].

3.6.1.2. - Malattia

In merito alle prestazioni di malattia (prestazioni in denaro in caso di incapacità al lavoro di breve periodo) il coordinamento è molto più facile. La regola principale in tal caso è che (solo) lo Stato competente paga le prestazioni in caso di malattia, eventualmente esportandole nello Stato dove la persona interessata risiede o dimora provvisoriamente.

3.6.1.3. - Regolamento 883/2004

Il nuovo Regolamento di coordinamento non è riuscito ad armonizzare le procedure di coordinamento e le procedure *Kohll-Decker* per il trattamento sanitario erogato all'estero. Entrambe continuano a coesistere l'una a fianco dell'altra. Tuttavia i criteri che la giurisprudenza *Kohll-Decker* ha sviluppato con riferimento alla procedura di autorizza-

(79) Vedi per una recente applicazione CGE 23 ottobre 2003, Inizan, proc. C-56/01, Racc. 2003, non ancora pubblicata [n.d.t. al momento della traduzione tale sentenza è pubblicata nella Racc. 2003, I-12403].
(80) Né per i trattamenti termali: vedi CGE 18 marzo 2004, Leichtle, proc. C-8/02, Racc. 2004, non ancora pubblicata [n.d.t. al momento della traduzione tale sentenza è pubblicata nella Racc. 2004, I-2641].
(81) CGE 3 ottobre 2000, Ferlini, proc. C- 411/98, Racc. 2000, I-8081.

zione e che la Corte di Giustizia Europea ha iniziato ad utilizzare per interpretare l'articolo 22, par. 2 Reg. 1408/71 (la procedura di autorizzazione nel Reg. di coordinamento; vedi il già citato caso *Inizan*) sono stati adottati nel nuovo Regolamento. Ora si legge che l'autorizzazione deve essere concessa se le cure richieste non possono essere ottenute nel Paese di residenza della persona entro tempi accettabili, "sotto il profilo medico".

È interessante anche il 1°paragrafo del nuovo articolo 20, Regolamento 883/2004. In riferimento alle cure autorizzate l'articolo 20 vieta esplicitamente lo spostamento in un altro Stato membro allo scopo di ricevere lì le cure in questione. A tal scopo l'autorizzazione deve essere sempre richiesta all'istituzione competente dello Stato dove il soggetto è socialmente assicurato. Questa disposizione è stata ritenuta fondamentale per evitare che fosse fatto un uso inappropriato della procedura di "trattamento necessario", prevista in caso di dimora temporanea all'estero (articolo 19). In altre parole, nel quadro del Regolamento 1408/71, non ci si può trasferire in un altro Stato al solo scopo di ricevervi cure, eccetto quando viene concessa l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 20, par. 2.

In questo ambito altre modifiche riguardano soprattutto i lavoratori frontalieri. Come menzionato precedentemente, questi lavoratori possono ottenere cure mediche sia nel loro Paese di residenza che nel Paese dove lavorano. Questa possibilità non è più garantita tuttavia nel momento in cui vanno in pensione, momento a partire dal quale sono confinati alle strutture sanitarie del loro Paese di residenza. Quest'ultima situazione è cambiata con il nuovo Regolamento di coordinamento: tutti i lavoratori frontalieri già andati in pensione possono continuare a ricevere cure mediche nel loro ultimo paese di occupazione, quando vi è il problema di continuare cure già iniziate in precedenza in quel Paese (art. 28, par. 1 Reg. 883/2004); lo stesso accade, senza restrizione alcuna, per una persona che è stata lavoratore frontaliero per almeno 2 anni degli ultimi 5 precedenti la pensione o l'invalidità, a condizione che esista un accordo tra quel Paese e il Paese competente[82]. Le nuove norme stabiliscono anche che i familiari, allo stesso modo dei lavoratori frontalieri, hanno i requisiti per l'assistenza sanitaria nel Paese di occupazione del lavoratore frontaliero, a meno che il Paese neghi tale possibilità (vedi allegato III per l'elenco). Nel Reg. attuale tale possibilità è garantita solo se i Paesi interessati si accordano per fornire l'accesso per i familiari alle strutture di assistenza sanitaria, nel Paese di occupazione del lavoratore frontaliero. Nel nuovo Reg. questa opzione diviene norma generale, tranne nei casi in cui viene stabilito diversamente, nel relativo allegato.

Il nuovo Regolamento di coordinamento prevede anche le necessarie regole anti cumulo per le prestazioni per l'assistenza. Con l'introduzione delle prestazioni assistenziali nel corpus del Reg. di coordinamento (vedi i già citati casi *Molenaar* e *Jauch*) può verificarsi il caso in cui un soggetto migrante può accumulare prestazioni assistenziali (in denaro che il Paese dell'ultima occupazione deve esportare) e prestazioni in natura garantite dal Paese di residenza. Le norme necessarie per evitare la situazione, in cui si potesse far doppio uso di tali prestazioni, sono state approvate con l'articolo 34 del nuovo Regolamento.

(82) Questo tipo di accordi dovrebbe essere riportato nell'allegato V del Reg. di coordinamento.

3.6.2. - Invalidità

Per quanto riguarda l'invalidità (incapacità al lavoro di lungo periodo) possono essere distinti due tipi di legislazione in Europa: sistemi "A" e sistemi "B". Nei sistemi "A" l'importo della prestazione erogata non dipende dai periodi di assicurazione compiuti sotto il suddetto regime. In altre parole si segue la logica delle prestazioni di malattia. Nel sistema "B" l'ammontare della prestazione dipende dai periodi di assicurazione: più lunghi sono i periodi di assicurazione maturati sotto tale regime, maggiori sono le prestazioni. Qui ci si riporta alle "logiche pensionistiche". Per i soggetti assicurati solo nei sistemi "B" il Regolamento 1408/71 prevede l'applicazione del metodo del *pro-rata* **(vedi 3.6.3)**. Per i soggetti assicurati solo nei sistemi "A" si applica una differente tecnica di coordinamento: il soggetto interessato riceverà (nel momento in cui la malattia diviene invalidità) la prestazione da parte dello Stato membro dove è stato assicurato per ultimo. In caso di un tipo misto di assicurazione (prima di tipo "A" e poi di tipo "B" o viceversa) verrà di nuovo applicato il metodo di calcolo *pro-rata*.

3.6.2.1. - Reg. 883/2004

Nel nuovo Reg. di coordinamento la regola del *pro-rata* verrà applicata in via generale (indipendentemente dal regime di invalidità). Tuttavia i Paesi possono ancora optare per un calcolo sulla base delle linee di coordinamento proprie delle prestazioni di malattia (l'ultimo Paese di occupazione paga l'intero ammontare dell'invalidità), se mettono tale regime nell'elenco di cui all'allegato al Reg. di coordinamento.

3.6.3. - Pensioni di vecchiaia, invalidità e superstiti

In caso di pensioni di vecchiaia, invalidità e per i superstiti ciò che caratterizza in modo predominante il coordinamento è la totalizzazione dei crediti maturati sotto i regimi dei vari Stati membri. La totalizzazione comporta che lo Stato competente deve considerare i periodi di copertura maturati sotto la legislazione di altri Stati membri, come se fossero compiuti sotto la legislazione che applica per determinare l'idoneità ad acquisire tali prestazioni (vedi anche 3.5). Per determinare l'ammontare della prestazione, tuttavia, il calcolo è limitato ai periodi di copertura assicurativa e di pagamento maturati sotto il sistema dello Stato competente. Per esempio, un soggetto ha lavorato come cuoco per 12 anni in Italia, 12 in Francia e 21 nei Paesi Bassi. Supponendo un'identica età pensionabile nei 3 Paesi interessati il pensionato avrà diritto a 3 pensioni pagabili dall'amministrazione italiana, francese e olandese, deputata alla sicurezza sociale. Ogni amministrazione nazionale deve calcolare la prestazione *pro-rata* sulla base del periodo di assicurazione maturato sotto la propria legislazione (art. 46 (2), Regolamento 1408/71). Per fare ciò l'amministrazione deve calcolare prima l'importo teorico della prestazione cui l'interessato avrebbe diritto, come se avesse compiuto tutti i periodi assicurativi sotto la legislazione di ognuno dei Paesi interessati. Nel nostro esempio ogni Paese deve calcolare la pensione teorica che verrebbe garantita ad un soggetto che ha

maturato un periodo assicurativo di 45 anni (12+12+21). Di questo importo teorico il Paese eroga un importo pro-rata corrispondente all'effettivo periodo completato sotto la sua legislazione (ciò significa nel nostro esempio i 12/45 dell'importo teorico italiano, i 12/45 di quello francese e i 21/45 di quello olandese).

In applicazione del principio di *favorevolezza* è tuttavia previsto un secondo calcolo nel Regolamento 1408/71 (art. 46 (1) Regolamento 1408/71). Senza applicare le regole pensionistiche di coordinamento l'amministrazione calcola quale importo pensionistico riceverebbe l'assicurato applicando solo la legge nazionale. In ogni Paese questa comparazione tra i due metodi va fatta; l'interessato ha diritto all'importo più elevato fra i 2.

3.6.3.1. - Regolamento 883/2004

Come già accennato sotto l'intestazione dell'ambito di applicazione "*ratione materiae*" il nuovo Regolamento di coordinamento incorpora le prestazioni legali di pensionamento anticipato. Tuttavia non è stata disposta nessuna regola specifica di coordinamento per tali prestazioni. Gli Stati devono indicare a quale evento (vecchiaia o disoccupazione) vogliono collegare la loro specifica prestazione di prepensionamento. Se la prestazione non ha i caratteri tipici della vecchiaia o della disoccupazione allora si applicano i principi generali di coordinamento del Titolo I e II. Ad ogni modo ci si dovrebbe attenere alla specifica riserva di cui all'articolo 66 del nuovo Regolamento di coordinamento, che preclude l'applicazione del principio di totalizzazione dei periodi assicurati alle prestazioni di prepensionamento (vedi anche sopra, ambito materiale).

3.6.4. - Disoccupazione

Per le prestazioni assicurative di disoccupazione è prevista la totalizzazione dei periodi di assicurazione (art. 67, Regolamento 1408/71). La determinazione dell'importo della prestazione si riferisce esattamente alla retribuzione goduta dal disoccupato nello Stato dove il beneficiario lavorava subito prima di diventare disoccupato. Lo Stato dell'ultima occupazione è in linea di principio lo Stato competente per erogare la prestazione di disoccupazione. Le prestazioni di disoccupazione sono esportabili se il disoccupato è a disposizione degli uffici del lavoro di un altro Stato membro. L'esportabilità della prestazione tuttavia è ridotta a un periodo massimo di 3 mesi (art. 69 Regolamento 1408/71).

Per i lavoratori frontalieri è prevista un'eccezione al principio, secondo il quale lo Stato dell'ultima occupazione è lo Stato competente. Per essi infatti lo Stato competente è lo Stato di residenza (art. 71 (1) (a) Regolamento 1408/71). I lavoratori, la cui residenza sia situata in altri Stati membri rispetto allo Stato competente dell'occupazione, (non essendo lavoratori frontalieri) ricevono, in linea di principio, le prestazioni dallo Stato di residenza (art. 71 (b) Regolamento 1408/71). Tuttavia tali soggetti possono anche avere diritto alle prestazioni a carico dello Stato competente (a cui sono stati soggetti in ultimo). In tal caso possono esportare le prestazioni nello Stato di residenza

per un massimo di 3 mesi (regola generale sulla limitata esportabilità delle prestazioni di disoccupazione: art. 71 (1) (b) Regolamento 1408/71). Stranamente il lavoratore non frontaliero che ha lavorato in uno Stato diverso da quello di residenza sembra avere più opzioni a disposizione quando è disoccupato, rispetto a un "vero" lavoratore frontaliero.

3.6.4.1. - Regolamento 883/2004

I principali adattamenti per il coordinamento delle prestazioni di disoccupazione, possono essere riassunti come segue.

Prima di tutto l'intero capitolo di coordinamento diventa integralmente applicabile ai lavoratori autonomi. Precedentemente solo alcuni articoli potevano essere invocati dai lavoratori autonomi. Poiché più Stati hanno introdotto, gradualmente, regimi di disoccupazione (o simili) per i lavoratori autonomi, fu avvertita la necessità di integrare pienamente questa categoria di soggetti nel capitolo di coordinamento che tratta le prestazioni di disoccupazione.

I disoccupati possono cercare lavoro in un altro Stato e "portarsi dietro" la prestazione. Mentre il Regolamento corrente prevede tale possibilità per un massimo di 3 mesi (e di conseguenza limita il principio di esportabilità), gli Stati ora possono estendere (ma non sono obbligati) tale periodo fino a 6 mesi (con le condizioni che dovranno essere approvate dagli Stati membri).

La maggior parte delle modifiche sono state introdotte negli articoli che trattano la situazione di persone che diventano disoccupate e risiedono in un Paese diverso da quello dove lavorano. Come precedentemente menzionato, nell'attuale regolamentazione vi è la bizzarra regola per cui i lavoratori non frontalieri, per avere diritto alla prestazione di disoccupazione e per essere a disposizione del mercato del lavoro, possono scegliere tra lo Stato di occupazione e lo Stato di residenza. I lavoratori frontalieri sono assegnati al proprio Stato di residenza (a meno che non provino di essere frontalieri atipici). Secondo il nuovo Regolamento il diritto dei lavoratori non frontalieri alla prestazione di disoccupazione è collegato al Paese dove sono residenti (ovvero dove hanno preso la residenza). I lavoratori frontalieri sono ancora assegnati al Paese di residenza ma possono anche mettersi a disposizione del mercato del lavoro del paese dell' (ultima) occupazione. La prestazione di disoccupazione è garantita a carico del Paese di residenza (come nel caso dell'attuale Reg.), ma il Paese dell'ultima occupazione deve rimborsare al Paese di residenza i primi 3 mesi di disoccupazione. Si può avere un'estensione a 6 mesi, se il soggetto nei 2 anni antecedenti il 1° giorno di disoccupazione ha lavorato per almeno 12 mesi nello Stato competente.

3.6.5. - Prestazioni familiari

La normativa applicabile alle prestazioni familiari va determinata in base alla scelta generale delle norme già descritte sommariamente. Per la determinazione del diritto alle prestazioni familiari i figli, residenti in un altro Paese membro, devono essere considerati come se vivessero nello Stato competente (articoli 73 e 74

Regolamento 1408/71). Tali norme fondamentali sono solo il primo passo. Il Regolamento di coordinamento contiene una serie di regole relative a situazioni in cui più di un soggetto ha diritto a prestazioni familiari per lo stesso familiare, contemporaneamente, oppure la stessa persona ha diritto a prestazioni familiari secondo la legislazione di più di uno Stato membro. In tali casi il Regolamento ha elaborato alcune regole cumulative ispirate dalla precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Per comprendere meglio la realtà posta dietro questa serie di norme specifiche va notato come la Corte abbia applicato in molti di questi casi il principio di favorevolezza (chiamato anche principio *Petroni*)[83].

Inoltre è importante ricordare i diversi regimi familiari che vigono nei Paesi europei[84]. In linea di massima si può distinguere tra sistemi universali e sistemi professionali. I sistemi universali per l'acquisizione del diritto alle prestazioni familiari non dipendono dal compimento di periodi assicurativi, ma erogano le prestazioni ai figli che risiedono nello Stato o a soggetti che, oltre ad avere la residenza nel Paese, sono in possesso di determinati requisiti relativi al figlio (patria potestà, tutela, ecc…); i sistemi professionali invece, per l'acquisizione delle prestazioni familiari, dipendono dal completamento di periodi assicurativi o periodi di attività professionale degli adulti legati da parentela.

Senza aver pretese esaustive sono applicate ai differenti tipi di soggetti tutelati dal Regolamento di coordinamento le seguenti norme fondamentali di cumulo: se a due persone è garantito il diritto, per entrambe, alle prestazioni familiari, in quanto lavorano e il figlio vive in uno di questi Stati, la legislazione competente sarà quella dello Stato dove risiede il figlio[85]. Tuttavia se le prestazioni erogate sono più elevate nello Stato non competente, quest'ultimo deve pagare la differenza tra le prestazioni erogate nello Stato competente e le proprie[86]. In questo modo i lavoratori migranti non sono penalizzati per aver scelto di lavorare in un altro Stato membro.

Nel caso in cui un figlio abbia diritto alla prestazione familiare grazie al regime professionale dello Stato in cui lavora uno dei genitori e ne abbia anche diritto grazie al sistema universale in quanto figlio, ovvero qualora l'altro genitore risieda in un altro Stato, le norme di coordinamento sanciscono che lo Stato competente sia quello di occupazione. Peraltro se le prestazioni soggette al sistema universale sono maggiori, il regime universale dovrà pagare un'integrazione a copertura della differenza[87].

---

(83) Vedasi p.es. per le prestazioni familiari: CGE 6 marzo 1979, Rossi, proc. 100/78, racc. 1979, 831 e CGE 19 febbraio 1981, Beeck, proc. 104/80, racc. 1981, 503.

(84) Vedi PIETERS D., Introduction into the basic principles of social security, Deventer-Boston, Kluwer, 1993, 21 ss. E 75 ss. E – Social security law in the fifteen member states of the European Union, Antwerp-Apeldoorn, Maklu, 1997, pag. 285.

(85) Articolo 76 Reg. 1408/71.

(86) Ci si riferisce a questo processo come ad una "sospensione" dell'obbligo di erogare le prestazioni per il figlio in uno Stato. Questa sospensione riguarda solo l'importo della prestazione erogata nell'altro Stato e così se le prestazioni nello Stato non pagante sono più elevate di quelle dello Stato che le eroga, lo Stato che non è tenuto al pagamento deve pagare la differenza.

(87) Articolo 10 (1)(a) Reg. 574/72.

3.6.5.1. - Regolamento 883/2004

Con l'attuale regolamentazione viene fatta una distinzione tra prestazioni familiari che corrispondono a sussidi in denaro o in natura, intese a compensare i carichi familiari, e gli assegni familiari che costituiscono un certo tipo di prestazione, ossia prestazioni periodiche in denaro garantite esclusivamente in base al numero ed eventualmente all'età dei familiari. Tale distinzione comporta conseguenze soprattutto nei confronti dei pensionati (e delle persone che si prendono cura degli orfani), poiché nei loro confronti c'è coordinamento solo per l'ultimo tipo di prestazione[88]. Il nuovo Regolamento unifica entrambi i concetti e quindi non viene più fatta alcuna distinzione tra il coordinamento delle prestazioni familiari a favore dei pensionati (e delle persone che si prendono cura di orfani) e quello vigente per gli altri soggetti assicurati.

3.7. - Cooperazione internazionale delle amministrazioni deputate alla sicurezza sociale

Per rendere operativo questo meccanismo di coordinamento le amministrazioni deputate alla sicurezza sociale di tutti gli Stati membri sono tenute a cooperare (art. 84, Regolamento 1408/71). Perizie mediche e documentazioni elaborate secondo la legge di uno degli Stati membri devono essere riconosciute da tutti gli altri Stati membri. Le istituzioni di sicurezza sociale sono obbligate a comunicare con i cittadini comunitari nella loro lingua madre. Tutte le amministrazioni di sicurezza sociale devono supportarsi l'un l'altra in caso di riscossione di contributi o nella richiesta di rimborsi di prestazioni trasferite indebitamente. Per promuovere la comunicazione e il controllo sono stati elaborati specifici modelli E che permettono, almeno in teoria, alle amministrazioni di comprendere la posizione giuridica del lavoratore migrante (ad esempio i modelli per il distacco E-101 e E-102, il modello per l'assistenza sanitaria E-111,...). Presso la Commissione dell'UE è stata istituita una Commissione Amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti. Tale Commissione è composta da rappresentanti del governo di ogni Stato membro e, quando necessario, da consiglieri tecnici (articolo 80 Regolamento 1408/71). La Commissione amministrativa tratta principalmente problematiche amministrative e di interpretazione che sorgono dall'applicazione del Regolamento di coordinamento. La Commissione amministrativa può adottare Raccomandazioni e Decisioni non esecutive da un punto di vista giuridico, ma che tuttavia sono importanti linee guida interpretative ai fini dell'applicazione delle norme di coordinamento.

Con il Reg. 631/2004 sono state introdotte alcune nuove garanzie per i soggetti migranti; più specificatamente nel Regolamento 1408/71 è stato introdotto un principio generale di buona amministrazione[89]. Fornisce una più intensa cooperazio-

(88) Vedasi p.es. CGE 31 aprile 2001, Leclere, proc. C.43/99, Racc. 2001, I-4265.

(89) Reg. (CE) n. 631/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, 31 marzo 2004, GU L 12 giugno 2004, 100,1. Questo regolamento è entrato in vigore il 1° giugno 2004.

ne e mutua assistenza tra le istituzioni degli Stati membri a beneficio del cittadino, evitando a quest'ultimo di essere spedito senza soluzione di continuità da un posto ad un altro, tra un'istituzione e l'altra; inoltre c'è un obbligo per tutte le istituzioni di rispondere entro un periodo di tempo ragionevole e di comunicare all'interessato tutte le informazioni necessarie per tutelarne i diritti. Di contro anche i cittadini devono comunicare alle istituzioni qualsiasi modifica della loro situazione che possa riguardare la loro pretesa.

Agosto 2004

STEFANO GIUBBONI

Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Perugia.

APPUNTI IN TEMA DI PRESTAZIONI PENSIONISTICHE COMPLEMENTARI

Sommario: 1. - Premessa. 2. - Dell'incerta natura delle prestazioni di previdenza complementare. 3. - Caratteri strutturali e lineamenti tipologici delle prestazioni pensionistiche complementari. 4. - I requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari. 5. - Il nuovo regime delle anticipazioni e dei riscatti.

1. - Premessa

L'inquadramento della natura e del regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare sconta ancora oggi, a quasi un lustro dalla riforma introdotta dal D.Lgs. n. 252 del 2005, significative incertezze tanto sotto il profilo qualificatorio, quanto sotto quello della disciplina applicabile. Riprendendo un'icastica osservazione critica sullo stato della giurisprudenza in materia, potrebbe ripetersi che "la vera e propria crisi ermeneutica in cui si trova immerso il problema della natura e della disciplina giuridica applicabile ai contributi"[1], investe, in pari misura, e per le medesime ragioni di fondo, anche il tema delle prestazioni di previdenza complementare. Vi si scorge il riflesso, da un lato, di quella "immaturità" sistematica che contrassegna, nel suo insieme, come pure è stato rilevato[2], la disciplina della previdenza complementare anche dopo la riforma organica del 2005, e, dall'altro, di quella sostanziale "assenza di nozioni condivise"[3] che, più a monte[4], costituisce il portato dei perduranti dissensi sulla collocazione costituzionale del pilastro pensionistico integrativo.

(1) A. Tursi, *Il TFR nei fondi pensione: per la Cassazione è l'inverso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 710 ss. (qui p. 711), commentando criticamente il noto orientamento della giurisprudenza di legittimità che vuole i contributi di previdenza complementare versati ai fondi pensione dal datore ricompresi, salva diversa previsione del contratto collettivo, nella base di computo del trattamento di fine rapporto.
(2) Sempre da A. Tursi, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in Id. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 537.
(3) R. Pessi, *La previdenza complementare: identità e discipline*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, p. 950.
(4) È bene tenere presente – con G. Leone, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 277 ss. – che i dissensi sull'inquadramento costituzionale della previdenza complementare sono a loro volta un portato – forse il più rilevante, oggi, per i suoi riflessi

Se giurisprudenza e dottrina restituiscono l'immagine di un terreno diviso e conteso, nel quale la latente contrapposizione tra natura retributiva o propriamente previdenziale dei trattamenti pensionistici complementari finisce per riflettere anche divergenti opzioni di politica del diritto[5], il legislatore sembra mosso da un pragmatismo che, per quanto ispirato dal condivisibile intento di fornire risposte puntuali ed efficaci ai crescenti problemi applicativi e operativi della previdenza complementare italiana, impedisce, al contempo, di definire uno statuto ed una disciplina generale effettivamente rispondenti a requisiti di coerenza sistematica. L'esperienza dell'ultima riforma organica della materia – la terza[6], ad oggi, fissando nel D.Lgs. n. 124 del 1993 l'ingresso dell'Italia nel novero dei paesi dotati d'una moderna disciplina della previdenza complementare[7]– è emblematica di questo atteggiamento del legislatore.

La sostanziale assenza, sullo specifico tema, di significativi criteri direttivi nella legge delega del 2004, non ha impedito al legislatore delegato di rivedere, anche in profondità, importanti aspetti della disciplina delle prestazioni. Ma ciò è inevitabilmente avvenuto secondo una linea di pragmatismo esasperato sino ai limiti dell'opportunismo metodologico, con risposte oscillanti tra impostazioni concettualmente diverse, quando non contrapposte, e di volta in volta calibrate – senza una visione sistematica e coerente d'insieme – sullo specifico problema da affrontare, a seconda della (ritenuta) convenienza della singola soluzione ad hoc.

È così giocoforza rilevare – già ad una prima valutazione d'insieme delle innovazioni del D.Lgs. n. 252 del 2005[8] – come, accanto a chiare istanze di rafforzamento del rapporto di funzionalizzazione tra previdenza complementare e pubblica (e, dunque, di più stringente assimilazione delle prestazioni della prima a tipici e caratterizzanti profili di disciplina della seconda), si siano nel contempo ampliati i margini di libertà e di flessibilità, su base individuale, delle opzioni disponibili nella gestione del risparmio pensionistico accumulato dagli aderenti alle diverse forme previdenziali. Interesse pubblico (in primis alla adeguatezza delle prestazioni previdenziali) ed interessi privati (pur apprezzati nell'ottica della garanzia costituzionale di tutela di tutte le forme di risparmio); libertà individuale e vincoli di solidarietà e mutualità collettiva si combinano, così, più che mai nella nuova disciplina delle prestazioni pensionistiche

---

pratici ed applicativi – delle diverse concezioni di fondo del sistema di sicurezza sociale nella Costituzione italiana. Cfr. da ultimo A. Avio, *Vecchiaia e lavoro tra solidarietà e corrispettività*, Roma, 2008.

(5) Come mettono in rilievo, da ultimo, G. Ciocca e P. Olivelli, *Le prestazioni*, in corso di pubblicazione M. Cinelli (a cura di) *La previdenza complementare – Articolo 2123*, ne *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2009.

(6) V. ancora A. Tursi, *op. ult. cit.*, nonché ID., *La terza riforma della previdenza complementare in itinere: spunti di riflessione*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, p. 513 ss.

(7) Per un quadro comparato F. Peracchi (a cura di), *Le pensioni in Italia e in Europa*, Roma, 2000, e, più di recente, D. Natali, *Vincitori e perdenti. Come cambiano le pensioni in Italia e in Europa*, Bologna, 2007. Sulla disciplina giuridica della previdenza complementare nei principali paesi europei v. soprattutto R. Vianello, *I fondi pensione nelle esperienze nazionali europee*, in M. Bessone, F. Carinci (a cura di), *La previdenza complementare*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. Carinci, vol. IV, Torino, 2004, p. 134 ss.

(8) D'ora innanzi, più semplicemente, e più spesso, il decreto.

complementari, in un caleidoscopio in cui è difficile – e forse vano – rintracciare una autentica coerenza sistematica.

2. - Dell'incerta natura delle prestazioni di previdenza complementare

Le premesse appena svolte inducono a preferire, sul piano metodologico, quelle ricostruzioni dottrinali che sembrano meglio attrezzate ad affrontare il pragmatismo combinatorio del legislatore, in quanto, pur senza rinunciare ad un tentativo, pur provvisorio, di delineazione di un ordine interpretativo, si fanno tuttavia carico della oggettiva apertura e fluidità delle scelte normative in essere, evitando le secche di impostazioni dogmatiche rigide che, semplicemente, non si attagliano all'attuale grado di sviluppo giuridico – e di ambivalenza o "immaturità sistematica"[9] – della previdenza complementare in Italia.

E da questo punto di vista, sembra anzitutto necessario prendere atto della circostanza che il dato normativo oggi offertoci dal decreto, in particolare col suo art. 11, risulta difficilmente riportabile dentro lo schema dogmatico – pur ancorato ad una lunga tradizione interpretativa e ad un'autorevole linea di pensiero[10], ancor oggi accolta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità[11] – che assegna ai trattamenti pensionistici complementari natura di retribuzione differita, sia pure con funzione previdenziale. Non è solo la difficoltà di riconciliare questa impostazione teorica – che presuppone, a rigore, un fermo inquadramento della previdenza complementare dentro la sfera di libertà consacrata dal quinto comma dell'art. 38 Cost. – con la ormai conclamata affermazione di una logica di stretta funzionalizzazione di quest'ultima al sistema della previdenza pubblica, col definitivo trapasso – come ha riconosciuto lo stesso Persiani – da una prospettiva di "complementarietà di prestazioni" ad una logica di "complementarietà di funzioni"[12]. Va, infatti, condivisa l'osservazione per cui, ancor prima di questo progressivo "sfasamento" rispetto gli sviluppi del diritto positivo (ed alla lettura che degli stessi dà, ormai da tempo, il giudice delle leggi[13]), la teoria della retribuzione con funzione previdenziale abbia direttamente sofferto

(9) *Supra*, nota 2.

(10) Cfr. soprattutto M. Persiani, *La previdenza complementare*, Padova, 1998, pp. 97-98 e *passim*.

(11) Cfr. l'accurata rassegna di M. Gambacciani, *La giurisprudenza sulla natura e la funzione del trattamento di fine rapporto e delle prestazioni pensionistiche complementari*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 762 ss., spec. pp. 773-775.

(12) Persiani, *op. ult. cit.*, p. VII.

(13) Va peraltro rilevato che non mancano, nella stessa giurisprudenza della Cassazione, orientamenti che recepiscono pienamente la impostazione del giudice delle leggi, assumendo come punto di partenza l'affermazione dello stretto "collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare", ai sensi dell'art. 38, comma 2, Cost.: v., in tal senso, Cass., 11 dicembre 2002, n. 17657, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, p. 222 ss., con nota di P. Boer, *Previdenza complementare: trasferibilità e riscattabilità dell'intera posizione contributiva*, che, in una controversia riguardante un fondo a capitalizzazione preesistente alla legge n. 421 del 1992, ha affermato l'applicabilità all'intera posizione individuale delle tre opzioni (di trasferimento a fondo chiuso o aperto, ovvero – ancora – di riscatto) già configurate in favore degli iscritti dall'art. 10, D.Lgs. n. 124 del 1993.

un graduale, e più risalente, "difetto di predittività"[14] nei suoi stessi terreni di elezione.

Lo dimostra, storicamente, la tormentata vicenda del cosiddetto "contributo sul contributo"[15], risolta infine direttamente dal legislatore – nella persistenza, presso gli stessi giudici di legittimità, di esiti interpretativi contrari rispetto a quelli predicati e che si sarebbero dovuti attendere in coerenza con la tesi della funzione previdenziale delle quote di retribuzione destinate ai fondi – con una decisiva "virata" verso la costruzione in termini strutturalmente previdenziali di tali versamenti (e delle corrispondenti erogazioni pensionistiche). Ma lo sta a dimostrare, più in generale, la constatazione che "gli esiti cui l'applicazione giurisprudenziale della teoria in parola perviene con riferimento ad innumerevoli profili applicativi, anche diversi da quello della computabilità dei contributi ai fini del TFR, sono assolutamente ondivaghi, attribuendosi rilievo ora alla natura (retributiva), ora alla funzione (previdenziale): come è accaduto, per esempio, in tema di (presunta) intangibilità ex art. 36 Cost. delle prestazioni di previdenza complementare (Cass. n. 5610/1991; Cass. 4273/1992; Cass., sez. un., n. 974/1997), o di assoggettabilità di tali prestazioni al regime della perequazione automatica (ad es. Cass. n. 7339/1986) o della rivalutazione automatica (Cass. n. 3995/1994) delle retribuzioni"[16].

In un quadro nel quale le capacità ermeneutiche e predittive della teoria della natura retributiva e della funzione previdenziale delle prestazioni pensionistiche complementari appaiono, dunque, da tempo in crisi, gli sviluppi – per quanto essi stessi ondivaghi e lontani da approdi di coerenza sistematica – del dato normativo non possono che indurre ad un ulteriore approfondimento della rivisitazione critica di tale più risalente impostazione teorica. E sotto tale profilo, è anzitutto l'oggettivo rafforzamento del collegamento funzionale con la previdenza pubblica, quale emerge anzitutto dalla imposizione generalizzata degli stessi requisiti condizionanti l'erogazione delle prestazioni valevoli nel regime pensionistico pubblico di base (art. 11, comma 2, del decreto), a sollecitare l'interprete verso una qualificazione propriamente e compiutamente previdenziale delle prestazioni delle forme complementari[17]. Non va invero trascurato che è proprio sulla base di tale nesso di interdipendenza con le prestazioni obbligatorie in favore dei lavoratori aderenti ai fondi, e del rapporto di complementarità funzionale così istituito tra i rispettivi regimi dal legislatore già nel vigore del D.Lgs. n. 124 del 1993, che la Corte costituzionale ha potuto fornire il suo definitivo avallo alla teoria della funzionalizzazione ex art. 38, comma 2, Cost. e – con essa – alla tesi della natura strutturalmente previdenziale di contributi e prestazioni delle forme pensionistiche complementari[18].

---

(14) Tursi, *Il TFR nei fondi pensione*, cit., p. 711.

(15) Sia permesso il rinvio a S. Giubboni, *Forme pensionistiche complementari e contribuzione di solidarietà*, in *Lav. giur.*, 2009, p. 768 ss.

(16) La compendiosa citazione è tratta ancora da Tursi, *op. loc. ult. cit.*

(17) In tal senso, più di recente, D. Mezzacapo, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G Santoro-Passarelli *et alii*, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, p. 117 ss.

(18) V. soprattutto la celebre Corte cost., 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 955 ss., con commento di R. Pessi, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*. Ma a tale conclusione la Consulta era come noto già pervenuta, sul fronte dell'obbligazione contributiva, nello sforzo di razionalizzazione compiuto con riguardo alla vicenda del contributo di solidarietà. In dottrina, per un'impostazione analoga v. già F. Mazziotti, *Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive*, in *Dir. lav.*, 1997, I, p. 239 ss.

Oggi, peraltro, ad imprimere alle prestazioni di previdenza complementare tale qualificazione spingono anche altre, significative innovazioni apportate dal decreto legislativo del 2005 alla relativa disciplina. Particolarmente eloquente – oltre che assai problematica[19] – appare, in tal senso, l'espressa assimilazione tra prestazioni di previdenza complementare ed obbligatoria quanto a disciplina dei limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità[20], così come innovativamente disposta dall'art. 11, comma 10, del decreto, stavolta in attuazione di specifiche indicazioni della legge delega. La disposizione

(19) L'estensione alle prestazioni di previdenza complementare (nei limiti meglio indicati alla nota che segue) dei vincoli stabiliti, per la previdenza obbligatoria, dagli artt. 128 del r.d.l. n. 1827 del 1935 (convertito nella legge n. 1155 dello stesso anno) e dall'art. 2 del D.P.R. n. 180 del 1955, è problematica sia sul piano teorico che sotto un profilo pratico. Dal primo punto di vista, se essa appare infatti pienamente coerente con la divisata complementarità di funzioni tra prestazioni pubbliche e complementari nell'ottica dell'art. 38, comma 2, Cost., lo è assai meno con le specifiche indicazioni fornite dalla stessa Corte costituzionale in tema di rimodulazione dei suddetti limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità, quali originariamente stabiliti dalle norme sopra richiamate. Soprattutto con la sentenza n. 506 del 2002 la Corte costituzionale ha infatti chiarito che la prestazione pensionistica pubblica è idealmente scomponibile – secondo indicazioni che spetta al legislatore tradurre in concreto nell'esercizio della propria discrezionalità politica – in due nuclei: da un lato, nella parte, la sola assolutamente impignorabile, "che vale, appunto, ad assicurare al pensionato quei mezzi adeguati alle esigenze di vita che la Costituzione impone gli siano garantiti, ispirandosi ad un criterio di solidarietà sociale" (così al punto 8.1 della pronunzia); dall'altra, nella parte relativa all'ammontare "della pensione [che] eccede quanto necessario per le esigenze di vita del pensionato", e che, come tale, "deve ritenersi (nei limiti e secondo le regole fissati dall'art. 545 c.p.c.) assoggettabile al regime generale della responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)" (così al successivo punto 8.2). Ma se è così, diventa difficile conciliare queste statuizioni con l'assunto – parallelamente svolto dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza in tema di previdenza complementare – che vede quest'ultima funzionalmente collocata nell'orbita del secondo comma dell'art. 38 Cost. Ed, invero, "se nello stesso ambito della prestazione erogata dal sistema pubblico obbligatorio sarebbe isolabile una parte estranea alla tutela costituzionale *ex* art. 38, comma 2, Cost., *a fortiori* dovrebbe escludersi che sia riconducibile alla previdenza sociale così intesa, la prestazione che per definizione eccede anche la parte di previdenza pubblica obbligatoria "eccedente" l'adeguatezza costituzionale" (così A. Tursi, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, p. 405 ss., qui p. 416). Queste evidenti difficoltà concettuali e teoriche ridondano in ovvie difficoltà applicative, nella misura in cui diventa difficile valutare l'esatta portata concreta dell'estensione dei detti limiti di pignorabilità alle prestazioni pensionistiche complementari (tenuto conto che risulta problematica la stessa individuazione della quota di pensione pubblica eccedente i mezzi adeguati: v. la circolare dell'INPS n. 43 del 26 febbraio 2003 e, in giurisprudenza, Trib. Como, 25 novembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, I, 1, c. 1631). Si rinvia all'analisi di S. Tozzoli, *Le prestazioni di previdenza complementare*, in Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 745 ss., spec. p. 764. Si veda da ultimo Corte cost., 26 giugno 2009, n. 183, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2273, con nota di V. Ferrari, *Le ragioni del pensionato e quelle del creditore*.

(20) I limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità previsti per le prestazioni pensionistiche dei regimi pubblici obbligatori riguardano, per espresso disposto dell'art. 11, comma 10, del decreto, unicamente le prestazioni pensionistiche erogate sia in forma di rendita che di capitale e le anticipazioni per spese sanitarie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche a seguito di gravissime situazioni relative all'aderente e al coniuge o ai figli del medesimo. Sono invece esclusi dalla garanzia – e non sono dunque soggetti ad alcun vincolo di cedibilità, sequestrabilità o pignorabilità – i crediti relativi alle somme oggetto di riscatto totale, come anche quelli concernenti le anticipazioni per ragioni diverse da quelle testé indicate e riconosciute ai sensi delle lettere b) e c) del comma 7 dell'art. 11 del decreto.

contiene, invero, una indicazione normativa sufficientemente chiara: sta infatti a suggerire – assumendo a presupposto pressoché esplicito la qualificabilità in termini propriamente previdenziali delle prestazioni pensionistiche erogate dalle forme di previdenza complementare – che, in mancanza di previsioni ad hoc nel decreto, sarà in linea di principio lecito fare ricorso in via analogica alla disciplina dettata per le prestazioni del sistema pubblico obbligatorio; con esclusione, naturalmente, dei principi e delle regole strutturalmente incompatibili con i diversi caratteri tipici delle prestazioni previdenziali complementari.

L'analogia, o addirittura l'assimilazione col sistema pubblico, dovrà, infatti, evidentemente arrestarsi tutte le volte in cui la disciplina delle prestazioni si riconnetta a quei caratteri strutturali del rapporto giuridico di previdenza complementare, che risultino positivamente o concettualmente incompatibili coi principi che presiedono alle assicurazioni sociali obbligatorie[21]. Ed in tal senso, come avremo modo di argomentare meglio tra breve, prima ancora del carattere libero e volontario dell'attivazione di tale rapporto, è il nesso strutturale di corrispettività tra contributi versati alla forma pensionistica e prestazioni da questa erogate, a fissare il limite invalicabile del ricorso all'analogia col sistema pubblico.

Volontarietà della tutela e corrispettività "contrattuale-previdenziale"[22] tra contributi e prestazioni segnano, infatti, pur in un quadro di complementarità funzionale tra i due "pilastri", il profilo di irriducibile differenza strutturale della previdenza complementare rispetto al sistema pensionistico pubblico[23]. Quell'elemento di differenza che fa sì che – alla stregua dell'impostazione concettuale fatta propria dalla stessa giurisprudenza costituzionale – della previdenza complementare si debbano "contestualmente predicare tanto la rilevanza ai fini del disegno costituzionale di sicurezza sociale, quanto la libertà (...)"[24]; in un'ottica che tenti, per l'appunto, di coniugare – come è nelle intenzioni del legislatore – "la rilevanza costituzionale dei bisogni tutelati dalla previdenza complementare – la sua ascrivibilità, insomma, all'art. 38, secondo comma, Cost. – e la sua libertà (anch'essa garantita dal quinto comma del cit. art. 38)"[25].

---

(21) In tal senso v. diffusamente Tursi, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, cit., p. 418 ss.

(22) Ivi, p. 418, e nel medesimo senso, in precedenza, Mazziotti, *Prestazioni pensionistiche complementari*, cit., p. 244 (cui per primo si deve l'essenziale chiarimento concettuale che "La corrispettività deve essere intesa come relativa alla posizione contributiva acquisita da ogni lavoratore, non allo svolgimento dell'attività lavorativa, anche se poi questa è il presupposto del pagamento dei contributi"), e M. Bessone, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, p. 96.

(23) Da cui, per fare solo un esempio di ovvia rilevanza, la inapplicabilità alla previdenza complementare del principio di automaticità delle prestazioni (e dei rimedi allo stesso specificamente connessi), in quanto logicamente riferibile al solo sistema pubblico obbligatorio. Cfr., in termini, più di recente, R. Vianello, *Garanzie e tutela dei diritti*, in corso di pubblicazione M. Cinelli (a cura di) *La previdenza complementare – Articolo 2123*, ne *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2009.

(24) Ancora Tursi, *op. ult. cit.*, p. 407.

(25) Ivi, p. 413. Nello stesso senso, volendo, v. già S. Giubboni, *La previdenza complementare fra libertà dei privati e funzionalizzazione all'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, III, p. 265 ss.

Va dunque espressa adesione alla tesi, del resto prevalente in dottrina[26], che, in sintonia con l'evoluzione legislativa, da un lato riconosce natura pienamente previdenziale alle prestazioni pensionistiche complementari, e dall'altro ne razionalizza i fondamentali tratti distintivi rispetto alle pensioni pubbliche in relazione al principio di libertà di cui all'ultimo comma dell'art. 38 Cost. In una logica, pertanto, che si fa carico di razionalizzare il difficile esercizio di combinazione, svolto dal legislatore, tra una forma di previdenza che concorre funzionalmente, con quella pubblica, alla garanzia della adeguatezza delle prestazioni e che, pur tuttavia, è retta sul duplice presupposto strutturale, da un lato, della facoltatività della attivazione e della volontarietà, su base individuale, dell'adesione e, dall'altro, della corrispettività tra apporto contributivo e prestazioni, in quanto tali soggette all'incertezza del risultato finale di tutela, in principio condizionato – non solo nel quantum – dalla aleatorietà delle dinamiche tipiche del mercato finanziario[27].

3. - Caratteri strutturali e lineamenti tipologici delle prestazioni pensionistiche complementari

L'art. 11 del D.Lgs. n. 252 del 2005 non riproduce più la formula con la quale l'art. 7, comma 5, del D.Lgs. n. 124 del 1993 dava espressa consacrazione al principio – cardine del sistema di previdenza complementare nel suo complesso ed essenziale elemento di caratterizzazione (e differenziazione) strutturale delle relative prestazioni[28] – alla cui stregua l'entità di queste ultime deve essere "determinata dalle scelte statutarie e contrattuali effettuate all'atto della costituzione di ciascun fondo pensione,

(26) Ad un tale esito la dottrina ormai prevalente giunge, peraltro, muovendo da premesse argormentative diverse e, talvolta, molto distanti: basti, per tutti, il riferimento alla nota impostazione di R. Pessi (di cui v. da ultimo *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008, spec. pp. 22-23 e 674 ss.), assai critico sull'opzione legislativa per la libertà d'adesione individuale, giudicata come sostanzialmente incoerente non solo col secondo comma dell'art. 38, ma anche con l'art. 39 Cost., ed a quella di Tursi, *op. loc. ult. cit.*, che nel sostenere – più convincentemente, a nostro avviso – una "piena compatibilità" (ivi, p. 413) tra funzione previdenziale rilevante ai fini dell'adeguatezza e libertà, costruisce il rapporto di previdenza complementare in termini, come visto, di corrispettività previdenziale "non lavoristica" (autonoma, quindi, e come tale svincolata dalla corrispettività, lavoristica ma non retributiva, del rapporto avente ad oggetto la contribuzione al fondo pensione). E ciò, sulla base di una lettura combinata dei commi 2 e 5 dell'art. 38, alla cui stregua "la rilevanza del principio di adeguatezza si traduce nella necessità costituzionale di una tutela effettiva" (ivi, p. 412), nel duplice senso, da un lato, della precostituzione di condizioni di reale opportunità di accesso – per tutti i lavoratori – alla previdenza complementare e, dall'altro, di delineazione di adeguate garanzie normative in ordine al conseguimento del diritto alla relativa prestazione. Cfr. *amplius* A. Tursi, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, spec. p. 123 ss.

(27) Cfr. Trib. Milano, 12 giugno 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 251 ss., con commento di P. Picciariello, *I contributi per la previdenza complementare sono computabili nel trattamento di fine rapporto*, che definisce, assai efficacemente, il rapporto di corrispettività previdenziale tra contributi e prestazioni complementari come "relazione sinallagmatica di carattere aleatorio tipica del sistema assicurativo".

(28) Cfr. solo il commento dedicato da M. Cinelli all'art. 7 del D.Lgs. n. 124 del 1993 in Id. (a cura di), *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1995, p. 196 ss.

secondo criteri di corrispettività ed in conformità al principio della capitalizzazione". Nulla, peraltro, lascia pensare che questa omissione, per quanto evidente e se si vuole sorprendente[29], possa avere un effettivo significato normativo e possa in particolare esser considerata significativa (non si dice di un abbandono, ma) anche solo di un arretramento del rilievo sistematico dei principi di corrispettività e capitalizzazione nella previdenza complementare[30]. La legge delega n. 243 del 2004 è in qualche modo tutta chiaramente preordinata a rinsaldare il rilievo complessivo del principio[31], e la più recente, pressoché completa riscrittura, da parte del D.Lgs. n. 28 del 2007, delle norme in materia di gestione finanziaria delle risorse delle forme pensionistiche complementari ne ha, a sua volta, oggettivamente rafforzato, pur senza riesplicitarlo nei termini netti dell'art. 7 del D.Lgs. n. 124 del 1993, il carattere di matrice e vincolo strutturale della previdenza complementare italiana, in linea con le indicazioni di fonte comunitaria[32].

Tra i commentatori del decreto è ad ogni modo unanime l'opinione che, a dispetto dell'assenza d'un'esplicita menzione, "criterio di corrispettività" e "principio di capitalizzazione" restino alla base del sistema di previdenza complementare[33], connotando in particolare la disciplina delle prestazioni. Ciò comporta – in termini di determinazione degli elementi strutturali caratterizzanti le prestazioni di previdenza complementare – due implicazioni di fondo.

La prima implicazione è che l'entità delle prestazioni è sempre condizionata dalla entità e dal rendimento finanziario della contribuzione complessivamente versata in favore dell'iscritto alla forma pensionistica complementare. Ciò è di più immediata evidenza per le forme pensionistiche a contribuzione definita, nelle quali è direttamente determinata soltanto l'entità dell'obbligazione contributiva a carico dei soggetti tenuti alle contribuzioni, con esclusione di qualunque obbligazione relativa alla prestazione finale a carico del fondo[34]. In dette forme – che rappresentato in modello generale ti-

---

(29) V. Tozzoli, *Le prestazioni*, cit., p. 755.

(30) I due termini – per quanto concettualmente riferibili a momenti distinti, l'uno attenendo alla determinazione delle prestazioni (e, più a monte, alla configurazione del rapporto giuridico di cui queste formano oggetto), l'altro riguardante il profilo della gestione finanziaria delle risorse con le quali le stesse vengono finanziate – sono in realtà strettamente correlati, rappresentando i due risvolti applicativi tipici di un unitario principio generale di corrispettività/capitalizzazione. Cfr. M. E. Salerno, *La gestione assicurativa delle risorse dei fondi pensione: caratteristiche e modalità di erogazione delle prestazioni complementari*, in *Assicurazioni*, 2003, I, p. 497 ss., spec. p 507.

(31) In particolare nella direttiva di parificazione/omogeneizzazione delle diverse forme pensionistiche operanti nel "mercato" della previdenza complementare italiana, come anche nella scelta di "stringere" i corrispondenti vincoli di adeguamento sui fondi preesistenti. Su quest'ultimo profilo v. A. Occhino, *Le forme pensionistiche cdd. "preesistenti"*, in Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 847 ss.

(32) Cfr. M. Corti, *La gestione delle risorse dei fondi pensione chiusi*, sempre in Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 641 ss.

(33) V. tra gli altri Tozzoli, *op. loc. ult. cit.*; O. Bonardi, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, in Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 552 ss., spec. p. 555.

(34) V. per tutti P. Palmisano, *La gestione dei fondi pensione tra pluralismo e* par condicio *tra gestori*, in *Contratto e impresa*, 1996, II, p. 1103 ss., spec. p. 1106.

pico (ed anche di fatto assolutamente preponderante) delineato dal decreto[35] – il fondo assume, nei confronti degli iscritti, unicamente un'obbligazione di mezzi, l'entità della (eventuale) prestazione finale essendo direttamente ed esclusivamente correlata all'effettivo rendimento della contribuzione affidata in gestione[36].

Ma ciò vale, a ben vedere, anche per le forme a prestazione definita, che la legge continua opportunamente a riservare a lavoratori autonomi e liberi professionisti[37]. Quelle forme si caratterizzano, infatti, per la predeterminazione dell'obbligazione del fondo nei confronti degli iscritti (in funzione o del livello di reddito o di quello del trattamento pensionistico obbligatorio), prevedendo, per contro, in corrispondenza, la variabilità della contribuzione a carico dei soggetti tenuti al relativo finanziamento. La differenza rispetto alle forme a contribuzione definita sta tutta in questa inversione dello schema di predeterminazione degli elementi che compongono il rapporto – che resta, in entrambi i casi, corrispettivo – tra prestazioni e contributi. Questa inversione si traduce, sotto il profilo giuridico, in una diversa configurazione degli obblighi assunti dal fondo (e, indirettamente, dal gestore), che nel caso delle forme a prestazione definita assume verso gli aderenti – a differenza di quanto si è osservato per gli schemi a contribuzione definita – un'obbligazione di risultato[38]. Ciò che fa sì, sotto il profilo finanziario, che le forme a prestazione definita si differenzino da quelle contribution defined "in quanto il rischio d'investimento è interamente a carico del gestore"[39].

Tale traslazione del rischio sul soggetto erogatore – impegnato alla garanzia di un determinato risultato prestazionale verso l'iscritto[40] – comporta la natura essenzialmente assicurativa delle operazioni negoziali e materiali all'uopo necessarie. Ciò è chiaramente indicato dallo stesso legislatore, allorquando stabilisce che per le forme

---

(35) L'unico consentito ai lavoratori dipendenti, sia privati sia pubblici, ai soci lavoratori di cooperative ed ai soggetti che svolgono lavoro di cura non retribuito derivante da responsabilità familiari, destinatari del D.Lgs. n. 565 del 1996 (v. l'art. 2, comma 2, del decreto, e già l'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 124 del 1993).

(36) O gestita direttamente, nelle ipotesi – eccezionali rispetto alla gestione in convenzione con gli intermediari abilitati – e nei modi consentiti dal decreto (v. l'art. 6).

(37) Sulle ragioni di tale riserva v., da ultimo, Bonardi, *Tassonomie*, cit., p. 592.

(38) Come una obbligazione di risultato lega la forma pensionistica all'impresa incaricata della gestione delle risorse tutte le volte in cui venga stabilita una garanzia di restituzione del capitale ovvero una garanzia di rendimento minimo del portafoglio finanziario: cfr. Bessone, *Previdenza complementare*, cit., p. 275. Anche in questo caso, quindi, analogamente a quanto si dirà tra un momento per le forme pensionistiche in regime di prestazione definita, si è in presenza di garanzie di tipo assicurativo. Si veda pure M. E. Salerno, *La gestione finanziaria delle risorse dei fondi pensione*, in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2001, I, p. 362 ss., spec. pp. 376-379.

(39) Palmisano, *La gestione dei fondi pensione*, cit., p. 1111.

(40) È pur vero, però, che anche nello schema a prestazione definita il rischio non è interamente addossato al fondo (e, indirettamente, sul piano dei risultati di gestione finanziaria, all'intermediario specializzato), giacché l'aderente resta esposto alle conseguenze, eventualmente negative, della variabilità dell'entità dell'obbligazione contributiva, tipica delle forme in parola. Essendo questa, come noto, la ragione principale per la quale le forme a prestazione definita sono riservate al lavoro autonomo e libero-professionale.

pensionistiche in regime di prestazione definita (oltre che per le eventuali prestazioni di invalidità e premorienza) sono in ogni caso stipulate apposite convenzioni con imprese assicurative (art. 6, comma 3, del decreto): sul presupposto, appunto, che "la prestazione definita nulla [sia] di diverso da una prestazione di garanzie assicurative che ha per oggetto obbligazioni di risultato, e non invece una attività di gestione del patrimonio nel senso proprio del termine"[41].

Sennonché, contrariamente a quanto sostenuto da autorevole dottrina[42], la suddetta (come visto parziale, e comunque onerosa) traslazione del rischio in capo all'erogatore, non comporta anche il superamento, ed a ben vedere neppure l'attenuazione, del nesso di corrispettività previdenziale che lega – anche nelle forme a prestazione definita – contributi e prestazioni del fondo. La corrispettività resta – quale elemento tipico del rapporto di previdenza complementare[43] – anche negli schemi a prestazione definita, solo che è mediata, o se si vuole è arricchita, da una garanzia (inevitabilmente onerosa) di tipo assicurativo. La predeterminazione del risultato prestazionale dovuto dal fondo al conseguimento dei requisiti pensionistici da parte dell'aderente, si pone pertanto pur sempre in rapporto di corrispettività col versamento dei contributi e con la gestione – di tipo assicurativo – delle risorse affluite alla forma pensionistica.

Né, per la stessa ragione, sembra corretto riferire soltanto alle forme a prestazione definita – sul presupposto di un nesso di implicazione necessaria con la gestione a ripartizione delle risorse del fondo – l'attuazione di una vera e propria, piena funzione previdenziale, ovvero di "solidarietà mutualistica tra gli iscritti"[44], in una logica di

---

(41) Così Bessone, *Previdenza complementare*, cit., p. 279. Il che spiega l'ulteriore previsione – contenuta sempre al comma 3 dell'art. 6 – giusta la quale nell'esecuzione di tale contratto (di assicurazione) non si applica l'art. 7 in tema di banca depositaria. Cfr. pure M. G. Iocca, *Imprenditorialità e mutualità dei fondi pensione chiusi*, Milano, 2005, p. 160.

(42) V. Persiani, *Previdenza complementare*, cit., p. 113.

(43) Va da sé che quanto osservato vale, indifferentemente, per le forme collettive come per quelle individuali di previdenza complementare. Ed invero, anche "la redditività dei fondi pensione su base contrattuale collettiva, e il livello delle prestazioni pensionistiche che essi riusciranno ad assicurare, dipendono dal risultato degli investimenti sul mercato finanziario delle risorse a disposizione dei fondi stessi": G. Santoro Passarelli, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, II, 2008, p. 1534 ss., qui p. 1536.

(44) Il riferimento è ancora a Persiani, *op. ult. cit.*, p. 112. L'argomento è svolto dall'illustre autore a sostegno della tesi giusta la quale, nelle forme a prestazione definita gestite secondo il meccanismo della ripartizione, non si configurerebbero posizioni soggettive intermedie degli iscritti nella fase di accumulo delle risorse, visto che, in tali ipotesi, mancano – per definizione, a differenza di quanto avviene negli schemi a contribuzione definita – "conti individuali" cui imputare, prima della maturazione del diritto alla prestazione, un capitale investito e un rendimento finanziario in favore dei singoli aderenti. L'argomentazione, per quanto suggestiva, resta tuttavia esposta alla fondata obiezione che in tutte le forme pensionistiche complementari – e perciò anche in quelle preesistenti (già) gestite secondo il regime della prestazione definita ed il criterio della ripartizione – debba ammettersi l'applicazione delle norme in tema di trasferimento o riscatto della posizione individuale, la quale è dunque sempre determinabile. In dottrina, cfr. in tal senso, tra gli altri, G. Dondi, *Il "riscatto della posizione individuale", presso fondi pensionistici complementari preesistenti alla riforma del 1993*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 1085 ss. (a commento critico di Trib. Milano, 26 febbraio 1999, ivi, p. 1084). Occorre dare peraltro atto

superamento del criterio di stretta corrispettività che si vorrebbe per converso proprio solo delle forme a contribuzione definita e a capitalizzazione[45]. Da un lato, infatti, una natura, oltre che una funzione, propriamente previdenziale deve essere predicata anche delle forme pensionistiche complementari a contribuzione definita e a capitalizzazione, le quali costituiscono del resto la forma tipica generale della tutela di previdenza complementare prevista dal decreto. Dall'altro lato, va contestata – già in base alle emergenze testuali di cui al decreto[46] – una correlazione necessaria tra forma a prestazione definita e gestione a ripartizione: possono infatti ben darsi forme a prestazione definita gestite in via prevalente secondo il sistema tecnico finanziario della capitalizzazione. Ripartizione e capitalizzazione rappresentano, in effetti, come è stato efficacemente osservato, "soltanto due diversi sistemi attuariali per assicurare l'idoneità dei flussi di ingresso a fronteggiare le prestazioni e a garantire la copertura anche delle obbligazioni nascenti dalle obbligazioni contributive in via di formazione, ma non influenzano il criterio di determinazione della prestazione"[47], rilevando, a tal fine, unicamente la circostanza che lo schema si configuri a contribuzione ovvero a prestazione definita.

Ma soprattutto – per venire al secondo portato di natura sistematica della impostazione accolta anche dal decreto del 2005 –, la necessaria corrispettività tra contributi e prestazioni implica, altresì, una consustanziale incertezza del risultato finale della tutela attivata con l'adesione alla forma pensionistica complementare[48]. Comporta, in altre parole, l'assenza di una garanzia "ultima" – che, come tale, potrebbe essere solo di tipo

---

che la questione è molto controversa, anche in giurisprudenza, registrandosi orientamenti diversi sulla applicabilità o meno, anche alle forme preesistenti a prestazione definita e a ripartizione, del disposto già contenuto nell'art. 10 del D.Lgs. n. 124 del 1993. La Cassazione sembra, anzi, aver più di recente discutibilmente fatto propria, al riguardo, una linea interpretativa restrittiva, consegnando in buona sostanza alle regole convenzionali fissate dalle "parti costituenti" il fondo preesistente (sia pure nei limiti di quanto ora previsto dall'art. 20, comma 2, del D.Lgs. n. 252 del 2005) la disciplina del trasferimento o del riscatto della posizione individuale, che vengono così sottratti alla diretta applicazione dell'art. 10, D.Lgs. n. 124 del 1993: v. Cass., 27 febbraio 2008, n. 5094, e Cass., 6 marzo 2008, n. 6042, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 933 ss., con commento di T. Erboli, *Portabilità della posizione contributiva individuale nei fondi preesistenti a ripartizione*: *lex dixit minus quam voluit*, cui si rinvia senz'altro, oltre che per i completi riferimenti, anche per le puntuali osservazioni critiche sugli arresti della Suprema Corte.

(45) Ma per l'osservazione che, da un lato, la gestione a capitalizzazione non esclude la mutualità e, dall'altro, il regime della contribuzione definita non elimina gli elementi (certo ridotti) di solidarietà collettiva, v. rispettivamente Iocca, *Imprenditorialità e mutualità dei fondi pensione chiusi*, cit., pp. 93-94, e Ciocca, Olivelli, *Le prestazioni*, cit., p. 238 del dattiloscritto.

(46) V. l'art. 17, comma 2, del decreto e, in precedenza, l'14-*quater*, del D.Lgs. n. 124 del 1993.

(47) Boer, *Previdenza complementare: trasferibilità e riscattabilità dell'intera posizione contributiva*, cit., p. 230, alla nota 4. E si veda anche, per spunti simili, Trib. Firenze, 21 marzo 2008, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 669 ss., con nota di A. Tursi, *Ammortizzatori sociali contrattuali e previdenza complementare*.

(48) D'altra parte, e sempre in via generale, va dato atto – con M. Cinelli, *sub art. 1*, in Id. (a cura di), *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*, cit., p. 176 – della "inesistenza di un rapporto reciprocamente condizionato tra gli importi delle prestazioni pensionistiche complementari e quelli delle prestazioni pensionistiche di base"; e ciò anche nella impostazione del D.Lgs. n. 252 del 2005, che pure rafforza rispetto al previgente decreto il rapporto di complementarità funzionale tra i due livelli.

pubblicistico[49] – in ordine allo stesso an, oltre che al quantum, del conseguimento della prestazione attesa[50].

Si è, invero, già potuto osservare come la garanzia attualmente offerta dall'apposito fondo costituito presso l'INPS ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. n. 80 del 1992, sia strutturalmente limitata – a prescindere dai pur rigorosi requisiti di accesso – ai soli contributi omessi dal datore di lavoro insolvente, rimanendo esclusa – secondo l'opinione maggioritaria – una qualunque garanzia finale circa l'an delle prestazioni pregiudicate dall'omissione contributiva. Né, evidentemente, esistono garanzie – diverse da quelle di tipo "preventivo", dirette ad assicurare il rispetto delle norme prudenziali sui corretti impieghi di risorse dei fondi[51] – contro il rischio intrinseco all'investimento nei mercati finanziari. Anche in questo caso, infatti, salvo il ricorso a meccanismi assicurativi[52], gli unici (assai deboli ed incerti) rimedi di carattere successivo saranno quelli – essenzialmente risarcitori – consentiti dal diritto comune delle obbligazioni e dalla disciplina di settore in presenza di comportamenti "patologici" dei soggetti responsabili della gestione delle risorse[53].

Se i caratteri strutturali del rapporto avente ad oggetto le prestazioni di previdenza complementare, sin qui delineati, mettono in evidenza una differenza di fondo rispetto al sistema della previdenza obbligatoria, pur nella comune funzione previdenziale degli istituti, l'analisi tipologica delle prestazioni pensionistiche complementari rivela, invece, già in relazione agli eventi cui è offerta protezione, una evidente analogia sistematica. Al riguardo va peraltro subito notato come l'art. 11 del decreto differisca nuovamente, sotto il profilo testuale, dalla previsione del "vecchio" art. 7 del D.Lgs. n. 124 del 1993. Ed, invero, a differenza della previsione del 1993, che indicava gli eventi protetti dalla previdenza complementare nella vecchiaia e nella anzianità, salva l'eventuale estensione

---

(49) V., peraltro, L. Francario, *Principio di sussidiarietà e competenza regionale in materia di previdenza complementare*, in Bessone, Carinci (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 15 ss., spec. p. 34, il quale osserva come siffatto tipo di garanzia pubblica di ultima istanza debba essere esclusa, ammettendo il sistema di previdenza complementare, quale attualmente configurato su base privatistica e ad adesione volontaria, soltanto forme di garanzia tipiche della disciplina dei mercati finanziari o, eventualmente, di stampo assicurativo. Sull'osservazione si può e si deve certamente convenire alla luce dell'attuale quadro normativo; e tuttavia, un rafforzamento di garanzie pubbliche del tipo già parzialmente prefigurato dall'art. 5 del D.Lgs. n. 80 del 1992, ma estese anche ad assicurare, a certe condizioni, il risultato finale della tutela pensionistica integrativa, non pare concettualmente incompatibile con l'attuale configurazione costituzionale "ibrida" della previdenza complementare. E su questo terreno, ci sembra che un ruolo significativo possa essere assolto, in prospettiva, anche dalle Regioni, nell'esercizio della competenza legislativa concorrente loro rimessa dall'art. 117 Cost.

(50) Cfr. per tutti Bonardi, *Tassonomie*, cit., p. 559.

(51) V. ora la nuova disciplina di ispirazione comunitaria introdotta dal D.Lgs. n. 28 del 2007. Appare utile il confronto con i principi valevoli, più in generale, per le attività di investimento in valori mobiliari, sui quali cfr., da ultimo, F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008.

(52) Relativi alla garanzia di restituzione del capitale o anche d'un determinato rendimento degli investimenti effettuati: v. gli artt. 6, comma 9, e 7-*bis* del decreto.

(53) Per una disamina sistematica di tali rimedi si rinvia a Vianello, *Garanzie e tutela dei diritti*, cit., p. 522 ss. del dattiloscritto.

della tutela (con congegni negoziali di tipo necessariamente assicurativo) ad invalidità e premorienza, l'attuale testo dell'art. 11 non contiene più la suddetta distinzione[54].

Si tratta di una differenza anche in tal caso evidente, cui la dottrina attribuisce, stavolta, significati diversi. Tra i commentatori del decreto tende a prevalere – in continuità con l'impostazione accolta dalla previgente disciplina (e considerata anche l'assenza, sul punto, di criteri direttivi innovativi nella legge delega) – la tesi per cui, anche in difetto d'una espressa riproposizione della distinzione tra vecchiaia ed anzianità, sarebbero comunque questi gli eventi tipici cui sono destinate, e debbono elettivamente rivolgersi, le forme di previdenza complementare, salva – ma in via solo eventuale e accessoria – l'attivazione di garanzie ulteriori per le ipotesi di invalidità e premorienza. Alla stregua di tale tesi, dunque, nulla sarebbe cambiato, sotto tale profilo, rispetto alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 124 del 1993[55], per cui anche oggi varrebbe un principio, di natura imperativa[56], di tipizzazione, sostanzialmente "chiusa"[57], degli eventi protetti dal sistema della previdenza complementare, quale visualizzato dal decreto[58]. In tale ottica, la mancata riproposizione della anzidetta distinzione andrebbe pertanto spiegata – in linea con la parallela evoluzione del sistema pubblico – in termini di "unificazione delle precedenti prestazioni pensionistiche di vecchiaia e di anzianità".[59]

Va peraltro dato atto che a questa lettura altra dottrina ha obiettato come, dalla formulazione letterale dei primi due commi dell'art. 11 del decreto[60], sarebbe dato desumere un rinvio sostanzialmente generale e onnicomprensivo a tutte le forme previdenziali ammesse nel regime obbligatorio di base, con pieno parallelismo tra sistema pubblico e complementare. In assenza di una tipizzazione ex lege degli eventi protetti, le fonti istitutive riacquisterebbero una piena libertà di manovra, onde non vi sarebbero più ostacoli di sorta a che queste ricomprendano "altri eventi, come l'infortunio sul lavoro, la malattia professionale, la tutela della famiglia in particolari condizioni economiche, ad esempio"[61].

---

(54) Anche se l'art. 6, comma 5, del decreto ripete la previsione giusta la quale per eventuali prestazioni di invalidità e premorienza sono in ogni caso stipulate apposite convenzioni con imprese assicurative.

(55) Per la quale v. soprattutto Tursi, *La previdenza complementare*, cit., p. 52 ss.

(56) V. M. Bessone, *Previdenza privata e fondi pensione. Il sistema delle fonti normative di un nuovo ordinamento di settore*, in Bessone, Carinci (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 199 ss., spec. p. 203.

(57) Secondo un'autorevole voce, peraltro, nella vigenza dello stesso D.Lgs. n. 124 del 1993 sarebbe stato consentito alla fonti istitutive introdurre forme di protezione per eventi, protetti anche dal sistema pubblico di base, diversi da anzianità, vecchiaia ed invalidità, con esclusione delle sole ipotesi non suscettibili di copertura di tipo pensionistico (quali, in primo luogo, la disoccupazione). Si veda in tal senso Cinelli, nel già citato commento all'art. 7 del D.Lgs. n. 124 del 1993.

(58) Cfr. in tal senso Bonardi, *Tassonomie*, cit., pp. 555 e 563; Tozzoli, *Le prestazioni*, cit., p. 752.

(59) F. Vallacqua, *La previdenza complementare per i dipendenti pubblici e privati*, Milano, 2008, p. 90.

(60) "1. Le forme pensionistiche complementari definiscono i requisiti e le modalità di accesso alle prestazioni nel rispetto di quanto disposto dal presente decreto. - 2. Il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisce al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari".

(61) Così Ciocca e Olivelli, *Le prestazioni*, cit., p. 242 del dattiloscritto. Nello stesso senso v. già G. Ciocca, *Previdenza e libertà nella riforma del 2004 e del 2005*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, cit., I, p. 326 ss., spec. p. 343.

La tesi – che non può peraltro superare il vincolo testuale che deriva, comunque, anche nell'art. 11 del decreto, dal riferimento alle sole forme di tutela pensionistica complementare – ha comunque il pregio di segnalare, specie in prospettiva, un più vasto spettro di capacità operative e funzionali delle fonti istitutive delle forme di previdenza integrativa. Le linee di politica del diritto più recenti – basti pensare, da ultimo, al Libro bianco del welfare[62] – segnalano invero una chiara proiezione nella direzione della attivazione, o in certi casi della rivitalizzazione, di funzioni extra-pensionistiche della previdenza complementare[63], a partire dal settore – in cui è direttamente prospettata una simbiosi con l'esperienza della bilateralità (importante nell'artigianato) – degli ammortizzatori sociali e del sostegno del reddito[64].

4. - I requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari

Si è ricordato sopra che nel corpo dell'art. 11 del decreto convivono – quasi a voler riassumere la cifra complessiva dell'odierno diritto della previdenza complementare in Italia – due logiche molto diverse, che il legislatore tenta, non senza difficoltà, di conciliare tra di loro. Nell'impianto della norma è, infatti, visibile, da un lato, un rafforzamento del nesso di complementarità, che diventa quasi di strumentalità funzionale con la previdenza pubblica di base, nell'obiettivo di assicurare agli iscritti "più adeguati livelli di copertura previdenziale" (art. 1, comma 1), e, dall'altro, un ampliamento degli spazi di libertà di scelta degli aderenti, tanto nella destinazione quanto nella fruizione del risparmio accumulato sia pure con finalità previdenziali. La prima logica emerge nettamente – come vedremo tra un momento – nella nuova disciplina dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari; la seconda è più chiaramente apprezzabile in taluni tratti della disciplina dettata ora dal decreto in tema di anticipazioni e riscatti, specie se vista in connessione con quella riguardante il delicato profilo della portabilità delle posizioni individuali.

---

(62) Pubblicato nel *Sole 24 Ore* di domenica 13 settembre 2009, e che fa seguito al precedente *Libro verde sul futuro del modello sociale - La vita buona nella società attiva*, del 25 luglio 2008, sul quale leggasi la serrata critica di M. Cinelli, *Il "welfare delle opportunità". A proposito del Libro verde sul futuro del modello sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, p. 353 ss. Una significativa apertura a un ulteriore allargamento delle funzioni della previdenza complementare – in un'ottica di "valorizzazione della previdenza privata in chiave di sussidiarietà e di complementarità" (Tursi, *Ammortizzatori sociali contrattuali*, cit., p. 688) – si trova, d'altra parte, anche nell'accordo quadro del 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali (di cui v., in particolare, il n. 2, punto 4). Cfr. F. Carinci, *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro del 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 177 ss., spec. p. 197.

(63) Non è certo nuova, peraltro, anche se stenta a radicarsi nella pratica, la funzione cui la previdenza integrativa può esser (e sarà sempre di più) chiamata nel campo della sanità. Si veda V. Putrignano, *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del servizio sanitario nazionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, p. 461 ss.

(64) Non va d'altra parte dimenticato che un sistema di ammortizzatori sociali di fonte contrattuale collettiva, saldamente collegato col sistema dei fondi pensione, è già da tempo in opera, in virtù di specifiche previsioni di fonte legale e regolamentare, nel settore del credito. Si rinvia all'analisi di G. Sigillò Massara, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008.

Quanto al primo profilo, si ricorderà come nella originaria impostazione fatta propria dall'art. 7 del D.Lgs. n. 124 del 1993, benché si introducessero per la prima volta requisiti inderogabili di fonte legale nell'accesso (prima rimesso alla completa libertà delle fonti istitutive)[65] alle prestazioni pensionistiche integrative, i fondi pensione mantenessero, comunque, un rilevante spazio di manovra nel modellare le effettive funzioni delle prestazioni dagli stessi erogate agli iscritti, le quali potevano continuare ad assolvere, in favore di questi ultimi, una (pur ridotta) funzione anticipatoria, o eventualmente anche sostituiva, rispetto alla tutela pensionistica pubblica. Ed, infatti, la "vecchia" disposizione del D.Lgs. n. 124 del 1993, da un lato consentiva l'accesso alle prestazioni pensionistiche di vecchiaia al compimento della stessa età pensionabile stabilita nel regime obbligatorio di appartenenza, con un minimo di cinque anni di partecipazione al fondo; dall'altro autorizzava il conseguimento del diritto alla pensione complementare di anzianità, alla condizione che fosse cessata la (sola) attività lavorativa comportante la partecipazione al fondo, nel concorso del requisito di almeno quindici anni di appartenenza al fondo medesimo e di un'età di non più di dieci anni inferiore a quella prevista dalla legge per il pensionamento di vecchiaia nel regime obbligatorio di riferimento.

L'accesso al pensionamento complementare – in una delle forme tipizzate dal decreto del 1993[66] – poteva, quindi, esser riconosciuto anche prima della maturazione dei requisiti per il conseguimento del diritto alla prestazione pubblica nel regime obbligatorio di appartenenza[67]. La tradizionale differenziazione tipologica tra fondi pensione integrativi, aggiuntivi e sostitutivi[68], non era pertanto superata dal D.Lgs. n. 124 del 1993, ma sopravviveva alle previsioni dello stesso, sia pure col vincolo del rispetto dei requisiti minimi di accesso introdotti dalla legge. Nel sistema previgente, la "stretta" su quei requisiti aveva come noto successivamente riguardato – dapprima con l'art. 15, comma 5, legge n. 335 del 1995[69], poi con la più ampia previsione di cui all'art. 59, comma 3, legge n. 449 del

---

(65) V. principalmente G. Ciocca, *Le prestazioni*, in Bessone, Carinci (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 427 ss., e già prima, della stessa autrice, *La libertà della previdenza privata*, Milano, 1998, p. 216 ss.

(66) Si tenga poi presente che per le prestazioni di invalidità, eventualmente contemplate dalla forma pensionistica mediante stipula d'apposite convenzioni con imprese assicurative, il D.Lgs. n. 124 del 1993 non dettava alcuno specifico requisito d'accesso, con la conseguente piena libertà delle fonti istitutive. Per tale notazione, Salerno, *La gestione assicurativa*, cit., p. 504.

(67) V., in particolare, Mazziotti, *Prestazioni pensionistiche complementari*, cit., p. 250, nonché Cinelli, *Commento sub articolo 7*, cit., p. 197.

(68) Sulla quale v., per tutti, Persiani, *La previdenza complementare*, cit., spec. pp. 97-98 e 110; Ciocca, *Le prestazioni*, cit., p. 428.

(69) Che aveva come noto aggiunto il comma 8-*quinquies* all'art. 18 del D.Lgs. n. 124 del 1993.

(70) La legge del 1997 non si era peraltro limitata a rafforzare e generalizzare il divieto di liquidazione delle pensioni integrative in assenza della maturazione dei requisiti per la liquidazione di quelle del regime obbligatorio di appartenenza, ma aveva esteso la "stretta" vincolistica ad altri delicatissimi profili della disciplina delle prestazioni pensionistiche complementari, quali quelli della perequazione automatica e del cumulo con i redditi di lavoro (allora, di massima, vietato, salvo eccezioni). Sul vivace dibattito accesosi in dottrina e in giurisprudenza sul significato e – soprattutto – sulla compatibilità col dettato costituzionale (anche) di tali vincoli, v. per tutti, più di recente, Tursi, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, cit., spec. p. 423. Per la linea interpretativa infine prevalsa nella giurisprudenza di legittimità sui limiti in punto di perequazione delle prestazioni integrative, v. Cass., 22 novembre 2006, n. 24777, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, p. 239 ss., con nota critica di F. Tognacci, *La pensione integrativa costituisce una forma di perequazione?*.

1997[70] – essenzialmente i fondi pensione preesistenti, dando la stura ad un vasto contenzioso giudiziario, infine sfociato dinanzi alla Corte costituzionale[71]. Il divieto di liquidare la pensione complementare in assenza della pensione di base[72], introdotto da quella disciplina a forte impronta vincolistica e "dirigistica"[73], era tuttavia passato indenne al vaglio di legittimità[74], offrendo alla Corte costituzionale l'occasione per la compiuta enunciazione della tesi del collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare e della collocazione di quest'ultima nel sistema dell'art. 38, comma 2, Cost.

Oggi, il quadro normativo offertoci dal decreto può agevolmente fondare sulla definitiva accettazione di quella tesi la piena funzionalizzazione delle condizioni di erogazione delle prestazioni pensionistiche complementari ai requisiti valevoli per i regimi di previdenza obbligatoria. Si spiega così la previsione dettata nell'art. 11, comma 2, del decreto, alla cui stregua, appunto, il diritto alla prestazione pensionistica complementare "si acquisisce al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari". Il legislatore del 2005 ha con essa voluto imprimere una chiara connotazione vincolistica alla disciplina sui requisiti d'accesso alle prestazioni pensionistiche complementari, stabilendo un generale assoggettamento alle regole vigenti nella previdenza di base.

Il vincolo di natura imperativa e di connotazione pubblicistica[75], dunque, si è sensibilmente rafforzato, ed il legame funzionale tra il livello obbligatorio e quello complementare è più forte che in passato[76]. E lo è a tal punto da far sospettare che oramai i requisiti di accesso stabiliti nel sistema pubblico si impongano per rinvio dinamico nel sistema della previdenza complementare, togliendo alle relative fonti istitutive – a dispetto di quanto disposto dal primo comma dell'art. 11 del decreto – qualunque reale spazio di libertà al riguardo[77]. Il sospetto non pare, invero, del tutto infondato, anche se sembra dover essere ancor oggi preferita la tesi, prevalente in dottrina con riguardo alla disciplina previgente[78], alla cui stregua, anche nel D.Lgs. n. 252 del 2005, il rinvio "al regime previdenziale di base non implica sovrapposizione delle

---

(71) Ripercorre la vicenda G. Ciocca, *Profili di legittimità costituzionale nel rapporto tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 118 ss.

(72) Per una puntuale ricostruzione di quel divieto, così come dilatato e perfezionato dalla normativa del 1997, v. soprattutto P. Boer, *il divieto di liquidare la pensione integrativa in assenza della pensione di base*, in *Inf. prev.*, 1997, p. 527 ss.

(73) G. Zampini, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, p. 34.

(74) Cfr., per tutte, la celebre sentenza n. 393 del 2000 della Corte costituzionale.

(75) Quel vincolo funzionale che distacca la previdenza complementare da una funzione di mero risparmio privato, anche nelle forme pensionistiche individuali, cui infatti si applica – in principio – la stessa disciplina di quelle collettive (anche) in tema di prestazioni (artt. 12, comma 3, e 13, comma 1, del decreto). Cfr. Pessi, *Una lezione di etica della politica*, cit., p. 971.

(76) In tal senso, sia pure in termini critici, Ciocca e Olivelli, *Le prestazioni*, cit., p. 233 del dattiloscritto.

(77) È questa, in buona sostanza, la lettura suggerita, sia pure in un'ottica fortemente critica verso le scelte del legislatore, ancora da Ciocca e Olivelli, *op. ult. cit.*, p. 274 del dattiloscritto.

(78) V. soprattutto Boer, *Il divieto di liquidare la pensione integrativa*, cit., pp. 534-535, e Tursi, *La previdenza complementare*, cit., pp. 59-60.

due discipline. Il diritto alla pensione complementare matura a condizioni distinte (e più favorevoli) rispetto a quelle che riguardano la pensione di base, ed è soltanto l'efficacia del diritto che viene differita, in rapporto alla data di maturazione del diritto alla pensione di base"[79].

Il rinvio ai requisiti d'accesso previsti nel sistema pubblico[80] – nel condizionare quantomeno la liquidazione, e dunque l'effettivo godimento della prestazione pensionistica complementare – ripropone, tra gli altri, anche con riferimento alla nuova disciplina, un problema colpevolmente trascurato dal legislatore nazionale e, tuttavia, di rilevante portata, anche pratica. Quel rinvio, infatti, solleva una evidente questione di discriminazione tra uomini e donne nell'accesso al trattamento pensionistico complementare.

I trattamenti di previdenza integrativa o complementare – secondo una giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee più che consolidata, che ha nella sentenza Barber[81] il suo precedente più noto[82] – rientrano, infatti, nella nozione di retribuzione assunta dall'art. 141 del Trattato CE. È del resto lo stesso diritto comunitario derivato – da ultimo con la direttiva di rifusione 2006/54/CE – a chiarirlo senza margini di incertezza. La previsione di requisiti di accesso alle prestazioni differenziati per uomini e donne, in particolare con riferimento all'età pensionabile stabilita per il godimento della pensione di vecchiaia[83], comporta, quindi, all'evidenza, una diretta discriminazione a danno dei soggetti sfavoriti (nella specie, i lavoratori di sesso maschile). Onde appare del tutto corretto affermare che "l'art. 11 del D.Lgs. 252/2005, collegando l'accesso alle prestazioni complementari all'età pensionabile stabilita dal regime pubblico obbligatorio, reintroduce la differenziazione di età, in violazione della normativa comunitaria, per quanto riguarda i lavoratori dipendenti, per i quali il principio di parità si applica sin dal 1990"[84].

---

(79) M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2008, p. 592; in senso adesivo anche Vianello, *Garanzie e tutela dei diritti*, cit., p. 487.

(80) Non è evidentemente questa la sede per soffermarsi *ex professo* ed in modo analitico sui requisiti di accesso alle pensioni di vecchiaia ed anzianità nel sistema "retributivo" ovvero alla prestazione cosiddetta "unificata" di vecchiaia contemplata nel regime contributivo di calcolo della prestazione pubblica. Quei requisiti, profondamente modificati in senso restrittivo quanto all'età di pensionamento dalla legge n. 243 del 2004, sono stati come noto più di recente rivisti, secondo una logica di maggiore gradualità dell'innalzamento del requisito anagrafico, dalla legge n. 247 del 2007, recante norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili. Si rinvia a G. Canavesi, *Pensioni di anzianità, decorrenze, età pensionabile*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Torino, 2008, p. 543 ss., nonché a M. Gambacciani, *Coerenze e contraddizioni dell'ennesima riforma previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 111 ss.

(81) Causa C-262/88, *Barber*, in *Racc.*, 1990, I, p. 1889.

(82) Ed anche più discusso; si rinvia – anche per gli opportuni riferimenti – a D. Izzi, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario*, in Bessone, Carinci (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 63 ss., cui *adde*, più di recente, P. Watson, *EU Social and Employment Law*, Oxford, 2009, p. 463 ss.

(83) Che nel settore del lavoro privato resta, rispettivamente, di 65 anni per gli uomini e di 60 anni per le donne, secondo quanto risulta, ad oggi, dal combinato disposto degli artt. 1, comma 6, lettere a) e b), legge n. 243 del 2004 e art. 1, commi 1 e 2, legge n. 247 del 2007.

(84) O. Bonardi, *I destinatari della previdenza complementare*, in Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 578 ss., qui p. 580.

Con riguardo al lavoro subordinato si tratta, dunque, di discriminazione contrastante col principio fondamentale direttamente sancito dall'art. 141 del Trattato CE, con tutte le conseguenze che ne derivano[85]. Una legittima differenza di trattamento tra uomini e donne è invero consentita non in relazione ai requisiti (in specie anagrafici) di accesso alle prestazioni, ma semmai nell'uso di indici attuariali diversi nei due casi[86], che tengano conto – secondo la più volte ricordata logica di corrispettività che caratterizza il rapporto di previdenza complementare – delle diverse aspettative di vita dei due sessi[87].

Questo breve profilo problematico della disciplina in tema di requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari può concludersi con un'ultima notazione, che introduce del resto direttamente al tema oggetto del prossimo paragrafo. Il D.Lgs. n. 252 del 2005 ha attenuato il rigore condizionante del rinvio alla disciplina della pensione di base, non solo prevedendo (seppur a determinate, rigorose condizioni) la possibilità di godere anticipatamente delle prestazioni pensionistiche complementari (anche in assenza, quindi, della maturazione dei requisiti per il trattamento nel regime pubblico di appartenenza)[88], ma preoccupandosi, altresì, di introdurre una clausola di flessibilità anche in senso opposto. L'art. 8, comma 11, del decreto consente, infatti, di posticipare il godimento della pensione complementare, pur in presenza della maturazione dei requisiti per quella pubblica. La norma stabilisce, in particolare, che la contribuzione alle forme pensionistiche complementari possa essere proseguita volontariamente oltre il raggiungimento dell'età pensionabile prevista dal regime obbligatorio di appartenenza, a condizione che l'aderente, alla data del pensionamento, possa far valere almeno

---

(85) Si tratta di conseguenze dotate, potenzialmente di notevole impatto ed incidenza anche operativa, visto che l'art. 141 del Trattato CE è norma direttamente invocabile negli stessi rapporti interprivati. Il legislatore italiano è stato, del resto, di recente "sensibilizzato" al tema, in relazione alla ben nota vicenda originata della diversa età pensionabile prevista dal nostro ordinamento nei regimi pensionistici del pubblico impiego. Vicenda come noto sfociata nella sentenza del 13 dicembre 2008 (in causa C-46/07, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*), con la quale la Corte di giustizia ha statuito che, mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto di percepire la pensione di vecchiaia ad età diverse a seconda che siano uomini o donne, l'Italia è venuta meno agli obblighi comunitari che impongono la parità di retribuzione tra i sessi ai sensi dell'art. 141 del Trattato CE (si vedano le opinioni raccolte nel fascicolo n. 1 del 2009 della *Riv. dir. sic. soc.*, ove in particolare i contributi di P. Sandulli, V. Piccone, G. Ciocca, I. Corti, F. Pammolli e N. C. Salerno, e di B. Grandi, cui *adde*, da ultimo, in relazione all'analoga conclusione raggiunta dai giudici di Lussemburgo per l'ordinamento ellenico nella causa C-559/07, i rilievi di G. Turatto, *Ancora sulla disparità di trattamento tra i sessi con riferimento all'età pensionabile*, ivi, p. 470 ss.). Il legislatore nazionale sì è adeguato alla sentenza della Corte stabilendo – con l'art. 22-*ter* della legge 3 agosto 2009, n. 102 (di conversione del d.l. n. 78 dello stesso anno sui provvedimenti anticrisi) – un graduale innalzamento dell'età di accesso al pensionamento delle dipendenti pubbliche, sino al raggiungimento, a regime, della stessa età (di sessantacinque anni) prevista per gli uomini.

(86) Come chiarito dalla stessa Corte di giustizia CE, nella causa C-152/91, *Neath*, in *Racc.*, 1993, I, p. 6953.

(87) È perciò del tutto legittimo – nelle ipotesi di erogazione delle prestazioni di previdenza complementare in forma di rendita – prevedere coefficienti di conversione diversi per sesso, oltre che per età. Cfr. Vallacqua, *La previdenza complementare*, cit., p. 191.

(88) E v. su questo il § che segue.

un anno di contribuzione nel fondo pensione[89]. In tal caso, viene fatta salva la volontà del soggetto che decida di proseguire volontariamente la contribuzione di determinare autonomamente il godimento di fruizione delle prestazioni pensionistiche della forma complementare.

La previsione – nel far propria un'opportuna logica di tutela del risparmio previdenziale affluito al fondo pensione[90] – rappresenta un'importante "valvola di sicurezza" per gli aderenti, specialmente in quei casi – drammaticamente messi in evidenza dalla crisi finanziaria in atto – nei quali una particolare, contingente depressione dei valori di mercato del montante accumulato sconsigli, appunto, di fruire immediatamente del trattamento complementare[91]. In questi casi, l'utilizzo della facoltà accordata dalla norma può infatti consentire all'aderente di posticipare il godimento della prestazione pensionistica complementare "per tutto il tempo necessario a vedere risollevati i valori di borsa"[92].

5. - Il nuovo regime delle anticipazioni e dei riscatti

Nello schema visualizzato dal decreto, una volta conseguiti i requisiti per la maturazione e la liquidazione della prestazione pensionistica complementare, l'erogazione della stessa interamente in forma di rendita costituisce l'ipotesi naturale e, per così dire, fisiologica, in quanto più consona a soddisfare le finalità previdenziali indicate dal primo comma dell'art. 1. L'erogazione in forma di rendita esibisce anche i tratti tipici di un'operazione assicurativa[93], e per questo il decreto dispone che le forme pensionistiche complementari vi provvedano mediante la stipula di apposite convenzioni con imprese di assicurazione autorizzate ai sensi del D.Lgs. n. 209 del 2005[94]. Va peraltro considerato che, a certe condizioni, la COVIP può autorizzare l'erogazione diretta delle rendite. Ciò risulta dal combinato disposto degli artt. 6, comma 3, e 7-bis del decreto, che prevedono, da un lato, la possibilità della suddetta autorizzazione avuto riguardo all'adeguatezza dei

(89) V. A. Sgroi, *Previdenza complementare e destinazione del TFR*, Torino, 2007, p. 52.
(90) Cfr. V. Ferrante, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del TFR*, in Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 696 ss., spec. pp. 711-712.
(91) Si vedano gli *Orientamenti in merito alla possibilità di permanere presso la forma pensionistica oltre la maturazione dei requisiti per la prestazione pensionistica complementare*, emanati dalla COVIP il 6 novembre 2008.
(92) V. Ferrante, *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, p. 15 del dattiloscritto.
(93) Come è stato ben spiegato, a seguito dell'esercizio del diritto, "il valore della posizione individuale, eventualmente integrato della garanzia di risultato, al netto dell'eventuale quota di prestazione da erogare in forma di capitale, viene impiegato quale premio unico per la costituzione di una rendita vitalizia immediata o di altre forme di rendita vitalizia. La trasformazione del capitale in una prestazione periodica avviene applicando dei coefficienti di conversione differenziati per sesso ed età, che tengono conto dell'andamento demografico della popolazione": Vallacqua, *op. loc. ult. cit.*.
(94) Cfr. Palmisano, *La gestione dei fondi pensione*, cit., p. 1116.

mezzi patrimoniali costituiti e alla dimensione del fondo per numero d'iscritti e, dall'altro, l'obbligo di munirsi di mezzi patrimoniali commisurati al complesso degli impegni direttamente assunti per le forme che assumono rischi biometrici o garantiscono un determinato rendimento degli investimenti o un dato livello di prestazioni.

Ma se la rendita costituisce, in principio, la modalità erogativa tipica dei fondi pensione, in coerenza col rafforzamento del vincolo con la previdenza di base, va nondimeno dato atto che l'erogazione in capitale potrebbe rappresentare un'ipotesi tutt'altro che eccezionale alla luce delle nuove disposizioni del decreto. Dalle quali – come è stato notato stigmatizzando l'incongruenza del legislatore – "spicca l'allentamento dei vincoli, anche fiscali, per le prestazioni in capitale, il che si pone in rotta di collisione perfino con la pur liberale impostazione comunitaria"[95]. La regola generale – ora enunciata dall'art. 11, comma 3, del decreto[96] – è nel senso che le prestazioni pensionistiche, in regime sia di contribuzione che di prestazione definita, possano essere erogate in capitale, secondo il loro valore attuale, fino ad un massimo del cinquanta per cento del montante finale accumulato dall'aderente[97]. Ma ad ampliare "significativamente i confini dell'ipotesi in cui tale vincolo può essere superato"[98], provvede immediatamente dopo la previsione giusta la quale, nel caso in cui la rendita derivante dalla conversione di almeno il 70 per cento del montante finale sia inferiore al 50 per cento dell'assegno sociale di cui all'art. 3, commi 6 e 7, della legge n. 335 del 1995, la stessa può essere interamente erogata in capitale. Ed in base ai dati disponibili, allo stato praticamente "tutti gli attuali iscritti rientrano in tale previsione"[99], che da eccezione può, perciò, di fatto, aspirare a porsi come regola.

Più ampi margini di libertà individuale connotano, oggi, nel suo insieme, anche la nuova disciplina dettata dal decreto in materia di anticipazioni[100], mentre più incerta

---

(95) Tursi, *Note introduttive*, cit., p. 541.

(96) L'art. 7, comma 6, del D.Lgs. n. 124 del 1993 lasciava invece alle fonti costitutive la possibilità di prevedere la facoltà del titolare del diritto di richiedere la liquidazione pensionistica complementare in capitale per un importo non superiore al cinquanta per cento dell'importo maturato (salvo che l'importo annuo della rendita non risultasse di ammontare inferiore, allora, al 50 per cento dell'assegno sociale).

(97) Secondo la discutibile interpretazione proposta da Ciocca e Olivelli, *Le prestazioni*, cit., p. 249, la nuova letterale formulazione della disposizione in parola starebbe ad indicare "tutta la discrezionalità in capo alla forma pensionistica complementare relativamente all'accoglimento della richiesta del lavoratore". In realtà, come ben chiarito dalla stessa Autorità di vigilanza, quel "possono" utilizzato dal comma 3 dell'art. 11 del decreto, sta solo ad indicare la facoltà degli aderenti di richiedere la liquidazione della prestazione in capitale nel limite del 50 per cento della posizione maturata.

(98) Tozzoli, *Le prestazioni*, cit., p. 760.

(99) R. Pessi, *Riflessioni sulla obbligatorietà della previdenza complementare per via di autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 910, anche per gli opportuni riferimenti ed indicazioni. Come rileva D. Mezzacapo, *Le prestazioni erogate dai fondi pensione*, in Santoro Passarelli, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, cit., p. 191 ss., spec. p. 194, tale minore rigidità della disciplina sulla erogazione in capitale delle prestazioni, se da una parte "potrebbe non risultare del tutto coerente con il collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, d'altra parte (…) appare giustificata in un'ottica di incentivazione delle adesioni al sistema della previdenza complementare".

(100) Cfr. Tursi, *op. ult. cit.*, p. 548.

appare, dopo la riforma, la ratio complessiva della normativa sul riscatto delle posizioni individuali, che sembra invero oscillare tra opzioni restrittive e di rafforzamento dei vincoli di disponibilità e scelte viceversa ispirate a criteri liberalizzanti[101]. Le due fattispecie si collocano, a rigore, già oltre la problematica delle prestazioni, avendo ad oggetto piuttosto la posizione contributiva individuale maturata dal soggetto presso la forma pensionistica complementare. Anticipazioni e riscatti condividono, tuttavia, con tale problematica – come traspare dalla stessa sequenza delle disposizioni del decreto – un indubbio momento di continuità, nella misura in cui la relativa disciplina ha la funzione di delineare, con quella delle prestazioni, i termini in cui i destinatari della previdenza complementare – al di là delle differenze strutturali tra le singole fattispecie[102] – possono complessivamente fruire del risparmio accumulato nelle forme pensionistiche alle quali hanno aderito.

Venendo rapidamente alla disciplina dettata per le anticipazioni dall'art. 11 del decreto ai commi 7-9, è agevole rilevare la volontà del legislatore del 2005 di ampliare le possibilità di accesso a tale istituto, in una prospettiva di piena parificazione tra forme individuali e collettive[103], col trasparente intento "di non rendere il conferimento del TFR alle forme pensionistiche meno appetibile del mantenimento dello stesso presso il datore di lavoro"[104]. Dal confronto con la disciplina dettata in tema di anticipazioni dall'art. 2120 c.c.[105], emerge peraltro un quadro composito, nel quale gli incentivi alla destinazione delle quote di accantonamento al TFR a finalità di previdenza complementare sono controbilanciati da profili per i quali resta più conveniente, in astratto, conservare il trattamento di fine rapporto nella sua originaria configurazione retributiva[106].

Secondo la previsione contenuta nel comma 7 dell'art. 11 del decreto, gli ade-

---

(101) Cfr. G. De Simone, *Riforma del TFR e previdenza complementare, tra neopaternalismo pubblico e autonomia privata*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 605 ss., spec. p. 625, che nota giustamente come il "*trade off* realizzato dal legislatore tra promozione della previdenza complementare e tutela della libertà di allocazione finanziaria dei lavoratori" risulti, sul punto, particolarmente problematico.

(102) Ovvie differenze strutturali connotano, del resto, le stesse fattispecie dell'anticipazione e del riscatto, totale o parziale. Ed, invero, mentre con l'anticipazione si realizza "la possibilità di sottrarre una parte del risparmio previdenziale, accantonato ai fini pensionistici, dalla sua destinazione originaria, per destinarla al soddisfacimento di esigenze personali considerate dalla legge prioritarie rispetto alla costituzione di un trattamento pensionistico complementare, con facoltà di reintegrare la posizione individuale", il riscatto costituisce un prelievo che, pur avendo finalità simili, a differenza dell'anticipazione "comporta un recesso totale o parziale dal fondo pensione": G. Volpe Putzolu, *Le forme pensionistiche individuali*, in Bessone, Carinci (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 454 ss., qui p. 457.

(103) La nuova normativa supera, infatti, il divieto, già contenuto nell'art. 9-*bis*, comma 4, ultimo periodo, D.Lgs. n. 124 del 1993, di corrispondere anticipazioni nelle forme pensionistiche individuali, che vengono perciò ora equiparare a quelle collettive anche sotto tale importante profilo. Va peraltro notato che la previgente disciplina compensava tale divieto nelle forme individuali consentendo, negli stessi casi in cui concedeva le anticipazioni in quelle collettive, di procedere al riscatto, anche parziale, della posizione individuale (v. l'art. 10, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 124 del 1993).

(104) Mezzacapo, *Le prestazioni*, cit., p. 194.

(105) Su cui v., più di recente, G. Santoro-Passarelli, *Il trattamento di fine rapporto*, ne *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2009, p. 85 ss.

(106) Rinviamo ai condivisibili rilievi di Bonardi, *I destinatari della previdenza complementare*, cit., p. 586.

renti alle forme pensionistiche complementari (indifferentemente collettive o individuali) possono chiedere[107] un'anticipazione della posizione individuale maturata nei seguenti termini: a) in qualsiasi momento e per un importo non superiore al 75 per cento, per spese sanitarie a seguito di gravissime situazioni relative a sé, al coniuge ed ai figli per terapie o interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche, con applicazione dello stesso vantaggioso trattamento fiscale previsto per le prestazioni[108]; b) decorsi otto anni di iscrizione, per un importo non superiore al 75 per cento, per l'acquisto (è da ritenere anche in itinere) o per la ristrutturazione della prima casa di abitazione per sé o per i figli, debitamente documentati nei modi di legge; c) sempre decorsi otto anni di iscrizione, ma per un importo non superiore al 30 per cento, per ulteriori esigenze degli aderenti, applicandosi anche qui sulle somme erogate (al netto dei redditi già tassati), come nella precedente ipotesi, una ritenuta a titolo d'imposta del 23 per cento. Le somme percepite a titolo di anticipazione non possono mai eccedere, nel loro complesso, il 75 per cento del totale dei versamenti[109], comprensivi delle quote di TFR, effettuati in favore del fondo, maggiorati delle plusvalenze realizzate nel corso del tempo; le anticipazioni possono, inoltre, essere sempre reintegrate, su iniziativa dell'aderente, in qualsiasi momento, anche mediante contribuzioni annuali eccedenti il limite di 5.164,57 euro, previsto per la deducibilità fiscale dei contributi dall'art. 8, comma 4, del decreto[110].

I punti di forza di questa disciplina, e di chiaro vantaggio comparativo rispetto alle regole in tema di anticipazioni del TFR, oltre nel più favorevole trattamento fiscale riconnesso in specie all'ipotesi di cui alla lettera a), risiedono soprattutto nell'assenza

---

(107) Ciocca e Olivelli, *Le prestazioni*, cit., p. 270 del testo dattiloscritto, interpretano letteralmente (e a nostro avviso erroneamente) la locuzione usata dal legislatore ("possono richiedere"), nel senso che le anticipazioni, a differenza delle prestazioni, non sarebbero oggetto di un diritto, bensì di una mera "aspettativa", che si concretizzerebbe, giustappunto, nella possibilità per l'aderente di richiedere, in presenza dei requisiti e delle causali che si stanno per ricordare, la liquidazione anticipata (di parte) della posizione individuale, ferma, però, "la possibilità di diniego da parte del fondo rispetto alla richiesta dell'iscritto". Si deve tuttavia obiettare che una tale supposta degradazione della posizione giuridica soggettiva dell'aderente, non solo non emerge dalla lettera del decreto, dalla quale risulta per contro l'attribuzione immediata (cioè, *ex lege*) di un diritto in favore degli iscritti, ma appare in palese contrasto con la complessiva *ratio* della riforma e, a monte, coi criteri direttivi della legge n. 243 del 2004.

(108) È infatti previsto che, sull'importo erogato a tale titolo di anticipazione al netto dei redditi già assoggettati ad imposta, si applichi una ritenuta con aliquota del 15 per cento, ridotta di una quota pari a 0,30 punti percentuali per ogni anno eccedente il quindicesimo anno di partecipazione a forme pensionistiche complementari, con un limite massimo di riduzione di sei punti percentuali. Si rammenterà, inoltre, che i crediti relativi alle somme erogate a tale titolo di anticipazione sono sottoposti agli stessi limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità delle pensioni del sistema pubblico obbligatorio, *ex* comma 10 del medesimo art. 11 del decreto.

(109) Tale limite, al pari degli altri specificamente riguardanti le menzionate causali di accesso, non figurava nell'art. 7, comma 4, del D.Lgs. n. 124 del 1993 che, almeno da questo punto di vista, dettava dunque una disciplina più favorevole per gli iscritti.

(110) Sulle somme eccedenti il predetto limite, corrispondenti alle anticipazioni reintegrate, è riconosciuto al contribuente un credito d'imposta pari all'imposta pagata al momento della fruizione dell'anticipazione, proporzionalmente riferibile all'importo reintegrato (come dispone ancora l'art. 11, comma 8, del decreto).

di requisiti di carattere temporale, sempre in tale prima ipotesi, e nella notevole dose di flessibilità garantita – in termini che sono invero apparsi a molti commentatori poco coerenti con la destinazione previdenziale delle risorse versate al fondo pensione – dalla fattispecie aperta e residuale relativa alle "ulteriori esigenze degli aderenti". Anche se, in particolare sotto tale ultimo profilo, non deve essere trascurato quell'elemento generale di flessibilità che deriva, alla disciplina delle anticipazioni di cui all'art. 2120 c.c., dalla possibilità di introdurre deroghe in melius su base contrattuale collettiva o anche individuale[111].

Sul connesso tema del riscatto, totale o parziale, della posizione individuale, l'art. 14 del decreto compie, invece, come accennato, scelte di segno diverso, non riconducibili ad una logica unitaria. Di massima può infatti dirsi che la nuova disciplina accolga una impostazione generale molto più limitativa rispetto a quella già fatta propria dall'art. 10 del D.Lgs. n. 124 del 1993, che consentiva sempre il riscatto totale della posizione individuale dell'iscritto in caso di perdita, da parte dello stesso, dei requisiti di partecipazione alla forma pensionistica[112]. Assumendo a termine di confronto tale disposizione, non può invero dubitarsi che oggi "il riscatto è meno libero rispetto al passato"[113].

Ai sensi dell'art. 14 del decreto, il riscatto è espressamente consentito in forma parziale, nella misura del 50 per cento della posizione individuale maturata, nei soli casi di cessazione dell'attività lavorativa che comporti la "inoccupazione" (come reca testualmente quanto impropriamente la disposizione) per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità e cassa integrazione guadagni, sia ordinaria che straordinaria (comma 2, lettera b). Mentre il riscatto totale della posizione individuale maturata è consentito per i casi di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo o a seguito di cessazione dell'attività lavorativa cui consegua la "inoccupazione" del soggetto per un periodo di tempo superiore a 48 mesi (comma 2, lettera c)[114].

Le restrizioni, attinenti sia ai requisiti temporali che a quelli causali, sono evidenti,

---

(111) Né può sottacersi, a mo' di appunto critico alla discutibile omissione del decreto, la circostanza che l'art. 11 dello stesso non faccia riferimento alcuno alla possibilità di anticipazione durante la fruizione di congedi parentali o formativi, prevista invece per il trattamento di fine rapporto (v. gli artt. 5 e 6 della legge n. 53 del 2000 e 32 del D.Lgs. n. 151 del 2001). Anche nel vigore della vecchia disciplina per vero risultavano carenze sotto tale profilo, ma quantomeno si prevedeva espressamente la possibilità che i regolamenti dei fondi pensione contemplassero l'anticipazione della posizione individuale per esigenze legate alla formazione, anche "continua", del lavoratore (v. le considerazioni critiche di De Simone, *Riforma del TFR e previdenza complementare*, cit., p. 622). Deve peraltro osservarsi come tale facoltà possa essere recuperata, anche nel vigente ordinamento, proprio grazie alla previsione "aperta" di cui alla lettera c) del comma 7 dell'art. 11 del decreto (sia pure con i forti limiti quantitativi ivi previsti). Sul punto v. anche Mezzacapo, *Le prestazioni*, cit., p. 196, in nota.

(112) V. per tutti Tursi, *La previdenza complementare*, cit., p. 430 ss.

(113) Vianello, *Garanzie e tutela dei diritti*, cit., p. 538 del dattiloscritto.

(114) Tale facoltà è tuttavia esclusa nel quinquennio precedente la maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari (ultima parte della lett. c del comma 2 dell'art. 11). In questi casi il soggetto viene infatti ammesso al godimento anticipato della prestazione (in rendita o in capitale).

e sono apparse anzi non a torto eccessive[115], soprattutto se si pensa ad un utilizzo efficace della facoltà di riscatto della posizione maturata presso la forma pensionistica in termini di "ammortizzatore sociale" di natura contrattuale per il caso di disoccupazione. E d'altra parte, nella stessa prospettiva, risulta del tutto incongrua la equiparazione dello stato di disoccupazione ultra annuale alla sospensione del rapporto con accesso alla cassa integrazione guadagni (indifferentemente straordinaria e ordinaria), così come stabilito ai fini del riscatto parziale dalla richiamata lettera b) del comma 2 dell'art. 14 del decreto[116].

La possibilità quantomeno di attenuare le negative conseguenze derivanti per l'iscritto da tali rigoristici ed incongrui limiti viene offerta, peraltro, dallo stesso art. 14 del decreto, laddove al quinto comma fa riferimento, sia pure al fine di determinare la meno favorevole aliquota da applicare sulle somme riscattate per dette evenienze, a "un riscatto per cause diverse da quelle di cui ai commi 2 e 3". Secondo la corretta interpretazione subito fornita dalla COVIP[117], tale disposizione – pur senza prefigurare ipotesi di libera recedibilità e riscattabilità da parte dell'aderente, inammissibili anche nel vigente quadro normativo[118] – autorizza nondimeno le forme pensionistiche complementari a "recuperare" una piena facoltà di riscatto in caso di "semplice" perdita dei requisiti di partecipazione in capo all'iscritto[119].

In controtendenza con l'inasprimento dei vincoli alla riscattabilità derivanti quantomeno dal comma 2 dell'art. 14 si muovono, viceversa, le previsioni dettate dallo stesso decreto per quella particolare ipotesi di riscatto che consegue alla morte dell'aderente alla forma pensionistica avvenuta prima della maturazione dei requisiti per il conseguimento del diritto alla prestazione. In tal caso, infatti, vale ormai, ex art. 14, comma 3, una generalizzata facoltà di designazione dei beneficiari da parte dell'iscritto. Facoltà che lo stesso decreto, "a miglior tutela dell'aderente", consente, d'altra parte (con l'art. 11, comma 5), di estendere anche all'ipotesi di morte del soggetto già titolare della prestazione pensionistica[120], prevedendo la possibilità di restituzione ai beneficiari dallo stesso indicati del montante residuo o, in alternativa, l'erogazione ai medesimi di una rendita calcolata in base a detto montante.

---

(115) Cfr. tra gli altri Sgroi, *Previdenza complementare*, cit., p. 74.

(116) Stigmatizza giustamente la scarsa coerenza logica della disposizione Ferrante, *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria*, cit., p. 16 del dattiloscritto.

(117) Si vedano le *Direttive generali alle forme pensionistiche complementari, ai sensi dell'articolo 23, comma 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252*, emanate il 28 giugno 2006.

(118) Ovviamente diversa è l'ipotesi, ammessa dalla dottrina prevalente sulla scorta dei principi codicistici generali, della facoltà di libero recesso dal fondo pensione da parte dell'iscritto in costanza dei requisiti di partecipazione, *senza*, tuttavia, diritto al riscatto della posizione individuale. In dottrina, in tal senso, v. soprattutto Tursi, *op. ult. cit.*, p. 317 e 478 ss.

(119) Come deve ammettersi la facoltà per l'aderente che perda i requisiti di partecipazione di rimanere iscritto alla forma pensionistica complementare, pur senza versamento di nuova contribuzione. Cfr. *e.g.* Bonardi, *I destinatari*, cit., p. 586, e Vallacqua, *La previdenza complementare*, cit., p. 95.

(120) Sull'impronta "liberistica" di tale previsione v. Tozzoli, *Le prestazioni*, cit., p. 755.

MAURO SFERRAZZA

Avvocato INPS

LA CONDOTTA SPORTIVA VIOLENTA TRA ILLECITO SPORTIVO E RESPONSABILITÀ CIVILE

Sommario: 1. - Prospettiva dell'indagine. 2. - I rapporti tra ordinamento sportivo e responsabilità civile. 3. - L'illecito sportivo ed i connessi profili di rilievo penale. 4. - Il ruolo del regolamento sportivo nell'accertamento della responsabilità. 5. - Condotta sportiva violenta e responsabilità civile. 6. - Cenni sui profili connessi all'eventuale azione surrogatoria degli enti previdenziali.

1. - Prospettiva dell'indagine.

Il presente breve studio intende soffermarsi sui possibili profili di responsabilità civile connessi allo svolgimento di un'attività sportiva. In tal ottica, infatti, si deve tener presente che i tradizionali profili di responsabilità subiscono una generale attenuazione in conseguenza delle peculiarità del fenomeno agonistico[1]. Occorre, dunque, interrogarsi sui limiti di liceità dell'attività sportiva violenta, nel tentativo di individuare alcuni principi di ordine generale per poi procedere alla loro pratica applicazione tenendo conto dello sport praticato e dello specifico contesto di gara[2].

In via metodologica, si premette che particolare attenzione sarà riservata al gioco del calcio ed alla responsabilità del giocatore per i danni provocati all'avversario durante un'azione di gioco, considerato che la disciplina calcistica, "*anche a cagione della sua rilevanza sociale e della sua popolarità, pare costituire una sorta di osservatorio privilegiato per l'approfondimento di tematiche relative al fondamento e alla latitudine della scriminante sportiva e del rischio sportivo, nonché al rapporto fra norme ordinarie di responsabilità e regole di gara*"[3].

In tal ottica, occorre evidenziare come spesso l'adesione ad una federazione

(1) G. ALPA, *La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva*, in *Riv. Dir. Sport*., 1984, 471 ss., tende a negare validità alla tesi della specifica autonomia della responsabilità in campo sportivo.
(2) In tal senso, anche S. SICA, *Lesioni cagionate in attività e sistema delle responsabilità*, in *Il Corr. Giur.*, 2000, 743.
(3) R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Il gioco del calcio*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2006, f. 12, 2026.

sportiva da parte dell'atleta comporti la sostanziale rinuncia (qualificabile come onere) ad un certo ambito della generale tutela allo stesso offerta dall'ordinamento giuridico, poiché il tesserato si impegna a non adire l'autorità giudiziaria ordinaria, specie per le controversie di natura tecnico-disciplinare, e ad accettare, a titolo definitivo, le relative decisioni rimesse agli organi di giustizia sportiva. Il più noto di tali c.d. vincoli di giustizia è certamente quello della Federazione italiana giuoco calcio (di seguito FIGC), il cui Statuto, dispone che "*i tesserati, le società affiliate e tutti i soggetti, organismi e loro componenti, che svolgono attività di carattere agonistico, tecnico, organizzativo, decisionale o comunque rilevanti per l'ordinamento federale (...) in ragione della loro appartenenza all'ordinamento settoriale sportivo o dei vincoli assunti con la costituzione del rapporto associativo, accettano la piena e definitiva efficacia di qualsiasi provvedimento adottato dalla FIGC, dai suoi organi o soggetti delegati, nelle materie comunque riconducibili allo svolgimento dell'attività federale nonché delle relative vertenze di carattere tecnico, disciplinare ed economico*"[4]. Resta salva, tuttavia, la possibilità del Consiglio Federale della FIGC di autorizzare "*per gravi ragioni di opportunità* (...) *il ricorso alla giurisdizione statale in deroga al vincolo di giustizia*"[5].

A prescindere dagli obblighi che incombono sul tesserato in quanto tale e, quindi, dalla sua scelta se fare (assumendone le conseguenze sul piano disciplinare) o meno ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria per richiedere il risarcimento degli eventuali danni riportati in conseguenza della condotta agonistica violenta dell'avversario, altri soggetti possono essere potenzialmente interessati dall'accertamento di eventuali responsabilità, per quanto qui interessa, sotto il profilo civilistico, imputabili a carico dell'autore della stessa predetta condotta. Basti, ad esempio, pensare al datore di lavoro dell'atleta che ha riportato lesioni, ovvero agli enti previdenziali che, in conseguenza della malattia o invalidità riportata dallo stesso, hanno dovuto corrispondere le relative indennità economiche e che, dunque, devono procedere alla verifica dell'eventuale sussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'azione di surrogazione.

L'obiettivo della presente breve indagine è, dunque, quello di offrire alcuni spunti ai fini della ricerca del limite tra rischio consentito e rischio vietato, per tentare di discernere l'illecito sportivo[6] che tale rimane, dal comportamento agonistico violento che, invece, per le sue caratteristiche di contesto e di gara ed alla luce del relativo regolamento tecnico, eccede dall'ordinario ambito della mera responsabilità sul piano sportivo-disciplinare, per sconfinare in quello di una possibile responsabilità di rilievo giuridico.

---

(4) Art. 30, commi 1 e 2, Statuto FIGC.

(5) Art. 30, comma 4, Statuto FIGC.

(6) Per illecito sportivo deve intendersi la condotta del singolo atleta associato posta in essere in violazione dello statuto e dei regolamenti federali. Normalmente, a detto illecito l'ordinamento sportivo ricollega una sanzione disciplinare. Di solito, la norma sportiva è composta da una disposizione di tipo precettivo e da una di natura sanzionatoria. Tuttavia, alcune norme emanate dalle federazioni sportive, impongono al tesserato un generico dovere di lealtà, probità e rettitudine, lasciando, poi, al giudice sportivo il potere di dare concreto contenuto alla violazione di tale dovere (cfr., ad es., l'art. 1 regolamento di giustizia della Federazione Italiana Tennis, o l'art. 1 del codice di giustizia sportiva della FIGC).

2. - I rapporti tra ordinamento sportivo e responsabilità civile.

In via generale, ribadito che i singoli comportamenti dovranno essere valutati in concreto alla luce del contesto e delle esigenze della pratica sportiva considerata, è possibile osservare come ogni atleta che partecipa ad una competizione agonistica sia tenuto a rispettare non solo il regolamento sportivo e quello specifico di gara, ma anche le regole di normale prudenza richieste al fine di garantire l'altrui sicurezza ed integrità, anche alla luce del precetto generale del *neminem ledere*.

Occorre, anzitutto, distinguere gli sport nei quali non è configurabile alcuna occasione di violenza o di contrasto o di scontro tra atleti, in relazione ai quali l'orientamento giurisprudenziale è nel senso del riconoscimento della natura illecita del fatto laddove l'attività dello sportivo non risulti conforme non solo al regolamento di gara, ma anche ai principi di tecnica della disciplina sportiva di volta in volta considerata.

Quanto agli sport ove la violenza è, in qualche modo, connaturale al contesto delle regole del gioco (tipici esempi, la lotta, il pugilato, le arti marziali) ovvero che costituiscono occasione di scontro tra gli atleti (ad esempio, basket, rugby, calcio)[7], nel senso che il contatto fisico, pur non costituendo tratto caratterizzante il gioco, è ammesso, seppur entro determinati limiti, il *quantum* di "violenza" consentita o tollerata muta al variare delle finalità tecniche della specifica disciplina sportiva presa in considerazione[8].

Ciò premesso, deve evidenziarsi come un fatto che se commesso al di fuori dell'esercizio dell'attività agonistica costituirebbe, di per sé, reato, diviene lecito e, comunque, consentito ove si verifichi in sede sportiva ed all'interno delle regole del gioco. Deve, infatti, escludersi qualsiasi responsabilità per fatto illecito quando l'infortunio di un'atleta, causata da altro partecipante alla gara, sia conseguenza diretta di una condotta di gioco conforme a regolamento[9]. "*Ogni sport ha un suo regolamento: esso è un precetto che disciplina l'agire dell'atleta e costituisce norma fondamentale del suo comportamento; è la sintesi di quelle regole di condotta dettate dall'esperienza che, da un lato, tutelano lo sport imponendo all'atleta di impegnare tutte le sue energie, la sua intelligenza e la sua prudenza, dall'altro, tendono a limitare i possibili danni della violenza. Si tratta dunque di norme di condotta che rientrano nel concetto di disciplina di*

(7) A tal proposito, anche il calcio viene ricondotto nell'ambito degli sport c.d. a "contatto eventuale": in tal senso, ad esempio, Cass. pen., 27 marzo 2001, n. 24942, in *Riv. Pen*., 2001, 727 e Trib. Venezia, 27 settembre 1999, in *Giur. Merito*, 2000, 641, nonché in *Giust. Pen*., 2000, II, 511. Per il gioco del calcio viene, invece, normalmente esclusa la qualificazione di attività pericolosa ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2050 c.c.: v., tra le altre, App. Milano, 18 maggio 2001, in *Foro Pad*., 2002, I, 205.

(8) Cfr. C. CAIANELLO, *I destinatari della scriminante sportiva*, in *Riv. Dir. Sport*., 1977, 220.

(9) Cfr., *ex multis*, F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (diritto penale)*, in *Enc. Dir*., XV, Giuffrè, Milano, 647-648; E. F. CARABBA, *Illecito sportivo e illecito penale*, in *Riv. Dir. Sport*., 1981, 195; E. FORTUNA, *Illecito penale e illecito sportivo*, in *Cass. Pen. Mass. Ann*., 1981, 934; A. BOLOGNA, *Attività sportiva e responsabilità penale*, in *Riv. Dir. Sport*., 1992, 243. In giurisprudenza, tra le altre, App. Firenze, 17 gennaio 1983, in *Foro It*., Rep., 1985, voce *Omicidio e lesioni personali colpose*, n. 158, che a proposito dei danni subiti dal calciatore Antognoni in occasione dello scontro di gioco con il portiere della squadra avversaria, ha assolto quest'ultimo sul presupposto della conformità della sua condotta alle regole dell'ordinamento disciplinare calcistico.

cui all'articolo 43 cod. pen.; pertanto le lesioni o la morte cagionate durante lo svolgimento di una gara, saranno punibili solo se causate da inosservanza dei regolamenti. Ciò, naturalmente, sempre che l'azione sia rimasta nello stretto esercizio e nei limiti dell'attività sportiva"[10].

Il fondamento giustificativo posto a base della liceità del comportamento lesivo sopra descritto è abitualmente rintracciato nel fatto che lo sport rientra tra le attività tutelate dallo Stato che, attraverso il CONI, disciplina e promuove l'attività sportiva, con l'obiettivo d'incrementare il patrimonio sportivo nazionale mediante la preparazione degli atleti. Ne consegue che deve escludersi la configurabilità di un fatto illecito nel corso dello svolgimento dell'attività sportiva, atteso che, se l'ordinamento giuridico generale consente quella data attività sportiva, non può, poi, nel contempo vietarne le relative attività[11]. Del resto, "*non appare revocabile in dubbio che il gioco del calcio, come ogni altra attività sportiva connotata da competitività e da un certo grado di contrasto fisico tra i partecipanti in funzione del raggiungimento di un risultato favorevole nella disputa, comporta un rischio per l'incolumità dei giocatori, insito nello stesso espletamento dell'attività, che è certamente consentita dall'ordinamento e, anzi, promossa e favorita dallo Stato*"[12].

Nel concetto di attività (sportiva) lecita si fanno generalmente rientrare anche ipotesi, sempre più frequenti, di irregolarità sportive considerate non avulse dallo schema tecnico dello sport di riferimento, anche in considerazione della loro riferibilità all'area di rischio presente in ogni disciplina sportiva[13]. In tal ottica, prendendo ad esempio il gioco del calcio, il contatto fisico tra gli avversari deve ritenersi ammesso, purché avvenga a condizioni di leale competizione agonistica: "*pertanto, non può ascriversi a colpa, imprudenza od imperizia di un giocatore l'aver colpito il suo diretto competitore quando la fulmineità dell'episodio, l'equilibrio normalmente instabile di due avversari che si contendono il possesso del pallone, lo stato del terreno, il rimbalzo del pallone, rendono inevitabile lo scontro involontario e necessariamente fortuite le conseguenze derivate da tali scontri in ordine all'incolumità fisica degli atleti*"[14].

Nella stessa direzione, è stato collocato nell'ambito del caso fortuito il fatto del calciatore che, in conseguenza di un allungo diretto al recupero del pallone e per effetto della repentina conversione di movimento del giocatore avversario, colpisca il ginocchio di quest'ultimo, poiché la condotta è pienamente compatibile con i limiti di prudenza dettati dalla disciplina del gioco del calcio, che "*trovano la loro espressione non nel comune criterio della prevedibilità del pericolo, il quale snaturerebbe l'attività sportiva privandola delle sue caratteristiche essenziali, sebbene nella creazione di eccezionali situazioni di pericolo assolutamente incompatibili con la finalità e la disciplina tecnica del giuoco, talché*

---

(10) Trib. Milano, 14 gennaio 1985, in *Foro It*., 1985, II, 218.
(11) In tal senso, tra gli altri, L. GRANATA, *Presupposti giuridici della colpa punibile nei giochi sportivi*, in *Riv. Dir. Sport*., 1950, 1-3; A. PANNAIN, *Violazione delle regole del gioco e delitto sportivo*, in *Arch. Pen*., 1962, II, 670; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Cedam, Padova, 1972, 181; C. CAIANELLO, *L'attività sportiva nel diritto penale*, in *Riv. Dir. Sport*., 1975, 273; V. FEDELI, *Brevi note sulla violenza nello sport e negli impianti sportivi*, in *Riv. Dir. Sport*., 1975, 404.
(12) Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2002, n. 12012, in *Danno e resp*., 2003, n. 5, 530.
(13) Cfr. G. VIDIRI, *Violenza sportiva e responsabilità penale dell'atleta*, in *Cass. Pen*., 1992, 3157.
(14) Pret. Arezzo, 19 gennaio 1961, in *Riv. Dir. Sport*., 1962, 77.

l'evento lesivo che ne derivi appaia come conseguenza del tutto abnorme, ascrivibile ad una condotta trasmodante che trascende i confini della tutela sportiva"[15].

In altri termini, "*non solo la condotta osservante della norma sportiva non è punibile, ma resta esente da sanzione anche l'azione di gioco che viola il regolamento, purché giustificabile da un impeto agonistico e finalisticamente inserita nel contesto della competizione sportiva*"[16].

3. - L'illecito sportivo ed i connessi profili di rilievo penale.

Il dibattito sulla sussistenza di scriminanti sportive idonee a privare di antigiuridicità la condotta agonistica violenta si è sviluppato soprattutto in sede di diritto penale. I relativi principi, tuttavia, sono esportabili al campo civile, anche atteso che il danno è risarcibile solo se ingiusto e prodotto in assenza di cause di giustificazione. Del resto, deve anche considerarsi "*il consolidato principio, secondo il quale la normativa aquiliana contiene un implicito rinvio alle disposizioni penali in materia di cause di giustificazione, in presenza delle quali anche l'illecito extracontrattuale resterebbe escluso*"[17].

Appare, pertanto, opportuno un cenno, seppur rapido, tanto agli esiti delle predette elaborazioni dottrinali, quanto ai principali arresti giurisprudenziali in materia.

Si è già detto che il fatto sportivo violento non può essere qualificato illecito laddove posto in essere nell'ambito e nel rispetto delle regole del gioco[18]. Tra le argomentazioni utilizzate a supporto della conclusione, vi è la teoria del consenso dell'offeso, in base alla quale l'atleta che partecipa ad una competizione accetta i rischi connaturati alla specifica attività sportiva esercitata[19]. È come se i partecipanti alla competizione sportiva stipulino,

---

(15) Trib. Bari, 22 maggio 1963, in *Arch. Pen.*, 1964, II, 71; nonché in *Resp. Civ. Prev.*, 1964, 313.
(16) R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Il gioco del calcio*, cit., 2031.
(17) R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Il gioco del calcio*, cit., 2027, che, a tal proposito, richiama Cass. civ., 3 giugno 1998, n. 5462, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 1205; Trib. Verona, 13 dicembre 1988, in *Giur. It.*, 1990, I, 2, 135; Pret. Trento, 11 maggio 1996, in *Riv. Dir. Sport.*, 1997, 277.
(18) Cfr., tra gli altri, G.V. DE FRANCESCO, *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 588 ss.
(19) Cfr. T. DELOGU, *La teoria del delitto sportivo*, in *Ann. Dir. e Proc. Pen.*, 1932, 1297; Id., *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Giuffrè, Milano, 1936; G. NOCCIOLI, *Le lesioni sportive nell'ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1953, 251; G. SANTANIELLO, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1957, 91 ss.; F.S. CHIAROTTI, *La responsabilità penale nell'esercizio dello sport*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1959, 237; P. PAOLUCCI, *La responsabilità penale nell'esercizio dello sport*, in *Riv. Pen.*, 1962, II, 599; R. RAMPIONI, *Sul c.d. delitto sportivo: limiti di applicazione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1975, 660.
In giurisprudenza, tra le altre, accolgono la teoria del consenso dell'avente diritto anche Cass. pen., 25 settembre 2003, n. 39204, in *Riv. Pen.*, 2004, 194; nonché in *Riv. Pen.*, 2004, 194; Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 1997, n. 1564, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 282; nonché in *Resp. Civ. Prev.*, 1997, 699; nonché in *Riv. Dir. Sport.*, 1997, 229; nonché in *Danno e Resp.*, 1997, 455; Cass. pen., sez. V, 30 aprile 1992, n. 1002, in *Foro It.*, 1993, II, 79; nonché in *Giur. It.*, 1993, 2, 604; nonché in *Giust. Pen.*, 1993, II, 279; Cass. pen., sez. I, 20 novembre 1973, in *Foro It.*, 1974, II, 374. Per la giurisprudenza di merito, v, Trib. Brindisi, 9 dicembre 1999, in *Riv, Dir. Sport.*, 2000, 160.

di volta in volta, un patto reciproco di esonero dalla responsabilità aquiliana: "*è, infatti, presente uno scambio di volontà né più né meno che nelle clausole di esonero propriamente dette; solo che qui tale scambio di volontà non è espresso ma normalmente tacito*"[20].

Insomma, c'è un ambito di rischio che ogni giocatore conosce ed accetta e che l'ordinamento giuridico non sanziona per l'interesse pubblico sotteso all'esercizio della disciplina sportiva[21], con la conseguenza che "*i danni sofferti, se rientranti nell'alea fisiologica dello sport praticato, non debbono essere risarciti*"[22].

Diversa dottrina osserva, invece, come l'operatività della suddetta scriminante trovi un ostacolo insormontabile nelle disposizioni codicistiche che sanciscono l'indisponibilità del diritto alla vita ed alla incolumità fisica[23]. Del resto, "*partecipazione non significa accettazione della lesione*"[24], nel senso che l'atleta che si appresta alla competizione sportiva, non accetta come possibile la lesione personale, specie se di rilevante entità. Nella stessa direzione è possibile registrare anche qualche decisione che, muovendo dal principio di indisponibilità del diritto alla vita ed alla integrità fisica, reputa inefficace qualsiasi ipotesi di consenso dell'atleta[25].

Altre volte l'affermazione di penale irresponsabilità nella causazione di un danno quale conseguenza di una condotta sportiva violenta appare fondata sulla scriminante dell'esercizio del diritto codificata nell'art. 51 c.p.: in tal ottica, non si è mancato di rilevare come una certa dose di fisicità e di violenza, caratteristiche di determinate discipline sportive, sia legittimata ed, anzi, autorizzata dall'ordinamento giuridico[26]. L'atleta che, nel recinto di gara e nell'osservanza delle regole di gioco, cagioni lesioni all'avversario, quindi, non può essere punito, posto che l'ordinamento ne riconosce e promuove la relativa pratica sportiva. Ne consegue che "*l'esercizio di una attività autorizzata dallo Stato, purché rispondente all'interesse della comunità sociale, importa l'impunità dei fatti lesivi o pericolosi che eventualmente ne derivino, quando tutte le regole che disciplinano l'attività medesima siano osservate*"[27]. Del resto, "*quando si sono osservate, nel*

---

(20) F. BUSNELLI, G. PONZANELLI, *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1984, 287.

(21) Cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2004, n. 20597, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 10; Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2002, n. 12012, in *Foro It.*, 2003, I, 168.

(22) S. GALLIGANI, A. PISCINI, *Riflessioni per un quadro generale della responsabilità civile nell'organizzazione di un evento sportivo*, in *Riv. Dir. Econ. Sport.*, 2007, vol. 3, n. 3, 119.

(23) In tal senso, v. T. PERSEO, *Sport e responsabilità*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1962, 265 ss.; S. ZAGANELLI, *L'illecito penale nell'attività sportiva*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1963, 207 ss.; A. TOMASELLI, *La violenza sportiva e il diritto penale*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1970, 319 ss.; M.B. BARBORINI, *Rilevanza dell'attività sportiva*, in *Giur. Merito*, II, 1985, 980 ss..

(24) L. SALAZAR, *Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica*, in *Cass. Pen.*, 1983, 53-62.

(25) Cfr. Cass. pen., sez. III, 25 febbraio 2000, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 133; Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2000, in *Riv. Dir. Sport.*, 2000, 141.

(26) Seppur con differenti sfumature, seguono detto orientamento: L. CRUGNOLA, *La violenza sportiva*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1960, 73 ss.; I. DE SANCTIS, *Il problema della liceità della violenza sportiva*, in *Arch. Pen.*, 1967, I, 98 ss.; C. CAIANELLO, *L'attività sportiva nel diritto penale*, cit., 273 ss.; E. FORTUNA, *Relazione di sintesi*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1981, 281 ss..

(27) F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989, I, 246.

corso di competizioni sportive le regole che ad esse si riferiscono non si può parlare di responsabilità a titolo di colpa per lesioni riportate da uno dei partecipanti alla competizione a seguito di una situazione venutasi a verificare per opera attiva di uno dei detti compartecipi"[28].

Per completezza di esposizione, occorre dare conto della corrente dottrinale che limita l'operatività della predetta scriminante al solo ambito delle competizioni sportive ufficiali organizzate dal CONI o dalle Federazioni sportive associate[29]. L'assunto, tuttavia, appare eccessivamente restrittivo, anche considerato che al termine "diritto" di cui all'art. 51 c.p. viene attribuito un significato alquanto ampio, tale da ricomprendere non solo i comportamenti specificamente previsti da norme di legge, ma anche quelli solo facoltizzati[30]: "*assumendo questo punto di vista, la pratica sportiva dilettantistica, prestata al di fuori dell'ordinamento sportivo, è suscettibile di rientrare nell'ambito di applicazione della scriminante codificata*"[31].

Secondo altro orientamento l'atleta che, nel rispetto delle regole del gioco, cagiona un danno all'avversario non è punibile, attesa la sussistenza di cause di giustificazione non codificate[32], il cui fondamento giuridico viene rintracciato nell'analogia alle specifiche fattispecie scriminanti previste dal codice penale Tuttavia, il comportamento sportivo che causa la lesione altrui sarebbe giustificato solo a condizione che l'atleta, in occasione della causazione dell'evento dannoso, abbia rispettato il regolamento sportivo. Infatti, "*l'esercizio di una attività autorizzata dallo Stato, purché rispondente all'interesse della comunità sociale, importa l'impunità dei fatti lesivi o pericolosi che eventualmente ne derivino, quando tutte le regole che disciplinano l'attività medesima siano osservate*"[33].

La causa di giustificazione atipica o non codificata "*trova la sua ragion d'essere nel fatto che la competizione sportiva è non solo ammessa, ed anzi incoraggiata per gli effetti positivi che svolge sulle condizioni fisiche della popolazione, dalla legge e dallo Stato, ma è anzi ritenuta dalla coscienza sociale come una attività assai positiva per l'armonico sviluppo della intera comunità. Ciò significa*

---

(28) Trib. Genova, 23 ottobre 1952, in *Riv. Dir. Sport*., 1953, 54.

(29) Cfr. V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Giuffrè, Milano, 1984, 34. In termini non dissimili, PEZZELLA, *La colpa sportiva e il rischio consentito. Dal calcio al rally, le sentenze sulla responsabilità degli atleti*, in *D&G-Dir. e Giust*., 2005, n. 44, 60 ss. secondo cui l'ipotesi ricostruttiva relativa all'attività scriminata dall'esercizio del diritto non è applicabile alle competizioni amatoriali.

(30) Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, Cedam, Padova, 1992, 257.

(31) M. DELLACASA, *Attività sportiva e criteri di selezione della condotta illecita tra colpevolezza ed antigiuridicità*, in *Danno e Resp*., 2003, 535. Nello stesso senso anche C. CAIANELLO, *L'attività sportiva nel diritto penale*, cit., 273; G.V. DE FRANCESCO, *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, cit., 597.

(32) Cfr. F. CORDERO, *Appunti in tema di violenza sportiva*, in *Giur. It*., 1950, II, 313; G. VASSALLI, *Agonismo sportivo e norme penali*, cit., 183; A. BERNASCHI, *Limiti della illiceità penale nella violenza sportiva*, in *Riv. Dir. Sport*., 1976, 3; G. COVASSI, *L'attività sportiva come causa di esclusione del reato*, Cedam, Padova, 1984, 131 ss.

(33) F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 246.

che viene a mancare nel comportamento dello sportivo, che, pur rispettoso delle regole del gioco, cagioni un evento lesivo ad un avversario, quella antigiuridicità che legittima la pretesa punitiva dello Stato e la inflizione di una sanzione. Insomma l'azione che cagiona l'evento non contrasta affatto con gli interessi della comunità, ma anzi, come si è già detto, contribuisce a raggiungerli"[34]. Questo, dunque, il fondamento della non punibilità dei comportamenti di cui trattasi, caratterizzato dai medesimi presupposti delle cause di giustificazione codificate, ossia l'assenza della antigiuridicità per mancanza del danno sociale. Ed allora, in forza di un procedimento di interpretazione analogica, risulterebbe possibile individuare delle cause di giustificazione non codificate, tra le quali, appunto, l'esercizio dell'attività sportiva.

In altri termini, "*l'esercizio dell'attività sportiva va qualificato come causa di giustificazione non codificata, nel senso che il soddisfacimento dell'interesse generale della collettività a svolgere attività sportiva può consentire l'assunzione del rischio della lesione di un interesse individuale relativo all'integrità fisica. La ricorrenza della esimente in questione è però circoscritta e condizionata al rispetto delle norme disciplinanti ciascuna attività sportiva, richiedendosi altresì all'atleta di adeguare la propria condotta anche a norme generali di prudenza e diligenza"*[35].

L'opzione tra scriminante codificata e non codificata sembra doversi sciogliere a favore di quest'ultima, atteso "*l'interesse primario che l'ordinamento riconnette alla pratica dello sport*" e considerati anche i "*non trascurabili problemi di coordinamento con il generale principio della non disponibilità di beni giuridici fondamentali, quali la salute od anche la vita, dotati, certamente, di valenza costituzionale*"[36].

I critici, tuttavia, osservano come il ricorso all'analogia, nel caso di specie, venga a tradursi in un "*inutile attentato alla certezza del diritto*"[37]. L'applicazione analogica delle norme permissive, cioè, viola la *ratio* di certezza che è anche presente nel principio della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., "*valido non solo nel senso che è rimessa alla legge la previsione in positivo dei fatti che costituiscono reato, ma anche nel senso che è rimessa alla legge la delimitazione in negativo dell'ambito di operatività di una norma incriminatrice, che non può essere disapplicata soltanto per un atto di volontà dell'interprete: l'applicazione analogica delle scriminanti essendo sollecitata dalla particolarità del caso concreto sarebbe, infatti, fonte di incertezza sul contenuto del precetto normativo e causa di possibili disparità di trattamento di casi analoghi*"[38].

---

(34) Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 1999, n. 1951, in *Foro It*., 2000, II, 320, con nota di C. RUSSO, *Lesioni sportive, tra illecito sportivo e responsabilità penale*. Cfr. anche Corte Conti, sez. giurisd. Sicilia, 27 agosto 1993, n. 83, in *Riv. Corte Conti*, 1993, f. 5, 90.

(35) Cass. pen., sez. IV, 12 novembre 1999, n. 2765, in *Cass. pen*., 2001, 505, nonché in *Riv. dir. sport*., 2000, 142. Giudice di Pace Manduria, 19 giugno 2006, in *www.altalex.com*.

(36) Cass. pen., 23 maggio 2005, n. 19473, in *Resp. Civ. Prev*., 2005, 1036, con nota di G. FACCI, *La responsabilità del partecipante ad una competizione sportiva*.

(37) Così E. FORTUNA, *Illecito penale e illecito sportivo*, cit., 933.

(38) F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1993, 742.

4. - Il ruolo del regolamento sportivo nell'accertamento della responsabilità.

La condotta sportiva può divenire specifica fonte di responsabilità quando sia tale da comportare la violazione delle regole del gioco: essa, infatti, disattendendo quei doveri di lealtà e correttezza che devono caratterizzare ogni atleta, è penalmente perseguibile a titolo di colpa grave o dolo a seconda che il fatto si verifichi nel corso di un'azione di gioco per finalità attinenti alla competizione e la violazione del regolamento di gara sia dovuta all'ansia di risultato ovvero che la competizione sportiva sia soltanto l'occasione dell'azione lesiva o quest'ultima sia immediatamente diretta ad intimorire l'avversario ed a dissuaderlo dall'opporre qualsiasi contrasto oppure a punirlo per un fallo involontariamente subito[39].

Al regolamento sportivo viene, infatti, ordinariamente assegnata una funzione essenzialmente cautelare, atta ad impedire eventi, quali quelli della morte o delle lesioni permanenti all'integrità fisica, "*offensivi di interessi non sacrificabili mediante l'esercizio dello sport, e pertanto sottratti all'ambito della norma autorizzativa*"[40]. E, del resto, ciò che attiene "*alla disciplina tecnica del fenomeno sportivo appare indifferente per il diritto dello Stato e non può essere, né in via diretta, né in via indiretta, sottoposto ad alcun sindacato di origini statali*"[41].

Tuttavia, alla condotta sportiva che si mantenga all'interno delle regole del gioco può, sostanzialmente, equipararsi quel comportamento agonistico che, pur esulando dai limiti del regolamento, sia riconducibile all'esuberanza ed alla passione tipiche con le quali gli atleti affrontano l'impegno sportivo. Del resto, appare evidente l'ingiustizia che si produrrebbe laddove si considerasse penalmente sanzionabile ogni violazione del regolamento sportivo, anche in considerazione del fatto che "*molte azioni violente, per quanto non previste o addirittura proibite dai regolamenti tecnici, rientrano nella inevitabile area del rischio che ogni atleta accetta al momento di scendere in campo*"[42].

Non ogni ipotesi di violazione della regola sportiva, dunque, deve trasmigrare verso l'attribuzione di colpa, atteso che "*nel consenso è compreso anche il rischio generico del fallo (ad es., il giocatore di calcio è conscio della possibilità, o addirittura della probabilità, di essere irregolarmente atterrato con uno sgambetto, o con una spinta che superi i limiti regolamentari, e partecipando al gioco tacitamente consente al rischio di subire in conseguenza di ciò delle lesioni). E' tuttavia configurabile la colpa quando vi è il superamento del rischio consentito in quella determinata pratica sportiva ed al quale il gareggiante consente*"[43]. Orbene, reputa la Suprema Corte "*che tale superamento si verifichi quando il fallo, oltre che esser volontario, sia di tale durezza da comportare la prevedibilità di pericolo serio dell'evento lesivo a carico dell'avversario, proprio in base alla*

(39) Cfr. Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 1999, n. 1951, cit., 320.
(40) G. DE FRANCESCO, *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti,* cit., 598.
(41) A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Sport*., 1979, 43.
(42) E. FORTUNA, *Illecito penale e illecito sportivo*, cit., 934.
(43) Cass. pen., sez. V, 30 aprile 1992, n. 1002, cit.

leges artis*, un comportamento agonistico ed anche rude, ma che non travalichi dal dovere di lealtà sportiva fino a trasmodare nel disprezzo per l'altrui integrità fisica*"[44].

In definitiva, l'evento lesivo dell'altrui integrità fisica, conseguente ad una condotta di gara *contra* regolamento, non sempre comporta conseguenze in termini di responsabilità, punibilità del fatto e risarcibilità del danno, anche alla luce dell'esigenza di escludere da sanzione determinate condotte che, seppur violente, appaiano rientrare nell'area di una certa "normalità" del rischio. Quelle condotte, quindi, che pur violando le regole tecniche dell'attività agonistica considerata non superino la soglia del rischio consentito nell'esercizio di quella data attività sportiva, rimangono, penalmente non perseguibili[45] e confinate all'ambito dell'illecito sportivo, sottoposto, in quanto tale, alle relative sanzioni regolamentari e/o disciplinari[46].

In tal ottica, "*in materia di lesioni personali derivanti dalla pratica dello sport, le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali hanno, da tempo, definito i contorni della nozione di illecito sportivo, nozione che ricomprende tutti quei comportamenti che, pur sostanziando infrazioni delle regole che governano lo svolgimento di una certa disciplina agonistica, non sono penalmente perseguibili, neppure quando risultino pregiudizievoli per l'integrità fisica di un giocatore avversario, in quanto non superano la soglia del c.d. rischio consentito. Si tratta di un'area di non punibilità, la cui giustificazione teorica non può che essere individuata nella dinamica di una condizione scriminante*"[47].

La responsabilità, cioè, è configurabile soltanto nel caso in cui l'atleta crei una situazione di pericolo che ecceda, oltre ogni limite, "*la vivacità, l'audacia e lo spirito agonistico propri di ciascuna manifestazione sportiva, si da sfociare in manifestazioni di irruenza, di aggressività o addirittura di violenza, incompatibili con la natura, lo spirito e la stessa disciplina del gioco*"[48].

Peraltro, in tal ottica, occorre anche distinguere tra professionisti e dilettanti, così come tra le varie tipologie di gara, posto che la condotta del giocatore non professionista deve essere correlata al tipo di competizione in atto, tanto da essere richiesta una particolare cautela e prudenza per evitare il pregiudizio fisico all'avversario, e quindi un maggior controllo dell'ardore agonistico, non equiparabile a quello che caratterizza le competizioni sportive tra professionisti, le cui azioni impetuose, invece, sono scriminate nei limiti del rischio consentito[49].

Insomma, il carattere naturalmente rischioso dell'attività sportiva autorizzata e la sovrapposizione dei diversi ordinamenti, conduce ad escludere una rigida connessione tra rispetto del regolamento sportivo e scriminante sportiva. Ma quando il comportamen-

---

(44) *Ibidem*.

(45) Cfr. M. CONTE, *Il risarcimento del danno nello sport*, Utet, Torino, 2004, 8.

(46) In tali termini anche C. SPINA, *Lesioni colpose durante un'azione di gioco*, in *Riv. Dir. Econ. Sport*, 2005, vol. 1, n. 2, 138 s..

(47) Cass. pen., 23 maggio 2005, n. 19473, cit., 1036.

(48) Trib. Bari, 22 maggio 1963, cit., 315.

(49) In questi termini si esprime Cass. pen., sez. IV, 6 ottobre 2006, n. 33577, in *Riv. Dir. Econ. Sport*., 2006, vol. 2, n. 3, 167.

to dell'atleta ecceda la violenza di base[50] generalmente tollerata dai regolamenti sportivi e dall'ordinamento giuridico, la stessa non può esimere da responsabilità.

Un criterio guida per distinguere tra azione fallosa sanzionabile solo in sede sportiva e quella punibile anche in sede penale può essere individuato nella volontarietà o meno della violazione della regola tecnica[51]. Nel caso, infatti, in cui "*la violazione non sia volontaria, ma rappresenti lo sviluppo fisiologico di un'azione particolarmente concitata, non viene superata l'area del rischio consentito. Nel caso in cui, invece, la violazione della regola sportiva sia voluta e sia deliberatamente piegata al conseguimento del risultato - con indifferenza per l'altrui integrità fisica o con volontaria accettazione del rischio di pregiudicarla - si entra nell'area del penalmente rilevante, con la duplice prospettiva del dolo o della colpa*"[52].

In definitiva è "*l'attacco sleale portato all'avversario, è l'azione incurante dell'integrità fisica e della vita altrui, è l'aggressione che si svolge nel disprezzo dei sani valori dell'ordinamento sportivo che rilevano nell'illecito penale, marcando i confini del rischio consentito*"[53].

5. - Condotta sportiva violenta e responsabilità civile.

Per quanto, specificamente, concerne i profili di responsabilità sul piano civilistico, si è già premesso che il danno non appare risarcibile in presenza della c.d. scriminante sportiva, ossia di un'idonea causa di giustificazione. Del resto, il danno ingiusto è solo quello *contra ius e non iure*[54]. In tale contesto, la giurisprudenza richiama spesso la categoria del c.d. rischio sportivo[55], ossia l'accettazione delle conseguenze dannose riconducibili all'alea normale connaturata all'attività esercitata, che ogni atleta accetta nel momento in cui intraprende la pratica sportiva.

Occorre, allora, interrogarsi sulla misura agonistica che è possibile ritenere congrua e compatibile con la competizione sportiva considerata. In tal ottica, l'attenzione si incentra sulla verifica della sussistenza di uno stretto collegamento di natura funzionale tra evento lesivo e gioco, anche tenuto presente che ogni competizione sportiva non può essere efficacemente svolta senza "*energia, aggressività, velocità, rapidità di decisioni,*

---

(50) Per violenza di base deve intendersi quella connessa al tipo stesso di gioco, con la conseguenza che può escludersi "*una effettiva aggressione dei beni giuridici tutte le volte che l'intrinseco valore della condotta denoti un agire in conformità ai valori etico-sociali tutelati dall'ordinamento*" (E. PALOMBI, *I limiti di liceità dell'attività sportiva violenta*, in *Riv. Dir. Sport*., 1984, 198).

(51) Cfr. anche Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2000, n. 1951, in *Riv. Pen*., 2000, 333.

(52) Così G. FACCI, *La responsabilità del partecipante ad una competizione sportiva*, in *Resp. Civ. Prev*., 2005, 1039.

(53) E. PALOMBI, *I limiti di liceità dell'attività sportiva violenta,* cit., 199.

(54) Così, a titolo esemplificativo, Cass. civ., sez. III, 1 aprile 1980, n. 2105, in *Giust. Civ. Mass*., 1980, f. 4.

(55) Tra le altre, Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2003, n. 482, in *Dir. e Giust*., 2003, f. 5, 30; Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 1997, n. 1564, in *Resp. Civ. Prev*., 1997, 699; Cass. civ., sez. III, 10 luglio 1968, n. 2414, in *Resp. Civ. Prev*., 1969, 335.

istintività di reazioni, generalmente considerate incompatibili con un elevato grado di considerazione della altrui incolumità e col costante rispetto delle regole proprie del gioco; il quale mira ad un risultato alla cui realizzazione sono del resto indispensabili - come è stato osservato - anche un certo grado di audacia e spericolatezza"[56].

Secondo la predetta ricostruzione, quindi, a differenza di quanto ordinariamente affermato dai giudici penali, "*non viene in rilievo la volontarietà del fallo o della violazione della regola del gioco ma l'esistenza di uno stretto collegamento funzionale tra il gioco e l'evento lesivo. Tale relazione viene a mancare, in primo luogo, se l'atto è posto in essere allo scopo di provocare lesioni, anche se la condotta in sé non integra una violazione delle regole del gioco, in quanto non rientra nelle caratteristiche dello stesso che un partecipante volontariamente provochi lesioni ad un altro giocatore*"[57]. Sotto questo angolo visuale, pertanto, la regola sportiva viene ad assumere una valenza meramente integrativa, complementare e sussidiaria rispetto alle norme vigenti nell'ordinamento giuridico generale, anche se il comportamento sportivo conforme al regolamento gode di una presunzione di liceità, superabile soltanto con precisi e contrari elementi oggettivi.

Il suddetto collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo viene interrotto dalla condotta dolosa del calciatore, da quella condotta, cioè, che appaia specificamente volta a causare lesioni all'avversario. Ma, alla medesima area può ascriversi il comportamento del giocatore che, seppur non volontariamente lesivo, risulti avulso dalle caratteristiche proprie della pratica sportiva ed in contrasto con le esigenze del contesto in cui si svolge la gara o l'azione di gioco. Sono questi, dunque, i parametri da tenere presente ai fini della verifica della sussistenza di una responsabilità risarcitoria in capo all'atleta che abbia provocato danni all'avversario nel corso di un'azione di gioco.

La valutazione concreta, poi, andrà condotta tenendo presente il necessario equilibrio che deve essere sempre ricercato tra interesse allo svolgimento delle attività sportive ed esigenza di riparazione del danno causato in occasione dell'esercizio delle stesse. Pratica applicazione, questa, del precetto generale secondo cui, ai fini dell'accertamento dell'ingiustizia e, quindi, della risarcibilità o meno del danno, è necessario procedere ad un "*giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza*"[58].

Non, dunque, un'affermazione di assoluta liceità dell'attività sportiva violenta, bensì un attento esame della singola condotta sportiva, operata alla luce dello sport di riferimento e dello specifico contesto di gara, nella prospettiva della verifica dell'operatività della causa di esclusione della responsabilità di natura risarcitoria. Devono, in tal ottica, essere giustificati "*quei fatti che, in base alla valutazione media, possono essere tollerati*

(56) Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2002, n. 12012, cit.
(57) G. FACCI, *La responsabilità del partecipante ad una competizione sportiva*, cit., 1040.
(58) Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Resp. Civ. Prev.*, 1999, 981, nonché in *Danno e Resp.*, 1999, 965, nonché in *Il Corr. Giur.*, 1999, 1367, nonché in *Contratto e Impr.*, 1999, 1025.

nell'esercizio dell'attività sportiva, previo, sempre, il rispetto delle regole della competizione, considerato come la fondamentale linea di demarcazione del lecito dall'illecito"[59].

Il principale discrimine tra condotta sportiva scriminata e quella violenta punibile sotto il profilo penale o, comunque, fonte di responsabilità civile, rimane quello della verifica della congruità dell'azione rispetto alla disciplina praticata ed al relativo regolamento di gioco. "*Il punto cruciale*", cioè, "*per distinguere l'attività lecita da quella illecita o, più tecnicamente, per delimitare il mero illecito sportivo dall'illecito fonte di responsabilità civile e/o penale, è costituito dalla sussistenza o meno di quel rapporto di funzionalità tra l'azione che ha dato luogo alle lesioni e lo scopo proprio dell'attività sportiva*"[60]. L'operatività della scriminante, dunque, subisce un'attenuazione nel momento in cui l'attività sportiva "*diventa la mera occasione per porre in essere un'attività illecita, generatrice di danno*"[61]. Normalmente, infatti, la responsabilità dell'atleta è esclusa ogniqualvolta l'evento lesivo è conseguenza di un'azione sportiva funzionale alla competizione agonistica e finalisticamente inserita nello svolgimento della gara[62], ossia allorché la stessa sia in qualche modo inquadrabile nel contesto del gioco e della competizione di cui trattasi. Pertanto, con specifico riferimento al gioco del calcio, ad esempio, "*non dà luogo a responsabilità civile il fallo commesso da un calciatore ai danni di un avversario se collegato funzionalmente al gioco e se posto in essere con una violenza compatibile con le caratteristiche concrete del gioco stesso*"[63].

In altri e diversi termini, il limite della non punibilità è rappresentato dall'intenzione del calciatore di ledere: "*nel caso di partite di calcio, ove un atleta coscientemente ponga a repentaglio l'incolumità di un altro atleta, non opera l'esimente del consenso dell'avente diritto, con la conseguenza che il reato sarà colposo, se dipende da violazione del regolamento, o doloso, se l'intenzione dell'agente è proprio quella di ledere e se la gara, o lo stesso fallo di gioco, non è che l'occasione per ledere*"[64].

---

(59) M. SANINO, *Diritto sportivo*, Cedam, Padova, 2002, 429.

(60) Pret. Trento, 11 maggio 1996, cit., 277.

(61) A. MAIETTA, *La responsabilità civile delle società di calcio: osservazioni a margine del caso "Giampà"*, in *Riv. Dir. Econ. Sport*., 2005, vol.1, n.2, 44. In altra opera, *Lesioni cagionate durante una gara di calcio: un "vulnus" all'autonomia dell'ordinamento sportivo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2005, n. 5, 683, l'Autore ha utilizzato l'espressione "*licence to kill*" per segnalare i rischi di un'attività sportiva violenta sempre scriminata: da qui probabilmente quello che definisce un vero e proprio *revirement* della giurisprudenza. In termini non dissimili si era espresso E. PALOMBI, *Ibidem*, cit., 194, secondo cui "*gli orientamenti comunemente seguiti in dottrina non sempre offrono validi elementi di giudizio per definire in tempi obiettivi i limiti della liceità di fatti lesivi nell'ambito dell'attività sportiva, mentre la genericità dei criteri adottati appare estremamente pericolosa costituendo una implicita e a volte esplicita licenza di ledere l'altrui incolumità personale*".

(62) V., ad esempio, Trib. Monza, 22 luglio 1997, in *Riv. Dir. Sport*., 1997, 758, secondo cui "*in caso di infortunio occorso ad un atleta durante una competizione sportiva, i danni per le lesioni riportate non sono risarcibili, a meno che non venga dimostrata l'intenzionalità della condotta o quantomeno la colpa grave dell'agente, sotto il profilo di una violazione delle regole del gioco, perpetrata con la coscienza di mettere a repentaglio l'incolumità fisica dell'avversario*".

(63) Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2002, n. 12012, cit., 168.

(64) Cass. pen., sez. V, 30 aprile 1992, n. 1002, cit., 1726.

Analogamente, appare costituire fonte di responsabilità quel comportamento posto in essere dal giocatore autore del fatto lesivo che "*non sia immediatamente rivolto all'azione di gioco, ma piuttosto ad intimorire l'antagonista e a dissuaderlo dall'opporre un qualsiasi contrasto - casi deplorevoli che purtroppo non sono infrequenti, per esempio, sui campi di calcio - oppure a "punirlo" per un fallo involontario subito - c.d. fallo di reazione anche esso piuttosto frequente*"[65].

Insomma, può affermarsi che il giocatore sarà responsabile per i danni e, ove sussistano i presupposti, passibile di sanzione penale, laddove il suo comportamento di gara esorbiti dai doveri di lealtà sportiva e fuoriesca dagli schemi tipici dello sport praticato e la violazione delle relative regole tecniche non sia diretta al compimento di un'azione di gioco, ma al perseguimento di altri e diversi fini estranei alla competizione. La condotta sarà, quindi, sanzionabile e fonte di responsabilità risarcitoria laddove si riveli avulsa dal contesto di gioco e delle esigenze della gara[66].

Non manca, tuttavia, anche qualche richiamo all'atteggiamento di specifica prudenza ed avvedutezza che non deve mai venir meno in ogni atleta. Il comportamento dell'atleta deve, infatti, caratterizzarsi per la "*necessaria osservanza delle regole di una data attività sportiva, controllata, però, in ogni momento, e per quanto può essere conseguito dalle specifiche finalità agonistiche, dal senso vigile e umanitario del rispetto dell'integrità fisica e della vita sia dell'avversario che di terzi*"[67]. In altri termini, la condotta sportiva deve essere sempre tenuta nei limiti del rispetto dell'altrui integrità fisica: e ciò comporta l'astensione da azioni che provochino l'insorgere di fatto di un pericolo manifesto per l'avversario, anche se l'impegno agonistico profuso nella competizione sportiva non sempre permette all'atleta il governo, in ogni frangente, della propria condotta di gara.

In conclusione, deve escludersi la responsabilità di un atleta per le lesioni cagionate all'avversario in conseguenza di una condotta di gioco posta in essere senza violazione del regolamento, ovvero, "*se, pur in presenza di violazione della regola propria dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto sia a questa funzionalmente connesso, considerando che, in entrambi i casi, il nesso funzionale è escluso dall'impiego di un grado di violenza o di irruenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato, ovvero col contesto ambientale nel quale l'attività si svolge in concreto, o con la qualità delle persone che vi partecipano*"[68].

6. - Cenni sui profili connessi all'eventuale azione surrogatoria degli enti previdenziali.

Come noto, nell'ipotesi in cui un lavoratore assicurato presso una gestione previdenziale obbligatoria subisca lesioni da parte di terzi, l'ente pubblico che abbia erogato

---

(65) Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 1999, n. 1951, cit., 320.

(66) Cfr. Cass. pen., sez. V, 6 marzo 1992, in *Riv. Dir. Sport*., 1992, 321; nonché in *Giust. Pen*., 1994, II, 313 (s.m.); Cass. pen., sez. I, 20 novembre 1973, in *Foro It*., 1974, II, 377.

(67) Cass. pen., sez. II, 9 ottobre 1950, n. 117, in *Giust. Pen*., 1951, II, 230, con nota di E. ALTAVILLA, *Responsabilità colposa in una partita di calcio*.

(68) Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2002, n. 12012, cit., 531.

all'infortunato il relativo trattamento assicurativo può agire, nei confronti del responsabile, in surrogazione dell'assistito, per il recupero della prestazione corrisposta[69]. In particolare, le disposizioni di cui agli artt. 28 della l. n. 990/1969 (poi abrogata e sostituita dal d. lgs. n. 209/2005) e 14 della l. n. 222/1984 hanno codificato e disciplinato il diritto di surrogazione dell'assicuratore sociale, ai fini del recupero delle prestazioni derivanti da invalidità o inabilità, nei diritti dell'assicurato o dei suoi superstiti verso i terzi responsabili e le loro eventuali compagnie di assicurazione. Diritto di surroga che può inquadrarsi nell'ambito del più generale fenomeno della successione particolare nella titolarità del credito[70], mentre, quanto al fondamento giuridico, dottrina e giurisprudenza ritengono concordemente «*che l'istituto della surrogazione costituisce applicazione del c.d. principio indennitario, in virtù del quale un sinistro non può diventare fonte di lucro per chi lo subisce, neppure quando l'indennizzo gli spetti a duplice titolo da parte di due soggetti diversi, come accade, appunto, nell'ipotesi in cui lo stesso evento dannoso, oltre a far sorgere un'obbligazione risarcitoria a carico di chi lo ha cagionato, rende, altresì, operante una copertura assicurativa*»[71].

In altri termini, l'istituto previdenziale potrà richiedere al terzo responsabile il rimborso delle erogazioni assicurative[72]. Orbene, in via generale è possibile osservare come lo schema tipico dell'esercizio del diritto di surroga dell'assicuratore non muti per la circostanza che il fatto dal quale deriva l'obbligo di assistenza previdenziale è riferibile alla pratica sportiva. Attesa l'estraneità del terzo danneggiante al rapporto assicurativo, inoltre, anche in questo caso la successione nel diritto che si verifica a favore dell'assicuratore sociale comporta la sostituzione dello stesso all'assicurato nella titolarità del diritto, che rimane sostanzialmente immutato nella sua consistenza oggettiva.

Anche in tale contesto, dunque, presupposto dell'azione di surroga è la sussistenza di una responsabilità di terzi nella causazione del danno (inabilità, invalidità) che ha provocato l'intervento assicurativo dell'ente previdenziale. Siffatta responsabilità, tuttavia, andrà accertata alla luce dei principi di elaborazione giurisprudenziale sopra sinteticamente esaminati, che riteniamo applicabili alla fattispecie.

In tal senso, del resto, deve anche considerarsi «*il consolidato principio, secondo il quale la normativa aquiliana contiene un implicito rinvio alle disposizioni penali in materia di cause di giustificazione, in presenza delle quali anche l'illecito extracon-*

---

(69) Per riferimenti dottrinali, ma anche giurisprudenziali, sul diritto di surroga dell'assicuratore in generale, v. Castellano-Scarlatella, *Le assicurazioni private, in Giur. sistem. Dir. civ. e comm.*, 1981, 385 ss..

(70) *Ex multis*, Cass. civ., 10 giugno 1982, n. 3513, *in Mass. Giur. it.*, 1982, c. 898; Cass. civ., 5 novembre 1981, n. 5814, in *Foro pad.*, 1982, I., 39; Cass. Civ., 22 aprile 1981, n. 2344, in *Arch. Civ.*, 1981, 766; Cass. civ., 30 maggio 1979, n. 3140, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1341.

(71) M. Nardi, *I limiti all'azione di surrogazione dell'Inps derivanti dal riconoscimento del danno biologico*, in *Informazione previdenziale*, 1992, 889.

(72) Sulle problematiche generali delle azioni di surroga e di regresso degli enti previdenziali, v. Naletto, *Le azioni di surroga e di regresso dell'Inail*, in *Trattato di previdenza sociale*, diretto da Bussi-Persiani, Padova, 1981, IV, 404 ss..

trattuale resterebbe escluso»[73]. Ne deriva che, sul piano civilistico e, quindi, anche nel quadro surrogatorio di cui qui è cenno, il danno è ingiusto e, dunque, suscettibile di essere risarcito, solo ove sia possibile considerarlo contemporaneamente *contra ius e non iure*[74], considerato che, come detto, il meccanismo, sopra prospettato, di esonero da responsabilità civile del terzo non sembra subire deviazioni a causa dell'intervento dell'assicuratore. Il congegno classico della surroga dell'assicuratore viene, quindi, eventualmente a subire le medesime limitazioni che il danneggiato incontrerebbe nell'ambito dell'esercizio dell'azione diretta di risarcimento dai danni, attese le esigenze di equo contemperamento tra gli opposti interessi e fermo restando, peraltro, il limite generale rappresentato dalla considerazione che le finalità perseguite con l'attribuzione della specifica azione, non possono mai risolversi nel pregiudizio di valori costituzionalmente garantiti, quale, ad esempio, il diritto alla salute[75].

Al fine di valutare l'esercizio dell'azione di surroga, l'ente previdenziale che ha prestato tutela all'assicurato rimasto infortunato nell'ambito dello svolgimento della pratica sportiva è, dunque, chiamato a svolgere una verifica non certo facile, attesa la fragile linea di separazione tra condotta sportiva violenta consentita e condotta sportiva violenta illecita (*rectius*: non scriminata). Occorrerà muovere dallo specifico contesto di riferimento e, segnatamente, dalla disciplina sportiva presa in considerazione e dal relativo regolamento, per poi passare all'esame delle specifiche modalità dell'incidente, sempre tenendo presente sullo sfondo l'esigenza di non incrinare quell'equilibrio di diritti, prestazioni ed interessi su cui si fonda il nostro sistema assicurativo-previdenziale.

Occorrerà, inoltre, tenere conto che sussiste una certa gradualità dello stesso rischio accettato, soprattutto in funzione del tipo di incontro (tra professionisti, tra dilettanti, ecc.)[76]. La condotta del giocatore non professionista, infatti, deve essere correlata al tipo di competizione in atto, tanto da essere richiesta una particolare cautela e prudenza per evitare il pregiudizio fisico all'avversario, e quindi un maggior controllo dell'ardore agonistico, non equiparabile a quello che caratterizza le competizioni sportive tra professionisti, le cui azioni impetuose, invece, sono scriminate nei limiti del rischio consentito[77].

Tentando di proporre un rapido schema di sintesi, senza dubbio necessario di ulteriori specifici approfondimenti, può ritenersi che l'eventuale azione surrogatoria promossa dall'Istituto previdenziale legittimato non trovi ostacoli nell'ipotesi in cui la pratica sportiva ed il terreno di gioco abbiano rappresentato solo l'occasione per cagionare danno all'avversario. Laddove, cioè, possa evincersi che una condotta di gara, a prescin-

---

(73) R. Frau, *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Il gioco del calcio*, cit., 2027, che, a tal proposito, richiama Cass. civ., 3 giugno 1998, n. 5462, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 1205; Trib. Verona, 13 dicembre 1988, in *Giur. It.*, 1990, I, 2, 135; Pret. Trento, 11 maggio 1996, cit.

(74) Così, a titolo esemplificativo, Cass. civ., sez. III, 1 aprile 1980, n. 2105, in *Giust. Civ. Mass.*, 1980, f. 4.

(75) Cfr. Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1991, I, 3291 ss. Sul punto v. anche, particolarmente, E. Navarretta, *La riforma ideologica del danno alla salute: vecchio e nuovo nei rapporti tra responsabilità civile e assicurazione sociale*, in *Resp. civ.*, 1991, 249.

(76) Cfr. Cass. pen., sez. V, 30 aprile 1992, n. 1002, cit.

(77) V. Cass. pen., sez. IV, 6 ottobre 2006, n. 33577, in *Riv. Dir. Econ. Sport.*, 2006, vol.2, n.3, 167.

dere dall'osservanza o meno delle regole del gioco, sia stata dolosamente posta in essere allo scopo di provocare lesioni a terzi, appare evidente che il suo autore ben possa essere chiamato a risarcire il danno (corrispondente alla prestazione economica liquidata) subito dall'ente previdenziale che abbia prestato tutela all'assicurato danneggiato.

Analogamente può dirsi nell'ipotesi di infortunio causato a seguito di intervento sportivo che, seppur privo di intento doloso, è attuato non solo in violazione delle regole del gioco preso in considerazione, ma anche in modo contrastante con le esigenze del contesto in cui si svolge l'azione di gioco.

In altri termini, cioè, il comportamento diviene illecito e, quindi, per quanto qui interessa, fonte di responsabilità di natura restitutoria a fronte dell'esercizio dell'azione di surroga di cui trattasi, quando la condotta sportiva da cui discende l'evento lesivo, avulsa dalle esigenze della competizione sportiva, risulti determinata dall'intenzione di compiere una violenza diretta alla lesione dell'altrui incolumità personale[78] o, comunque, dal porre scientemente a repentaglio l'integrità fisica dell'avversario, esponendolo ad un rischio maggiore di quello che può ritenersi accettato[79].

Al contrario, riteniamo che l'azione surrogatoria trovi un limite nell'impossibilità di imputare alla responsabilità dello sportivo quegli eventi lesivi cagionati negli "ordinari" scontri di gioco o causati da condotte sportive che appaiano comunque compatibili con la disciplina sportiva considerata e con il relativo regolamento di gioco.

---

(78) In tal senso, Cass. pen., sez. I, 20 novembre 1973, n. 4513, in *Riv. Dir. Sport*., 273, con nota di C. CAIANELLO, *L'attività sportiva nel diritto penale*, che ha condannato per il delitto di lesioni personali gravi il giocatore colpevole di aver colpito un avversario, procurandogli la frattura della mandibola, quando gli stessi non erano in alcun modo impegnati in un'azione di gioco. Nello stesso senso Trib. Udine, 6 giugno 1990, in *Riv. Dir. Sport*., 1991, 85, che ha giudicato penalmente responsabile "*il giocatore di football americano che, nel corso di una gara ed in occasione di un impatto con un avversario per contrastarlo, anche senza il possesso della palla, l'abbia colpito volontariamente con un pugno al corpo provocandogli gravissime lesioni personali: non si tratta infatti, nella fattispecie, di un colpo rientrante nelle regole di quella pur maschia e violenta disciplina sportiva*". Secondo Trib. Belluno, 28 maggio 1986, in *Riv. Dir. Sport*., 1986, 95, "*è responsabile penalmente un giocatore di calcio, che, nel corso di una gara e mentre il gioco si svolge in un'altra zona del campo, colpisca con un pugno al volto un avversario provocandogli lesioni personali*". Trib. Marsala, 29 ottobre 1981, in *Riv. Dir. Sport*., 1982, 197 ha ritenuto penalmente responsabile "*il calciatore che, a gioco fermo, colpisca un avversario procurandogli lesioni personali*".

(79) Cfr. Trib. Aosta, 21 maggio 1997, in *Resp. Civ. Prev.*, 1997, 1208.

NOTE A SENTENZA

Pensione di reversibilità e altri assegni - Divorzio - Concorso tra coniuge divorziato e coniuge superstite - Diritto del divorziato alla quota di pensione - Natura autonoma e previdenziale della pensione di reversibilità - Configurabilità - Criteri per la ripartizione della pensione in capo agli aventi diritto - Decorrenza del trattamento di reversibilità nei confronti dell'Ente erogatore (INPS)

Corte di Cassazione, Sez. I - 19.09.2008 n. 23862 - Pres. Luccioli - Rel. Giuliani - P.M. Schiavon - G.P. (Avv. Ambrosca) - C.G. (Avv. Russillo)

In presenza di un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, il diritto del coniuge divorziato ad una quota del trattamento di reversibilità (art. 9, comma terzo, della legge n. 898 del 1970 nel testo novellato dall'art. 13 della legge n. 74 del 1987) dell'ex coniuge deceduto, non costituisce soltanto un diritto vantato nei confronti del coniuge superstite avente - in quanto tale - natura e funzione di prosecuzione del precedente assegno di divorzio, ma costituisce un autonomo diritto (di natura previdenziale, al pari di quel diritto che si configura invece, ai sensi del secondo comma del citato art. 9, allorché manchi un coniuge superstite con i requisiti per la pensione di reversibilità) al trattamento di reversibilità, che l'ordinamento attribuisce al medesimo coniuge superstite, con la sola peculiarità per cui un tal diritto è limitato, quantitativamente, dall'omologo diritto spettante al coniuge superstite. Ne consegue che sia il coniuge divorziato che quello superstite sono titolari di un proprio diritto all'unico trattamento di reversibilità (diritto autonomo e concorrente, in pari grado, che si qualifica, per l'appunto, come diritto ad una quota della pensione di reversibilità) ed il coniuge superstite non è più l'unico naturale destinatario della pensione di reversibilità spettante al coniuge sopravvissuto, là dove, anche nell'ipotesi in cui vi sia il concorso di più coniugi divorziati e del coniuge superstite, quel che viene diviso è l'unico trattamento di reversibilità spettante, in astratto, al coniuge superstite e non un diritto di quest'ultimo.

Nel caso di concorso del coniuge superstite con quello divorziato, il diritto alla quota di reversibilità deve farsi decorrere dal primo giorno del mese successivo al decesso del coniuge assicurato o pensionato, stante la natura di credito pensionistico di detta quota. Tale diritto nasce, per entrambi, nei confronti dell'Ente erogatore; pertanto, è a carico soltanto dell'Ente, e non anche del coniuge superstite che, nel frattempo, abbia percepito per intero e non "pro quota" il trattamento di reversibilità, che devono essere posti gli ar-

retrati spettanti al coniuge divorziato sul trattamento anzidetto in proporzione alla quota riconosciuta dal giudice, a decorrere dal primo giorno del mese successivo a quello del decesso dell'ex coniuge, salva restando, ovviamente, la facoltà per l'ente previdenziale di recuperare dal coniuge superstite le somme versategli in eccesso.

FATTO – Con atto di citazione notificato in data 15.1.1999, C.G. conveniva avanti al Tribunale di Santa Maria Capua Vetere G.P., premettendo:
a) che essa istante, il 20.7.1957, aveva contratto matrimonio concordatario con A.D.;
b) che, mediante sentenza del Tribunale di Roma in data 6.7/22.9.1978, era stata pronunciata la cessazione degli effetti civili di tale matrimonio ed era stato altresì riconosciuto in suo favore un assegno divorzile di L. 150.000 mensili;
c) che l'ex coniuge, il 23.11.1978, aveva contratto nuovo matrimonio con la P.;
d) che il D., già dipendente dell'Agenzia per la Promozione dello Sviluppo del Mezzogiorno, era cessato dal servizio il 9.5.1988 a seguito di dimissioni volontarie, restando percettore di pensione dell'INPS;
e) che il medesimo era, infine, deceduto in data 18.2.1995.
Tanto premesso, l'attrice chiedeva che venisse riconosciuto il suo diritto ad una quota della pensione di reversibilità corrisposta alla P. dalla data del decesso del D., con condanna della convenuta alla rifusione della percentuale delle somme percepite, oltre agli accessori.

La stessa convenuta, costituendosi in giudizio, deduceva che la ripartizione della pensione di reversibilità dovesse essere effettuata esclusivamente sulla base del criterio della durata legale dei rispettivi matrimoni, instando per il rigetto di ogni altra pretesa avversaria; quindi, in corso di causa, chiedeva che, nel procedere alla ripartizione in argomento, non si tenesse conto del mero criterio anzidetto, ma si valutasse anche il fatto che essa era priva di altri redditi, a differenza della G..

Il Tribunale adito, con sentenza in data 2/18.7.2002, rigettava la domanda, rilevando che l'attrice non aveva dato prova della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per il riconoscimento in suo favore di una quota della pensione di reversibilità goduta dal coniuge superstite.

Avverso la decisione, proponeva appello la G., la quale deduceva che il fascicolo di parte, da lei depositato in primo grado unitamente alla comparsa conclusionale e non rinvenuto dal Collegio all'atto della decisione stessa, era stato smarrito dall'Ufficio, facendo altresì presente che, comunque, anche in mancanza di tale fascicolo, il primo Giudice avrebbe dovuto accogliere la domanda attorea, essendo incontestato tra le parti che essa appellante, già titolare di assegno di divorzio in forza della richiamata sentenza del Tribunale di Roma in data 6.7/22.9.1978, aveva diritto ad una quota della pensione di reversibilità percepita dal coniuge superstite.

Resisteva nel grado la P., ribadendo di essere priva di altri redditi (a differenza della G.) e concludendo, quindi, per il rigetto del gravame.

La Corte territoriale di Napoli, con sentenza del 5/13.5.2004, accoglieva per quanto di ragione l'appello ed, in parziale riforma della decisione impugnata, attribuiva alla G.,

a far data dal marzo 1995, una quota pari al 56,57% della pensione di reversibilità e degli altri assegni che spettavano alla P. quale coniuge superstite del D..

Assumeva detto Giudice:

a) che, alla stregua dell'anzidetta pronuncia del Tribunale capitolino, nuovamente depositata in copia conforme dall'appellante, non potesse dubitarsi del diritto di quest'ultima alla percezione di una quota della pensione di reversibilità goduta dalla stessa P.;

b) che la ripartizione di detta pensione tra le aventi diritto dovesse essere effettuata in base al solo criterio della durata dei rispettivi matrimoni, in mancanza di altri elementi di valutazione idonei a fungere da "correttivi" e, segnatamente, di una comprovata situazione di squilibrio tra le rispettive condizioni economiche delle parti;

c) che, essendo il matrimonio della G. con il D. durato circa 21 anni e 2 mesi (dal 20.7.1957 al 14.9.1978), mentre quello della P. era durato circa 16 anni e 3 mesi (dal 23.11.1978 al 18.2.1995), all'appellante spettasse, in base al rapporto tra la durata legale del suo matrimonio e la misura costituita dalla somma dei due periodi matrimoniali, una quota della pensione di reversibilità del coniuge defunto pari al 56,57%;

d) che il diritto dell'appellante alla percezione della quota della pensione di reversibilità decorresse dal mese successivo a quello in cui era avvenuto il decesso dell'ex coniuge, laddove, tuttavia, non poteva accedersi alla richiesta della G. di condanna della P. alla restituzione delle quote di pensione, di spettanza dell'appellante, già percepite dalla stessa P., dovendo presumersi, in considerazione della natura solidaristica della pensione in argomento e della ridotta misura delle prestazioni mensili conseguite, che i relativi importi fossero stati consumati dall'appellata per far fronte alle sue esigenze di vita.

Avverso tale sentenza, ha proposto un primo ricorso per cassazione (notificato l'8.1.2005 e, quindi, iscritto al numero 1864/05 del R.G.) la P., deducendo due motivi di gravame ai quali ha resistito con controricorso la G., la quale, nel frattempo, ha proposto un secondo ricorso per cassazione (notificato il 10.1.2005 e, quindi, iscritto al numero 1637/05 del R.G., siccome depositato in data anteriore rispetto all'altro), affidato a tre motivi, cui ha resistito con controricorso la P. che, a propria volta, ha spiegato contestualmente ricorso incidentale (notificato il 18.2.2005 e, quindi, iscritto al numero 6227/05 del R.G.) deducendo del pari due motivi.

La G. ha altresì presentato memoria.

DIRITTO – Deve, innanzi tutto, essere ordinata, ai sensi del combinato disposto degli artt. 333 e 335 c.p.c., la riunione di tutti e tre i ricorsi meglio sopra specificati, relativi ad altrettante impugnazioni separatamente proposte contro la medesima sentenza.

Giova, quindi, affrontare l'esame del ricorso principale, iscritto al n. 1864/05.

Con il primo motivo di impugnazione, lamenta la P. violazione e falsa applicazione di norme di diritto, in riferimento all'art. 360 c.p.c., assumendo: a) che erroneamente il giudice di merito ha ritenuto non allegata agli atti la certificazione INPS depositata all'udienza del 22.2.2001, là dove, in effetti, la prova del deposito è data dallo stesso avvocato di controparte il quale, nel verbale di udienza, *"chiede termine per esaminare la documentazione prodotta"*, nonché dal Giudice, che rinvia la causa *"per l'esame della documentazione esibita"*;

b) che il documento non è stato ridepositato in sede di appello perché, dall'analisi della sentenza impugnata, non risultava alcuna menzione circa la mancanza dello stesso dagli atti;
c) che, anzi, il Giudice di prime cure, nella stesura della sentenza anzidetta, dimostra di averlo esaminato e preso in considerazione, avendo fondato il rigetto della domanda attorea anche sulla *"lettura dei documenti depositati da parte convenuta"*, i quali consistono proprio nella certificazione INPS depositata all'udienza del 22.2.2001;
d) che controparte, pur avendo richiesto all'udienza del 22.2.2001 rinvio per esame del documento, non lo ha, poi, mai contestato, avendone, quindi, implicitamente riconosciuto ed accettato il contenuto.

Il motivo non è fondato.

Giova, al riguardo, premettere che la Corte territoriale, dopo avere espressamente riconosciuto il diritto della G. alla percezione di una quota della pensione di reversibilità del coniuge superstite, ai sensi dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 13 della legge 6 marzo 1987, n. 74, nonché la necessità che la relativa ripartizione venga effettuata non soltanto in base al criterio temporale della durata dei rispettivi matrimoni, ma altresì in base alle rispettive condizioni economiche delle parti, abbia dato conto, in proposito, dell'assunto della P. circa il fatto *"di non godere di altro reddito oltre la pensione di reversibilità del defunto coniuge, a differenza dell'attrice, che gode anche di autonoma pensione di dipendente statale"*, significando, tuttavia, che, all'udienza del 22.2.2001, la stessa P. ha dichiarato di depositare, a riprova della dedotta mancanza di altri redditi, certificato dell'INPS, laddove, però, *"di tale documento non vi è traccia nel fascicolo diparte, né vi è menzione nel relativo indice"*.

A fronte di un simile apprezzamento, le censure dell'odierna ricorrente principale (di cui al motivo in esame) non si palesano minimamente decisive, nel senso esattamente:

a) che la richiesta di termine per esame, avanzata da controparte appunto all'udienza del 22.2.2001 ed accolta dal Giudice, come pure il fatto che dalla sentenza del Tribunale non risultasse la mancanza agli atti del documento in questione, non appaiono per nulla rilevanti, atteso che, trattandosi di circostanze relative entrambe al giudizio di primo grado, le medesime circostanze non sono di per sé idonee a contraddire l'assunto della Corte territoriale là dove quest'ultima, come si è detto, ha rilevato, però, che, in ogni caso, al momento della decisione di appello, *"di tale documento non vi* (era) *traccia nel fascicolo diparte, nè vi* (era) *menzione nel relativo indice"*;

b) che analogamente è a dire per quanto attiene all'affermazione, contenuta nella sentenza di primo grado, circa l'intervenuta *"lettura dei documenti depositati da parte convenuta"*, anche perché, a quest'ultimo riguardo, l'estrema genericità della formula adoperata dal Tribunale (*"documenti depositati da parte convenuta"*) non è sufficiente a dare certezza che, tra tali documenti, fosse compreso anche il *"certificato dell'INPS"* in questione;

c) che, del resto, in mancanza di uno specifico richiamo al contenuto analitico di detto documento, neppure rileva la mancata contestazione dello stesso ad opera di controparte, ai fini del riconoscimento e dell'accettazione di un simile contenuto.

Con il secondo motivo di impugnazione, lamenta ancora la P. (ricorrente principale) errata interpretazione e, quindi, falsa applicazione dell'art. 345 c.p.c., in riferimento

all'art. 360 c.p.c., nonché insufficiente, erronea, illogica e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, in riferimento all'art. 360 c.p.c., deducendo:
a) che il Giudice di merito non ha tenuto in conto la dichiarazione dei redditi del 2003 della medesima P., ritenendola tardivamente prodotta in quanto depositata insieme alle memorie di replica;
b) che la dichiarazione dei redditi in parola è da ritenere integrativa della documentazione INPS più volte menzionata;
c) che essa è stata depositata in conseguenza dell'eccezione, sollevata da controparte in sede di comparsa conclusionale di appello, secondo cui non risultava provato che la P. fosse monoreddito;
d) che, quindi, se è tardivo il deposito del documento, è da ritenere tardiva anche l'eccezione *ex adverso* sollevata, della quale il Giudice non doveva tenere conto;
e) che la circostanza secondo cui la P. non gode di altri redditi risulta provata *per tabulas*, anche perché, in caso contrario, essa non avrebbe fruito della pensione del D. nella sua interezza;
f) che neppure può trovare ingresso l'interpretazione del Giudice di merito secondo cui le affermazioni della P. circa la mancanza di altri redditi sono state contestate dalla G. sia in primo grado sia in appello;
g) che, in effetti, controparte, in entrambi i casi, si è limitata ad impugnare l'avverso dedotto in maniera generica secondo formule di rito;
h) che, del resto, la medesima controparte, all'udienza del 28.6.2001, si è limitata a chiedere il rinvio per la precisazione delle conclusioni, in tale sede non riproponendo neppure la questione, laddove l'impugnazione sollevata all'udienza del 4.2.2004 è da ritenere inutile, in quanto la mancanza di altro reddito della P. risultava ormai sufficientemente provata, vuoi attraverso la documentazione INPS (da ritenere ritualmente acquisita agli atti) vuoi, comunque, *per tabulas*.

Il motivo non è fondato.

La Corte territoriale, al riguardo, ha in effetti osservato:
a) che *"non può tenersi conto … della dichiarazione dei redditi del 2003, tardivamente prodotta dall'appellata … all'atto del deposito della memoria di replica"*;
b) che *"le affermazioni della P. circa la mancanza di altri redditi sono state contestate dalla G. sia in primo grado (v. verbale di udienza del 22.2.2001, in cui il procuratore dell'attrice ha impugnato* "l'avverso dedotto") *sia in appello (v. verbale di udienza del 4.2.2004, in cui il procuratore dell'appellante ha dichiarato di impugnare* "ancora una volta quanto dedotto ed affermato dall'appellante nella comparsa di risposta e nei verbali di causa")*"*.

A fronte di simili apprezzamenti, le censure dell'odierna ricorrente principale (P.) ancora una volta non si palesano decisive, nel senso esattamente:
a) che, per quanto attiene all'eccezione, sollevata dalla controparte in sede di comparsa conclusionale in grado di appello, secondo cui non risultava provato che la P. fosse monoreddito, è sufficiente osservare come l'assunto di quest'ultima *"di non godere di altro reddito oltre la pensione di reversibilità del defunto coniuge"* attiene, evidentemente, ad uno degli elementi costitutivi del diritto azionato in giudizio dalla stessa P. (segnatamen-

te relativo al profilo che riguarda il *quantum debeatur*), onde, come incombe al soggetto che esercita tale diritto l'onere di dimostrare i fatti che ne determinano la titolarità, così rientra tra i poteri del giudice quello di rilevare, indipendentemente dall'iniziativa della parte interessata e, quindi, anche in via officiosa, la mancanza di prova circa gli elementi appunto che caratterizzano l'efficacia costitutiva della pretesa in questione, senza che, però, dalla conseguente tempestività della relativa eccezione (di mancanza di prova esattamente) sollevata dalla parte avversa in comparsa conclusionale (anche d'appello), possa ricavarsi la conclusione della eguale tempestività di una produzione documentale (come quella di specie, avente ad oggetto la dichiarazione dei redditi del 2003) la quale, essendo intervenuta (secondo l'incensurato - di per sé - apprezzamento della Corte territoriale) *"all'atto del deposito della memoria di replica"*, non può, comunque, neppure ricondursi nel novero delle eccezioni (*"salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile"*) che l'art. 345, ultimo comma, c.p.c. (nel testo novellato dall'art. 52 della legge 26 novembre 1990, n. 353, applicabile *ratione temporis*) introduce al più generale divieto, a pena di inammissibilità, della produzione di nuovi documenti nel giudizio di appello;

b) che la fruizione, da parte della P., della pensione di reversibilità del defunto D. "*nella sua interezza"* non si palesa minimamente decisiva, in sé, ai fini del riconoscimento che la stessa *"non gode di altri redditi"*;

c) che le affermazioni della P. circa la mancanza di altri redditi, sulla base dell'apprezzamento (di per sé non censurato) della Corte territoriale, non possono certamente dirsi "non contestate", avuto riguardo al fatto che una contestazione, sia pure generica, vi è, comunque, stata (*"le affermazioni della P. circa la mancanza di altri redditi sono state contestate dalla G. sia in primo grado (v. verbale di udienza del 22.2.2001, in cui il procuratore dell'attrice ha impugnato* "l'avverso dedotto") *sia in appello (v. verbale di udienza del 4.2.2004, in cui il procuratore dell'appellante ha dichiarato di impugnar*e "ancora una volta quanto dedotto ed affermato dall'appellante nella comparsa di risposta e nei verbali di causa")*")* e che, per un verso, la condotta processuale serbata dalla G. all'udienza del 28.6.2001 non appare decisiva in senso contrario, laddove l'impugnazione "sollevata all'udienza del 4.2.2004" sta semmai a significare, per altro verso, che la mancanza di redditi diversi dalla pensione di reversibilità, da parte della P., non poteva per nulla ritenersi "sufficientemente provata", tanto più quando, come nella specie, si assuma tale prova raggiunta attraverso elementi (documentazione INPS e fruizione della pensione di reversibilità nella sua interezza) che, giusta quanto precede, sono da considerare, rispettivamente, non acquisiti ovvero del tutto ininfluenti.

Il ricorso principale della P., pertanto, deve essere rigettato.

Giova, quindi, esaminare congiuntamente i tre motivi posti a fondamento del ricorso incidentale iscritto al n. 1637/05, i quali involgono la trattazione di questioni strettamente connesse.

Con il primo, dunque, di tali motivi, lamenta la G. violazione e falsa applicazione dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 13 della legge 6 marzo 1987, n. 74, in riferimento all'art. 360, n. 3, c.p.c., deducendo:

a) che la Corte territoriale, pur affermando il diritto di essa ricorrente alla percezione della quota della pensione dal mese successivo a quello in cui è avvenuto il decesso dell'ex coniuge, ha erroneamente rigettato la richiesta di restituzione delle quote di spettanza di lei, percepite dalla P., dovendosi presumere, in considerazione della natura solidaristica della pensione di reversibilità e della ridotta misura delle prestazioni mensili conseguite, che tali importi siano stati consumati dall'appellata per far fronte alle sue esigenze di vita;
b) che il diritto del coniuge divorziato ad una quota del trattamento di reversibilità non solo costituisce un autonomo diritto, con la sola peculiarità per cui tale diritto è limitato quantitativamente dall'omologo diritto spettante al coniuge superstite, ma costituisce anche un diritto vantato nei confronti di quest'ultimo, avendo, in quanto tale, natura e funzione di prosecuzione del precedente assegno di divorzio, onde il coniuge divorziato e quello superstite sono titolari di un proprio diritto all'unico trattamento di reversibilità, diritto autonomo e concorrente in pari grado che si qualifica appunto come diritto ad una quota della pensione di reversibilità.

Con il secondo motivo di impugnazione, lamenta, ancora, la ricorrente incidentale violazione e falsa applicazione dell'art. 1175 c.c., in riferimento all'art. 360, n. 3, c.p.c., deducendo:
a) che la P. non poteva non sapere dell'esistenza del coniuge divorziato e dell'obbligo del marito di corrispondere a quest'ultimo l'assegno divorzile, onde non poteva ignorare che essa non era l'unico naturale destinatario della pensione di reversibilità di spettanza del coniuge sopravvissuto, stante il concorrente diritto del coniuge divorziato;
b) che la P. ha violato i doveri di correttezza e di buona fede, la cui inosservanza non può essere fonte di diritti, ma è sicuramente fonte di responsabilità, concretando senza ombra di dubbio la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica.

Con il terzo motivo di impugnazione, lamenta, infine, la ricorrente incidentale vizio di motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia, in riferimento all'art. 360, n. 5, c.p.c., deducendo che, di fronte ad un consapevole comportamento illegittimo, appare erronea la motivazione della Corte territoriale là dove ha ritenuto non restituibili le quote di spettanza dell'odierna ricorrente in considerazione della natura solidaristica della pensione di reversibilità, presumendo, peraltro, che i relativi importi siano stati consumati legittimamente dalla P. per far fronte alle sue esigenze di vita, mentre una simile presunzione appare assolutamente non coerente, non potendosi dire che essa sia ragionevole conseguenza di un fatto noto.

I tre motivi sono infondati.

Giova premettere che il Giudice di merito, effettivamente, dopo avere espressamente riconosciuto che il diritto dell'appellante alla percezione della quota della pensione di reversibilità decorre dal mese successivo a quello in cui è avvenuto il decesso dell'ex coniuge, ha, tuttavia, ritenuto di non potere accedere *"alla richiesta della G. di condanna della P. alla restituzione delle quote di pensione di spettanza dell'appellante dalla stessa già percepite, dovendosi presumere, in considerazione della natura solidaristica della pensione di reversibilità e della ridotta misura delle prestazioni mensili*

conseguite, che tali importi siano stati consumati dall'appellata per far fronte alle sue esigenze di vita".

Tanto premesso, si osserva come, al riguardo, questa Corte abbia enunciato i seguenti principi:

a) che, in presenza di un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, il diritto del coniuge divorziato ad una quota del trattamento di reversibilità (ex art. 9, comma 3, della legge n. 898 del 1970, nel testo novellato dall'art. 13 della legge n. 74 del 1987,) dell'ex coniuge deceduto non costituisce soltanto un diritto vantato nei confronti del coniuge superstite avente - in quanto tale - natura e funzione di prosecuzione del precedente assegno di divorzio, ma costituisce un autonomo diritto (di natura previdenziale, al pari di quel diritto che si configura, invece, ai sensi del secondo citato comma del citato art. 9, allorché manchi un coniuge superstite il quale abbia i requisiti per la pensione di reversibilità) al trattamento di reversibilità, che l'ordinamento attribuisce al medesimo coniuge superstite, con la sola peculiarità per cui tale diritto è limitato, quantitativamente, dall'omologo diritto spettante all'anzidetto coniuge superstite, onde sia il coniuge divorziato sia il coniuge superstite sono titolari di un proprio diritto all'unico trattamento di reversibilità (diritto autonomo e concorrente, in pari grado, qualificantesi per l'appunto come diritto ad una quota della pensione di reversibilità) ed il coniuge superstite non è più l'unico naturale destinatario della pensione di reversibilità spettante al coniuge sopravvissuto, laddove, anche nell'ipotesi in cui vi sia il concorso di più coniugi divorziati e del coniuge superstite, quel che viene diviso è l'unico trattamento di reversibilità spettante, in astratto, al coniuge superstite, non un diritto di quest'ultimo (Cass. Sezioni Unite 12 gennaio 1998, n. 159);

b) che, nel caso di concorso del coniuge superstite con quello divorziato, il diritto alla quota di reversibilità deve farsi decorrere dal primo giorno del mese successivo al decesso del coniuge assicurato o pensionato, considerato che, in base all'art. 9 della legge n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 13 della legge n. 74 del 1987, detta quota ha natura di credito pensionistico, onde la relativa decorrenza, cui deve uniformarsi il disposto della sentenza la quale ripartisca tale trattamento, non può non corrispondere alle norme in materia là dove queste ultime facciano riferimento appunto al primo giorno del mese successivo a quello del decesso anzidetto (Cass. 14 dicembre 2001, n. 15837; Cass. 30 marzo 2004, n. 6272);

c) che ad una simile conclusione non si oppone, in presenza del richiamato quadro normativo, la natura costitutiva della decisione, sussistendo già al momento del decesso le condizioni che giustificano l'attribuzione della quota di reversibilità (Cass. n. 6272/2004, cit.);

d) che la riferita decorrenza del trattamento di reversibilità, nel caso sopraindicato di concorso del coniuge superstite e del coniuge divorziato, nasce, per entrambi, nei confronti dell'Ente erogatore (Cass. n. 15837/2001, cit.), onde a carico soltanto di quest'ultimo, e non anche del coniuge superstite che, nel frattempo, abbia percepito per intero e non *pro quota* il trattamento di reversibilità corrisposto dall'Ente medesimo, debbono essere posti gli arretrati spettanti al coniuge divorziato sul trattamento anzidetto in proporzione alla quota riconosciuta dal giudice, a decorrere dal primo giorno del mese successivo

a quello del decesso dell'ex coniuge, salva restando, ovviamente, la facoltà per l'ente previdenziale di recuperare dal coniuge superstite le somme versategli in eccesso (Cass. 31 gennaio 2007, n. 2092).

Di tali principi ha fatto applicazione la Corte territoriale, onde le censure di cui ai motivi in esame non meritano accoglimento e debbono, quindi, essere disattese, là dove detto Giudice, indipendentemente dalla motivazione adottata (*"dovendosi presumere, in considerazione della natura solidaristica della pensione di reversibilità e della ridotta misura delle prestazioni mensili conseguite, che tali importi siano stati consumati dall'appellata per far fronte alle sue esigenze di vita"*), la quale ben può essere corretta, nei termini sopra illustrati, a norma dell'art. 384, ultimo comma, c.p.c., ha, comunque, ritenuto di non potere accedere "*alla richiesta della G. di condanna della P. alla restituzione delle quote di pensione di spettanza dell'appellante dalla stessa già percepite"*.

Per quanto, infine, attiene al ricorso incidentale iscritto al n. 6227/05, si osserva che deve esserne dichiarata l'inammissibilità.

Mediante tale ricorso, infatti, spiegato, in via "incidentale" appunto, unitamente al controricorso proposto per resistere al ricorso della G. notificato il 10.1.2005 ed iscritto al n. 1637/05, la P. ha, in realtà, dedotto censure perfettamente "identiche" a quelle poste a fondamento del primitivo ricorso (principale) notificato l'8.1.2005 ed iscritto al n. 1864/05, dando semplicemente (ed espressamente) atto che *"con atto … notificato l'8.1.05 … la comparente ha proposto ricorso avverso la sentenza n. 1596/04 emessa dalla Corte di Appello di Napoli (e che) la sentenza de qua è stata impugnata anche dalla G. con atto notificato il 10.1.05"*.

In ordine, quindi, al ricorso in esame (iscritto al n. 6227/05), deve trovare applicazione il principio secondo cui, a norma dell'art. 366 c.p.c., il ricorso per cassazione va proposto, a pena di inammissibilità, con unico atto avente i requisiti di forma e di contenuto indicati in tale disposizione, onde la consumazione del diritto di impugnazione conseguente alla proposizione di ricorso principale per cassazione esclude che la stessa parte, ricevuta la notificazione di altro ricorso (incidentale) della controparte, possa proporre, in sede di controricorso a detto ricorso incidentale, un successivo ricorso incidentale, che, se avanzato, deve essere dichiarato inammissibile, avendo essa già proposto appunto il ricorso principale e, quindi, consumato il diritto di impugnazione, là dove la proposizione di un nuovo ricorso resta consentita solo quando quello già spiegato sia viziato (ma non ancora dichiarato inammissibile) ed il secondo miri a sostituirlo (Cass. 10 febbraio 2005, n. 2704; Cass. 26 settembre 2005, n. 18756; Cass. 29 novembre 2005, n. 25925).

La reciproca soccombenza e la stessa delicatezza dei rapporti che coinvolgono le parti in causa giustificano (secondo quanto, del resto, già disposto in ambo i gradi di merito) la compensazione tra le medesime parti delle spese del giudizio di cassazione.

(Omissis)

IL RICONOSCIMENTO DELLA PENSIONE DI REVERSIBILITÀ AL CONIUGE DIVORZIATO: PROFILI DI DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSUALE

Sommario: 1. - Premessa. 2. - Quadro normativo di riferimento. 3. - Natura della pensione di reversibilità. 4. - Criteri di ripartizione dell'attribuzione previdenziale. 5. - Obbligazioni dell'ente erogatore. 6. - Profili processuali.

1. - Premessa

La sentenza 23862/2008 offre lo spunto per alcune riflessioni sui contributi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali intervenuti in materia di attribuzione di una quota della pensione di reversibilità al coniuge divorziato.

Il trattamento di reversibilità[1] appartiene al più ampio genus delle pensioni ai superstiti, ed è "una forma di tutela previdenziale nella quale l'evento protetto è la morte, cioè un fatto naturale che, secondo una presunzione legislativa, crea una situazione di bisogno per i familiari del defunto, i quali sono i soggetti protetti"[2]. Il fondamento giuridico di tale trattamento previdenziale è rintracciato "nella realizzazione di quella solidarietà generale che impone la liberazione dal bisogno di tutti i cittadini, ovvero nella realizzazione particolare di quella stessa solidarietà che si realizza quando il bisogno colpisce i lavoratori, e i loro familiari"[3].

Il trattamento pensionistico di reversibilità è riconosciuto (R.D.L. 14 aprile 1939, n. 636, convertito con modificazioni dalla L 6 luglio 1939, n. 1272) al coniuge superstite e ai figli (che, al momento della morte del pensionato, non abbiano superato l'età di 18 anni o di qualunque età inabili al lavoro e a carico del genitore al tempo del suo decesso). Oggi la pensione di reversibilità compete, anche, al coniuge divorziato che sia titolare di un assegno di divorzio. In assenza di questi soggetti il trattamento spetta ai nipoti, ai genitori o ai fratelli e alle sorelle del de cuius che vivevano a suo carico.

Rispetto ai principi ribaditi dalla Corte di Cassazione nel corpo delle motivazioni della decisione in commento, meritano di essere approfonditi tre aspetti per la loro rilevanza teorica e applicativa: la natura dell'attribuzione del trattamento di reversibilità; i criteri di ripartizione della pensione nel caso di concorso tra ex coniuge e coniuge superstite; le obbligazioni che sorgono in capo all'Ente erogatore in presenza di concorso.

---

(1) Sulla pensione di reversibilità si veda fra l'altro: Pierini, *La pensione ai superstiti*, in *Trattato di previdenza sociale* diretto da B. Bussi ed M. Persiani, *Il regime generale della invalidità, vecchiaia e superstiti*, I, Padova, 1974; Casaburi, *Pensione di reversibilità e trattamento di fine rapporto nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2001; De Angelis-Sgroi, *Manuale delle nuove pensioni*, Rimini, 2004; Intorcia, *L'ordinamento pensionistico*, Roma, 2005; Maio, *Le pensioni dell'INPS*, Napoli, 2005.
(2) A. Sgroi, *Riconoscimento della pensione di reversibilità e crisi coniugale: profili di diritto sostanziale e procedurale* in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, p.1373.
(3) M. Persiani, *La funzione della pensione di reversibilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1980, p. 494.

Prima di procedere all'approfondimento dei suddetti argomenti sembra utile ripercorrere i numerosi passaggi legislativi che hanno regolato la materia in oggetto.

2 - Quadro normativo di riferimento

Con l'introduzione in Italia dell'istituto del divorzio (L. 1 dicembre 1970 n. 898), il legislatore si era trovato ad affrontare la "nuova" questione dei diritti patrimoniali dei divorziati. L'art. 5 della legge 898/1970, al comma 6, disponeva l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non aveva mezzi adeguati, preoccupandosi altresì di tutelare il divorziato titolare dell'assegno divorzile, nel caso di morte dell'ex coniuge. Al titolare dell'assegno periodico la legge riconosceva un'aspettativa di fatto, legata ad un ampio potere discrezionale del giudice, circa l'attribuzione di una parte della pensione di reversibilità.

Tale materia ha conosciuto negli anni numerosi stravolgimenti legislativi che hanno portato ad attribuire al coniuge divorziato un diritto autonomo alla pensione di reversibilità e concorrente, in pari grado, con il diritto allo stesso trattamento pensionistico dell'eventuale coniuge superstite.

Tale disciplina è stata a lungo causa di dissidi e controversie "soprattutto per l'assoluta genericità e ambiguità della normativa generale in materia"[4], tanto da produrre contrasti interpretativi sulla natura dell'attribuzione della pensione di reversibilità, non ancora del tutto risolti.

Di conseguenza, appare opportuno analizzare le principali disposizioni che hanno disciplinato nel tempo l'istituto in esame.

Il testo originario dell'art. 9[5] della L. 898/1970 prevedeva la facoltà per il giudice di attribuire al divorziato una quota della pensione spettante al coniuge superstite, così da garantire il credito avente ad oggetto l'assegno di divorzio. Tenuto conto della trasmissibilità agli eredi dell'obbligo di corrispondere tale assegno[6], la facoltà di assegnare al divorziato una quota della pensione spettante al coniuge superstite era considerata quale mezzo per garantire il credito avente ad oggetto l'assegno divorzile. La legge, inoltre, rimetteva alla piena ed esclusiva discrezionalità del giudice la valutazione sia dell'an che del quantum dell'attribuzione della quota di pensione. Condizione necessaria per il riconoscimento dell'attribuzione pensionistica era l'esistenza di un coniuge superstite che avesse diritto al trattamento previdenziale[7].

A modificare radicalmente l'art. 9 è intervenuta, dapprima, la L. 436/1978 che all'art.

---

(4) C. Ruperto, *Pensione di reversibilità: problematiche in ordine alla ripartizione del beneficio fra ex coniuge divorziato e coniuge superstite* in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2004, p. 653.

(5) "In caso di morte dell'obbligato, il tribunale può disporre che una quota della pensione o di altri assegni spettanti al coniuge superstite sia attribuita al coniuge o ai coniugi rispetto ai quali sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio".

(6) *Ex pluribus*: Cass. Sez. Un. 1194/74; Cass. 2008/74.

(7) Quest'ultima condizione aveva suscitato dubbi di costituzionalità per la disparità di trattamento che veniva a determinarsi tra il caso in cui il coniuge obbligato si fosse risposato e l'ipotesi opposta.

2, commi 3° e 5°[8], ha introdotto una importante novità, ossia la possibilità che la pensione di reversibilità potesse essere attribuita dal tribunale all'ex coniuge titolare dell'assegno di divorzio non più solo in parte, ma anche totalmente e pure in assenza di un coniuge superstite. Il tribunale in mancanza di un coniuge superstite, poteva assegnare una quota o tutta la pensione di reversibilità al coniuge divorziato titolare di assegno divorzile. Nel caso di concorso, poteva attribuire all'ex coniuge una quota del trattamento previdenziale già erogata al coniuge superstite. La norma escludeva la trasmissibilità dell'obbligo dell'assegno agli eredi, configurando così un'attribuzione che nasceva ex novo dopo la morte dell'obbligato.

La L. 74/1987 ha completato il progetto di riforma, avviato verso la strada del riconoscimento al coniuge divorziato di un diritto autonomo e automatico al trattamento di reversibilità di natura previdenziale e concorrente con il diritto dell'eventuale coniuge superstite allo stesso trattamento pensionistico, eliminando quasi del tutto la discrezionalità del giudice. L'art. 13[9] prevede, infatti, che in assenza di concorso, all'ex coniuge titolare effettivo dell'assegno di divorzio sia attribuita l'intera pensione di reversibilità; nel caso di concorso, a questi è riconosciuto il diritto all'assegnazione di una quota del trattamento di reversibilità spettante al coniuge superstite la cui quantificazione è rimessa al giudice.

Per il coniuge divorziato si è passati, dunque, dal riconoscimento di un diritto che rappresentava la continuazione dell'assegno di divorzio e partecipava della natura assistenziale di questo, ad un diritto automatico ed autonomo che, nell'intenzione non chiara del legislatore, avrebbe dovuto ricalcare la natura previdenziale propria della pensione di reversibilità.

Analizzando i vari passaggi legislativi che hanno riformato la materia non si può fare a meno di notare che il riconoscimento del diritto al trattamento previdenziale, pur emancipandosi dalla discrezionalità del giudice, resta sempre legato alla effettiva titolarità dell'assegno di divorzio. Per rimarcare il legame indissolubile tra le due attribuzioni è intervenuto l'art. 5[10]

---

(8) "se l'obbligato alla somministrazione dell'assegno periodico di cui all'articolo 5 muore senza lasciare un coniuge superstite, la pensione e gli altri assegni che spetterebbero a questo **possono essere attribuiti** dal tribunale, **in tutto o in parte**, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio" e "se l'obbligato alla somministrazione dell'assegno periodico di cui all'articolo 5 muore lasciando un coniuge superstite, **una quota** della pensione e degli altri assegni a questo spettanti **può** essere attribuita dal tribunale al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio."

(9) "2. In caso di morte dell'ex coniuge e in assenza di un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, il coniuge rispetto al quale è stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio **ha diritto**, se non passato a nuove nozze e sempre che sia titolare di assegno ai sensi dell'articolo 5, **alla pensione di reversibilità**, sempre che il rapporto da cui trae origine il trattamento pensionistico sia anteriore alla sentenza. 3. Qualora esista un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, **una quota** della pensione e degli altri assegni a questi spettanti **è attribuita** dal tribunale, tenendo conto della durata del rapporto, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e che sia titolare dell'assegno di cui allo articolo 5."

(10) "Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, si interpretano nel senso che per titolarità dell'assegno ai sensi dell'art. 5 deve intendersi l'avvenuto riconoscimento dell'assegno medesimo da parte del tribunale ai sensi del predetto articolo 5 della citata legge n. 898 del 1970."

della L. 28 dicembre 2005, n. 263, chiarendo che la pensione di reversibilità spetta solamente a quei coniugi divorziati per i quali il riconoscimento della titolarità dell'assegno è avvenuto "da parte del tribunale".

Il legislatore, quindi, da una parte ha perseguito il fine della autonomia del diritto alla pensione di reversibilità per il coniuge divorziato e, dall'altra, ha cercato di mantenere saldo il legame tra diritto alla attribuzione pensionistica e titolarità concreta dell'assegno di divorzio. Questo ha fatto sì che la dottrina e la giurisprudenza si interrogassero a lungo sulla effettiva natura giuridica della pensione di reversibilità. La sentenza in commento rappresenta un esempio di come tale questione giuridica, seppur in apparenza risolta dalla giurisprudenza di legittimità, ancora dia luogo in dottrina a pareri contrastanti.

3. - Natura della pensione di reversibilità

La Corte di Cassazione, seguendo l'orientamento maggioritario in giurisprudenza e dottrina, definisce il diritto dell'ex coniuge a ricevere una quota del trattamento di reversibilità in concorso con il coniuge superstite, non come "un diritto vantato nei confronti del coniuge superstite avente natura e funzione di prosecuzione del precedente assegno divorzile" bensì come un "autonomo diritto al trattamento di reversibilità, che l'ordinamento attribuisce al medesimo coniuge superstite".

Il coniuge divorziato e il coniuge superstite sono, dunque, "titolari di un proprio diritto all'unico trattamento di reversibilità (diritto autonomo e concorrente, in pari grado, qualificantesi per l'appunto come diritto ad una quota della pensione di reversibilità) ed il coniuge superstite non è più l'unico naturale destinatario della pensione di reversibilità"[11].

Il diritto alla quota di pensione di reversibilità dell'ex coniuge, secondo questa pronuncia della Suprema Corte è di natura squisitamente previdenziale.

Sembra così consolidarsi l'indirizzo della giurisprudenza[12] e della dottrina[13] maggioritaria che classifica il diritto dell'ex coniuge alla quota del trattamento di reversibilità come diritto di natura previdenziale, in contrapposizione all'orientamento giurisprudenziale[14] e dottrinale[15] minoritario che, invece, riconosce in tale trattamento previdenziale la continuazione del diritto di godere dell'assegno divorzile e, quindi, di un diritto di natura assistenziale e risarcitoria.

---

(11) Così Cass. 19 settembre 2008, n. 23862.

(12) *Ex pluribus*: Cass. 4 novembre 1987, n. 8094; Cass. 12 gennaio 1988, n. 146; Corte Cost. 17 marzo 1995, n. 87; Cass. Sez. un. 12 gennaio 1998, n. 159; Cass. 27 novembre 2000, n. 15242; Cass. 18 luglio 2005, n. 15111;

(13) D. Rubino, *Sub art. 9 l. n. 898/1970, in* Commentario al diritto italiano della famiglia, diretto da Carraro-Oppo-Trabucchi, VI, 1, 1993. C. Moretti, *La pensione di reversibilità*, in Bonilini e Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Busnelli, 2004.

(14) *Ex multis:* Corte Cost. 7 luglio 1988, n. 777; Cass. 16 aprile 1991, n. 4041; Cass. 19 gennaio 1996, n. 412; Corte Cost. 4 novembre 1999, n. 419.

(15) G. Ferrando, *Criteri di ripartizione della pensione tra coniuge divorziato e coniuge superstite*, in Commento a Cass. 27 maggio 1995, n. 5910, in *Famiglia e diritto*, 1995; L. Barbiera, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Zanichelli, 1993.

Detto conflitto, nonostante l'unidirezionalità delle ultime decisioni del Giudice di legittimità, non può considerarsi del tutto risolto a vantaggio della tesi maggioritaria in quanto tale interpretazione fa sorgere contraddizioni applicative che rimangono inspiegate; peraltro la scelta tra le due teorie non è priva di conseguenze pratico-giuridiche.

Analizzando gli aspetti di carattere sostanziale occorre notare che dall'accoglimento della prima tesi (ossia, che si tratti di una "posizione previdenziale autonoma, conseguita in dipendenza della condivisione del rapporto coniugale, considerato fondamento di aspettative economico-previdenziali da ritenersi acquisite al coniuge in via definitiva e non vanificabili"[16]), discende che il divorziato richiedente tutta o parte (ex art. 9, commi 2° e 3°) della pensione che spetta al coniuge superstite, "dovrebbe possedere i requisiti che gli ordinamenti previdenziali ricercano in capo al coniuge superstite"[17]. Inoltre, il diritto alla quota del trattamento di reversibilità, stante la propria autonomia, dovrebbe spettare anche a quegli ex coniugi che per varie ragioni non sono titolari di assegno divorzile ma possiedono tutti i requisiti per averne diritto. Ancora, la determinazione delle quote di pensione di reversibilità nel caso di concorso tra il coniuge superstite e l'ex coniuge, trattandosi di due diritti rispettivamente "autonomi e concorrenti, in pari grado", dovrebbe essere affidata all'unico ed esclusivo criterio della durata dei rispettivi matrimoni (criterio radicato nell'apporto recato da ciascuno dei coniugi alla consistenza economica complessiva della famiglia). Infine, qualora l'assegno di divorzio sia stato liquidato in un'unica soluzione, non dovrebbe operare la preclusione di cui all'art. 5, comma 8°, dato che essa sembra riguardare solo le pretese fra gli ex coniugi e non quelle verso terzi quale deve considerarsi l'ente erogatore.

Al contrario, aderendo alla seconda tesi (ossia, che si tratti di una posizione giuridica assistenziale-risarcitoria poiché "si indennizza il divorziato per la menomazione patrimoniale subita, sostituendo alla trasmissione passiva mortis causa dell'assegno l'attribuzione della pensione"[18]) consegue che il divorziato che richiede tutta o parte della pensione di reversibilità non deve possedere i requisiti che gli ordinamenti previdenziali ricercano in capo al coniuge superstite ma deve essere titolare di assegno divorzile in quanto il diritto in argomento spetta solamente a quegli ex coniugi che hanno avuto riconosciuto il diritto all'assegno di divorzio da parte di un tribunale. Inoltre, la determinazione della quota di pensione di reversibilità, stante la natura assistenziale, non può basarsi solamente sul calcolo della durata dei rispettivi matrimoni ma deve altresì tenere in dovuta considerazione l'ammontare dell'assegno di divorzio e le condizioni economiche dei due aventi diritto. Infine, nel caso in cui l'assegno divorzile sia stato liquidato in un'unica soluzione, all'ex coniuge non spetta alcun diritto alla pensione di reversibilità in quanto egli, essen-

(16) E. Quadri, *Profili controversi della tutela previdenziale del divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2008, pp. 735-748.
(17) D. Castagnaro, *Osservazioni sulla ripartizione della pensione di reversibilità tra coniuge superstite e coniuge divorziato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2002, p. 1595.
(18) L. Barbiera, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit. p. 75.

do stato soddisfatto di ogni pretesa assistenziale, non può ottenere il trattamento di reversibilità.

Al fine di realizzare uno studio più completo delle tesi interpretative testé raffrontate occorre riprendere l'esame della normativa di riferimento. La materia in argomento, come detto in precedenza, è stata oggetto di numerosi interventi legislativi con i quali il legislatore ha perseguito l'obiettivo (non pienamente raggiunto) di equiparare l'ex coniuge titolare di assegno divorzile, al coniuge superstite.

La legge 74/1987, completando il progetto di riforma avviato già dalla legge 436/1978, ha riconosciuto all'ex coniuge l'autonomo diritto all'attribuzione di tutta o parte della pensione di reversibilità, purché non sia passato a nuove nozze e sia titolare di assegno divorzile, e sempre che il rapporto da cui trae origine il trattamento pensionistico sia anteriore alla sentenza di divorzio. Il diritto al trattamento si configura in modo apparentemente analogo a quello dell'eventuale coniuge superstite ma nella sostanza risulta molto diverso.

Al coniuge superstite è riconosciuta l'attribuzione della pensione di reversibilità quale posizione previdenziale autonoma, conseguita in dipendenza della condivisione del legame coniugale e del reciproco apporto di entrambi i coniugi alla situazione patrimoniale della famiglia. Apporto che esige come contropartita, in modo ineludibile, la compartecipazione dell'altro coniuge ai diritti ed alle aspettative[19] sottese all'investimento realizzato nel corso dell'unione matrimoniale.

Al coniuge divorziato, invece, è riconosciuta l'attribuzione della pensione di reversibilità quale posizione altrettanto autonoma, non previdenziale, che nasce al fine di indennizzarlo della perdita dell'assegno di divorzio causata dalla morte dell'obbligato, sostituendola con l'attribuzione della pensione di reversibilità. Il collegamento genetico fra l'attribuzione della pensione e la perdita dell'assegno imprime alla pensione il carattere risarcitorio e al tempo stesso assistenziale, quale riflesso dell'attuale natura dell'assegno divorzile[20].

Appare, dunque, criticabile l'assunto secondo il quale la natura dell'attribuzione del trattamento di reversibilità all'ex coniuge sarebbe previdenziale ed avrebbe la stessa finalità contributivo-partecipativa di quella del coniuge superstite, in quanto se così fosse verrebbe ad interrompersi il collegamento tra l'attribuzione pensionistica e l'assegno di divorzio, con la conseguenza che avrebbero diritto a godere di tutta o di parte della pensione di reversibilità tutti gli ex coniugi, anche se non titolari di assegno divorzile, in forza del fatto che ognuno di loro ha contribuito individualmente alla situazione patrimoniale familiare.

Questa lettura dell'art. 9 andrebbe a contraddire oltre che la ratio che ha ispirato le

---

(19) E. Quadri, *Profili controversi della tutela previdenziale del divorzio*, cit., p. 738.

(20) Prima della Novella del 1987 si poteva sostenere con qualche ragione, sia in dottrina che in giurisprudenza, il carattere risarcitorio-indennizzatorio dell'assegno di divorzio. Il legislatore della Novella del 1987 ha invece richiesto come presupposto per l'attribuzione dell'assegno l'esistenza di un particolare stato di debolezza economica in uno dei coniugi, rimarcandone quindi la natura prevalentemente assistenziale.

tre stesure della norma[21], anche la succitata L. 263/2005 che ha posto fine ad un ulteriore problema interpretativo sancendo, all'art. 5, il principio secondo il quale l'attribuzione della pensione di reversibilità (in tutto o in parte) spetta solamente a quei soggetti per i quali il riconoscimento della titolarità dell'assegno divorzile sia avvenuto "da parte del tribunale".

Ponendo il criterio della c.d. "titolarità concreta" della pensione di reversibilità il legislatore ha voluto rimarcare il legame, indissolubile, che esiste tra il riconoscimento giudiziale del diritto all'assegno di divorzio, di natura prettamente assistenziale, ed il riconoscimento del diritto a godere del trattamento di reversibilità il quale (secondo quanto sostenuto da Barbiera) non può che avere la funzione di indennizzare l'ex coniuge della perdita patrimoniale subita a causa della morte dell'obbligato, continuando l'azione assistenziale propria dell'assegno divorzile.

Sembra allora possibile ribadire che "il fondamento dell'attribuzione è risarcitorio ed il meccanismo giuridico è rappresentato dalla sostituzione di un'attribuzione ad altra estinta" anche se non è da escludere che "dalla sistematica della legge sul divorzio possa desumersi che mentre il titolo dell'attribuzione è legato alla perdita dell'assegno di divorzio e quindi partecipa della natura di questo, il contenuto è modellato sulle attribuzioni previdenziali"[22].

Ecco così spiegata la ratio legis secondo la quale l'ex coniuge non deve possedere i requisiti che gli ordinamenti previdenziali richiedono in capo al coniuge superstite per l'attribuzione della pensione di reversibilità ma deve essere titolare di assegno divorzile, non deve aver contratto nuove nozze e il rapporto da cui trae origine il trattamento pensionistico deve essere anteriore alla sentenza di divorzio.

Un altro elemento che fa propendere per la natura assistenziale dell'attribuzione del trattamento previdenziale si desume dall'art. 9-bis della L. 898/1970. La disposizione prevede che all'ex coniuge titolare di assegno divorzile, dopo il decesso dell'obbligato, può essere attribuito un assegno periodico a carico dell'eredità qualora l'eventuale attribuzione di pensione di reversibilità non sia sufficiente ad eliminare il suo stato di bisogno, tenuto conto dell'entità dell'assegno perso, dell'entità del bisogno, delle sostanze ereditarie, del numero e qualità degli eredi e delle loro condizione economiche.

Dalla analisi di questo articolo emerge, ulteriormente, l'intenzione del legislatore

---

(21) Ribadendo quanto già ampiamente detto in merito all'evoluzione normativa della materia, il legislatore italiano, nelle tre leggi che hanno regolamentato l'attribuzione della pensione di reversibilità tra i vari aventi diritto (L. 898/70, L. 436/78 e L. 74/87), ha cercato di equiparare il coniuge divorziato a quello superstite provando a riconoscergli un diritto autonomo, di natura previdenziale, allo stesso trattamento di reversibilità, concorrente, in pari grado, a quello del coniuge superstite. Il tentativo, però, non può considerarsi pienamente riuscito, stante l'esigenza di salvaguardare la posizione degli istituti di previdenza, che si è tradotta nella previsione del collegamento del riconoscimento del diritto alla titolarità "concreta" dell'assegno di divorzio. La pensione di reversibilità assegnata al coniuge divorziato non ha natura contributivo-partecipativa, in ragione del contribuito che questi ha dato alla formazione del patrimonio del *de cuius*, ha bensì natura risarcitoria-assistenziale volta ad indennizzare il coniuge divorziato che perde l'assegno di divorzio a causa dell'intervenuta morte dell'obbligato.

(22) L. Barbiera, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit. pp. 74-75.

di assicurare, quanto possibile, la continuazione dell'effetto assistenziale dell'assegno di divorzio che si estingue con la morte dell'obbligato.

Muovendo dalla diversa natura del diritto al trattamento di reversibilità, in sede interpretativa si è posta la questione della decorrenza del termine a partire dal quale il soggetto può legittimamente vantarlo. In dottrina, chi riconosce la natura risarcitoria-assistenziale ritiene che il trattamento di reversibilità decorra dal momento della domanda, diversamente chi ne ravvisa la natura previdenziale individua quale momento iniziale il mese successivo alla morte dell'obbligato[23].

A ben vedere, tuttavia, la natura risarcitoria-assistenziale dell'attribuzione non è inconciliabile con la decorrenza dal mese successivo alla morte dell'obbligato[24].

La naturale dimensione del risarcimento di un danno deve coprire la durata intera della menomazione patrimoniale. Nel caso di specie il danno che subisce l'ex coniuge dalla perdita dell'assegno di divorzio ha inizio con la morte dell'obbligato. Parrebbe, dunque, congruo che il diritto del coniuge divorziato a percepire la pensione di reversibilità decorra dal momento in cui quest'ultimo non gode più dell'assegno divorzile a causa del decesso.

La decorrenza del trattamento previdenziale, di carattere assistenziale, dal mese successivo alla morte dell'ex coniuge è, inoltre, legittimata dalla portata della normativa prima richiamata. Dall'analisi delle legge sul divorzio, infatti, può desumersi che mentre il titolo dell'attribuzione è legato alla perdita dell'assegno e quindi partecipa della sua natura, il contenuto è modellato sulle attribuzioni previdenziali, con la conseguenza che la pensione di reversibilità deve essere regolata dalle norme in materia di trattamenti pensionistici, le quali individuano quale momento di decorrenza il mese successo alla morte del coniuge (divorziato) assicurato o pensionato.

4. - Criteri di ripartizione dell'attribuzione previdenziale

L'art. 9, comma 2, della L. 898/1970 prevede che, in caso di morte dell'ex coniuge e in assenza di un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, il coniuge rispetto al quale è stata pronunciata sentenza di scioglimento degli effetti civili del matrimonio vanta un diritto autonomo ed automatico alla pensione di reversibilità, qualora non sia passato a nuove nozze, sia titolare dell'assegno divorzile e sempre che il rapporto da cui trae origine il trattamento pensionistico sia anteriore alla sentenza di divorzio.

Nella circostanza, invece, in cui vengano a concorrere l'ex coniuge titolare di assegno divorzile e il coniuge superstite, l'art. 9, comma 3, dispone che il tribunale debba assegnare al primo una quota della pensione e degli altri assegni spettanti al secondo.

In tale circostanza, infatti, la pensione di reversibilità assolve a una doppia fun-

---

(23) E' questo l'orientamento prevalente sia in giurisprudenza che in dottrina.

(24) A favore della decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello della morte, malgrado l'attribuzione di natura analoga a quella dell'assegno di divorzio, Cass. 22 gennaio 1983, n. 652; Cass. 15 giugno 1984, n. 3583; Cass. 16 aprile 1991, n. 4041.

zione "solidaristica": nei confronti del coniuge superstite, "come forma di ultrattività della solidarietà coniugale"[25], consentendo la prosecuzione del sostentamento prima assicurato dal reddito del coniuge deceduto; nei confronti del coniuge divorziato, titolare di assegno divorzile, quale indennizzo per la menomazione patrimoniale subita a causa della morte dell'obbligato.

Il legislatore del 1987 che ha riformato il testo della legge sul divorzio, nell'intento di dirimere le controversie giurisprudenziali che erano sorte in merito alla natura giuridica dell'attribuzione del trattamento di reversibilità e propendendo per la sua funzione previdenziale, ha cercato di ridurre al minimo la discrezionalità del giudice, fissando come parametro legale "la durata del rapporto" matrimoniale.

Questo parametro rappresentava, per il legislatore, l'unico criterio oggettivo che potesse consentire di calcolare la reale collaborazione che i due aventi diritto avevano dato alla conduzione della famiglia e il reciproco contributo apportato alla formazione del patrimonio familiare. Volendosi affermare la natura previdenziale dell'attribuzione all'ex coniuge di una quota di pensione di reversibilità, si è considerato equo ripartire il trattamento pensionistico in funzione della durata della condivisione del rapporto coniugale.

Anche la giurisprudenza maggioritaria di legittimità[26], propendendo per la natura previdenziale, ha sposato il parametro temporale della durata dei rispettivi matrimoni (di quello sciolto e di quello in corso al momento della morte del coniuge) come unico metro di valutazione ai fini della determinazione delle quote di pensione di reversibilità da assegnare all'ex coniuge e al coniuge superstite, senza che potesse essere adottato altro elemento di valutazione, neppure in funzione meramente correttiva del risultato matematico conseguito.

Sul punto la Corte Costituzionale[27] nel rigettare, con decisione n. 419/1999, ogni rilievo di illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, ha però chiarito come la disposizione, pur imponendo al giudice di tenere presente l'elemento temporale dei rispettivi matrimoni (criterio che deve sempre essere preso in considerazione), non preveda affatto che la ripartizione del trattamento pensionistico tra gli aventi diritto debba essere effettuata esclusivamente sulla base del criterio della durata dei rispettivi matrimoni e in rigorosa proposizione con i relativi periodi, escludendo l'adozione di qualsiasi altro elemento di valutazione, anche in funzione di mera correzione del risultato conseguito. Secondo la Consulta l'utilizzazione dell'unico criterio della durata legale dei rispettivi matrimoni non consentirebbe di tenere conto delle esigenze del soggetto economicamente più debole, il quale potrebbe vedersi privato di ogni concreta tutela a causa dell'attribuzione all'ex coniuge di una quota rilevante della pensione di reversibilità, anche quando quest'ultimo non abbia esigenze di mantenimento paragonabili a quelle del coniuge superstite; in secondo luogo l'art. 9, comma 3, così interpretato, violerebbe i principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di solidarietà sociale che caratterizza-

(25) P. Carrozza, *La titolarità in concreto dell'assegno divorzile quale presupposto per l'attribuzione della pensione di reversibilità*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 1000.
(26) Sul punto v. Cass, Sezioni Unite,. 12 gennaio 1998, n. 159.
(27) Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 419.

no il sistema pensionistico (artt. 3 e 38 Cost.), giacché potrebbe accadere che il coniuge superstite rimanga in una situazione di completa indigenza.

La Corte costituzionale ha precisato che aderendo alla tesi che vede come unico criterio di ripartizione quello della durata legale dei matrimoni, si realizzerebbe un risultato estraneo al sistema complessivo della legge sul divorzio, che tende invece a contemperare le esigenze di tutte le persone coinvolte nella vicenda matrimoniale, attribuendo al giudice il compito di provvedere in ciascun caso con una valutazione che tenga conto delle condizioni economiche di tutti i soggetti che vantano diritti patrimoniali. L'interpretazione che porta alla ripartizione, in proporzione matematica, dell'ammontare della pensione non giustificherebbe, infine, la scelta del legislatore di investire il tribunale rispetto a una statuizione priva di ogni elemento valutativo, potendo la ripartizione secondo quel criterio automatico essere effettuata direttamente dall'ente erogatore della pensione.

Il parametro della durata legale dei rispettivi matrimoni deve, allora, essere corretto da altri criteri quali ad esempio l'ammontare dell'assegno di divorzio; le condizioni economiche degli aventi diritto; l'eventuale periodo di convivenza prematrimoniale. I suddetti criteri non devono sostituirsi al parametro legale ma devono servire a correggerlo e migliorarlo, evitando che simili valutazioni possano "risolversi in un sovvertimento del criterio base".

Il riferimento della Corte costituzionale all'entità dell'assegno di divorzio e alle condizioni economiche dei coniugi sembra emarginare ogni prospettiva contributivo-partecipativa, inseguita per lungo tempo dal legislatore e dalla giurisprudenza di legittimità, sancendo la netta prevalenza delle teoria che ravvisa nell'attribuzione della pensione di reversibilità al coniuge divorziato la prosecuzione dell'assistenza economica rappresentata dall'assegno di divorzio e la valorizzazione delle sue finalità.

Ecco perché nella fattispecie in esame non poche perplessità suscita la scelta del Giudice di merito di non prendere in considerazione tutti i possibili criteri correttivi per quantificare le quote degli aventi diritto. Esclusa la valutazione sulle condizioni economiche dell'ex coniuge e del coniuge superstite per insufficienza di prove addotte a supporto di tali pretese, il Giudice di merito avrebbe potuto tenere conto dell'ammontare dell'assegno di divorzio riconosciuto all'ex coniuge allo scopo di correggere l'attribuzione delle quote del trattamento di reversibilità[28].

Una ponderata applicazione del criterio "correttivo" dell'entità dell'assegno divorzile, vista l'esiguità dell'importo, avrebbe consentito di valutare la relativa partecipazione del coniuge superstite e del coniuge divorziato al reddito del de cuius[29]. Ciò avrebbe evitato al coniuge divorziato che partecipava al reddito dell'ex marito in misura minima, di avere riconosciuta una quota maggioritaria dell'intera pensione di reversibilità.

---

(28) Sul punto la Corte di Cassazione, nel confermare il risultato interpretativo della Corte d'Appello, ritiene infondato il secondo motivo dell'impugnazione della ricorrente principale (coniuge superstite) che lamenta falsa applicazione della legge da parte del Giudice di merito, il quale non ha "tenuto in conto la dichiarazione dei redditi del 2003 della medesima P., ritenendola tardivamente prodotta in quanto depositata insieme alle memorie di replica". La Corte suprema nulla può sindacare riguardo alla mancata valutazione di altri criteri correttivi, quali ad esempio l'entità dell'assegno divorzile percepito dal divorziato, trattandosi di valutazioni di merito che sfuggono al controllo di legittimità.

5. - Obbligazioni dell'ente erogatore

Obbligato a corrispondere il trattamento di reversibilità, che rientra nella categoria della pensione ai superstiti, è l'Ente previdenziale dal quale il de cuius percepiva la pensione (di vecchiaia, anzianità o inabilità).

Nella circostanza in cui sia l'unico avente diritto all'attribuzione del trattamento pensionistico, l'ex coniuge titolare di assegno di divorzio può chiedere direttamente all'Ente erogatore il riconoscimento del proprio diritto a godere di tutta la pensione di reversibilità, la quale verrà calcolata, prendendo in considerazione l'esistenza o meno di figli minorenni o inabili del de cuius e di altri redditi dell'ex coniuge che si cumulano con il trattamento pensionistico ai fini di una eventuale riduzione dell'importo da corrispondere[30].

Nel caso in cui, invece, vi sia concorso tra coniuge superstite avente diritto alla pensione di reversibilità ed ex coniuge titolare di assegno di divorzio, il processo di attribuzione delle relative quote diventa più complesso.

La pensione di reversibilità viene, da subito, riconosciuta al coniuge superstite per intero e non pro quota, calcolata, pure in questa ipotesi, tenendo in considerazione sia l'esistenza di figli minorenni o inabili, sia eventuali altri redditi del coniuge superstite che si cumulano con il trattamento pensionistico de quo e lo diminuiscono. Il coniuge divorziato per vedersi quantificata la parte che gli spetta, già calcolata ed erogata al coniuge superstite, deve adire il tribunale. L'istituto di previdenza obbligato a corrispondere la pensione di reversibilità, infatti, "non può erogare al coniuge divorziato la quota di pensione prima della notifica della sentenza, che costituisce giuridicamente il titolo per la determinazione dell'ammontare della quota"[31].

Nella decisione che si commenta[32], la Corte di Cassazione (ribadendo un principio già fissato in giurisprudenza) ha affermato che la pretesa al trattamento di reversibilità, in caso di concorso, per entrambi gli aventi diritto nasce "nei confronti dell'Ente erogatore, onde a carico soltanto di quest'ultimo, e non anche del coniuge superstite che,

---

(29) Così Cass. 31 gennaio 2007, n. 2092.

(30) L'art. 13 del R.D.L. n. 636 del 1939, ai commi secondo e terzo, fissa le seguenti misure: 60% se esiste solo il coniuge beneficiario; 20% a ciascun figlio se ha diritto alla pensione anche il coniuge; 40% a ciascun figlio se non esiste il coniuge superstite. L'art. 1, comma 41, della L. 8 agosto 1995, n. 335 (con allegato F) regola la posizione dei figli di minore età, studenti ovvero inabili.

(31) Circolare INPS n. 132 del 27 giugno 2001, art. 2.1 "*Criteri per l'accertamento del diritto, ripartizione ed erogazione della quota di pensione a favore del coniuge superstite e del coniuge divorziato*".

(32) Nel caso preso in esame nella sentenza in commento, al coniuge superstite è stata riconosciuta (in base al criteri della durata legale dei rispettivi matrimoni) una quota pari al 56,57% della pensione di reversibilità e degli altri assegni già percepiti dagli aventi diritto, a decorrere dal mese successivo a quello in cui era avvenuto il decesso dell'ex coniuge. La Suprema Corte ha riformato la decisione del Giudice di merito, con riguardo alla restituzione delle quote del trattamento di reversibilità di spettanza dell'appellante (ex coniuge) percepite dalla appellata (coniuge superstite) dal mese successivo al decesso del de cuius (marzo 1995) sino alla data della sentenza della Corte d'Appello di Napoli (maggio 2004). La riforma ha interessato la parte della sentenza in cui era stata dichiarata la non ripetibilità delle suddette somme in quanto "in considerazione della natura solidaristica della pensione in argomento

nel frattempo, abbia percepito per intero e non pro quota il trattamento di reversibilità corrisposto dall'Ente medesimo, debbono essere posti gli arretrati spettanti al coniuge divorziato sul trattamento anzidetto in proporzione alla quota riconosciuta dal giudice, a decorrere dal primo giorno del mese successivo a quello del decesso dell'ex coniuge". L'Ente erogatore ha, poi, la facoltà "di recuperare dal coniuge superstite le somme versategli in eccesso".

Il principio enunciato dal Giudice di legittimità secondo cui l'Ente erogatore è l'unico obbligato a corrispondere gli arretrati di pensione di reversibilità dovuti al coniuge divorziato in proporzione alla quota riconosciuta dal giudice a decorrere dal mese successivo a quello del decesso dell'ex coniuge, è pacificamente affermato in sede interpretativa[33].

Preliminarmente sembra opportuno soffermarsi su un aspetto (non affrontato dalla giurisprudenza di legittimità nell'ambito della materia trattata). Ci si chiede, infatti, se l'attività dell'Ente previdenziale, il quale eroga dalla morte del de cuius l'intero trattamento previdenziale al coniuge superstite, possa integrare la fattispecie del pagamento al creditore apparente ex primo comma[34] dell'art. 1189 c.c. o rientrare nei casi regolati dal secondo comma[35] del medesimo articolo.

Argomentando, dal primo comma dell'art. 1189 c.c. risulterebbe che l'Ente previdenziale potrebbe essere liberato dall'obbligo di corrispondere gli arretrati al coniuge divorziato (facendo sorgere detto obbligo in capo al coniuge superstite che, sino alla sentenza del tribunale che accerta la quota da attribuire al coniuge divorziato, percepisce l'intero trattamento di reversibilità) soltanto dimostrando di aver agito in buona fede, trovandosi di fronte a circostanze univoche[36]. L'Istituto di previdenza, che invoca il principio dell'apparenza giuridica, potrebbe essere liberato a condizione che fornisca la prova non solo di avere confidato senza sua colpa nella situazione apparente, ma anche che il suo erroneo convincimento è stato determinato da un comportamento colposo del

---

e della ridotta misura delle prestazioni mensili conseguite" doveva presumersi "che i relativi importi fossero stati consumati dall'appellata per far fronte alle sue esigenze di vita". La Corte di cassazione ribadisce che il diritto del coniuge divorziato ad una quota del trattamento di reversibilità nasce, dal primo giorno del mese successivo al decesso del coniuge assicurato o pensionato, nei confronti dell'Ente erogatore. Solo, quindi, a carico di quest'ultimo, e non anche del coniuge superstite, debbono essere posti gli arretrati spettanti al divorziato.

(33) *Ex multis*: Cass. 14 dicembre 2001, n. 15837; Cass. 31 gennaio 2007, n. 2092.

"Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede".

"Chi ha ricevuto il pagamento è tenuto alla restituzione verso il vero creditore secondo le regole stabilite per la ripetizione dell'indebito".

(36) Il pagamento al creditore apparente, come recita l'art. 1189 c.c., libera il debitore nel momento in cui questi esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a "circostanze univoche". Il debitore è liberato, altresì, se prova di essere stato in "buona fede". Due sono, dunque, gli elementi su cui bisogna soffermare la nostra analisi: circostanze univoche e buona fede del creditore. La buona fede richiesta è quella soggettiva, ovvero l'ignoranza di adempiere nei confronti di un non legittimato; circostanze univoche sono quelle che possono indurre un soggetto di normale diligenza a ritenere il destinatario del pagamento effettivamente legittimato a riceverlo.

creditore, che abbia fatto sorgere nel solvens in buonafede una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'accipiens[37].

L'Ente previdenziale per essere liberato dall'adempimento dell'obbligazione dovrebbe cioè dimostrare di aver ignorato, senza colpa, l'esistenza di un coniuge divorziato, titolare di assegno divorzile che abbia adito il tribunale per vedersi quantificata la quota di pensione di reversibilità a lui spettante ed altresì, di avere ritenuto, secondo la diligenza professionale richiesta in questo caso, il coniuge superstite come esclusivo destinatario della pensione di reversibilità.

Si tratta di una condizione difficile da realizzarsi, giacché se qualche dubbio può nascere, al momento della ripartizione della pensione indiretta (dovuta alla morte del lavoratore assicurato), sulla conoscibilità da parte dell'Ente erogatore della esistenza di un coniuge divorziato titolare di assegno divorzile, diviene difficile dimostrare l'assenza di colpa dell'Istituto previdenziale che ignori l'esistenza di un coniuge divorziato, al momento della morte dell'ex coniuge pensionato, qualora l'importo dell'assegno divorzile fosse stato trattenuto sulla pensione diretta del dante causa. Difficile risulta, invece, per l'Ente erogatore l'accertamento della sussistenza di un azione giudiziale del divorziato volta alla quantificazione della quota del trattamento di reversibilità a lui spettante, in assenza della comunicazione – che al contrario sarebbe buona prassi introdurre – dell'iniziativa giudiziaria ad opera dell'ex coniuge. Il problema della conoscenza potrebbe risolversi prevedendo l'onere della notifica degli atti introduttivi del giudizio anche all'Ente erogatore da parte del coniuge divorziato che si rivolge al Tribunale per la quantificazione della sua quota di pensione di reversibilità.

Di maggiore utilità sembra la regola del secondo comma dell'art. 1189 c.c., in base al quale colui che riceve il pagamento "è tenuto alla restituzione verso il vero creditore secondo le regole stabilite per la ripartizione dell'indebito"[38]. L'Ente erogatore, debitore del trattamento di reversibilità, che eroga l'intera pensione al coniuge superstite dal momento della morte del de cuius, facendo leva su questa disposizione, sarebbe liberato dall'obbligo di corrispondere gli arretrati della reversibilità al coniuge divorziato, fino al momento in cui interviene la sentenza di determinazione dell'ammontare spettante a quest'ultimo, poiché l'obbligazione sorgerebbe in capo al coniuge superstite che avendo ricevuto il pagamento è tenuto a restituirlo al vero creditore (coniuge divorziato).

Verosimilmente alla base dell'assenza di interventi giurisprudenziali e dottrinali in tal senso, risiede il convincimento che dovendosi interpretare il secondo comma dell'art. 1189 c.c. in modo da ancorarlo saldamente al disposto del primo comma, l'obbligazione di restituire il pagamento al vero creditore può nascere solo in capo a chi "appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche" (comma 1, art. 1189 c.c.), potendo il debitore essere liberato provando di essere in buona fede, solo in presenza di pagamento al creditore apparente.

Circostanza non sussistente nella fattispecie in esame in cui l'Ente erogatore, pa-

(37) Il principio in tema di pagamento al creditore apparente è stato affermato in via generale, tra le altre nella sentenza della Corte di cassazione del 3 settembre 2005, n. 17742.
(38) Artt. 2033 e ss. c.c..

gando al coniuge superstite l'intero trattamento di reversibilità, non può invocare l'istituto liberatorio del pagamento al creditore apparente in quanto (per le ragioni sopra esposte) non sembra possibile, se non per colpa, ignorare l'esistenza del coniuge divorziato. Mancando, quindi, l'apparenza giuridica non può operare neppure l'ultimo comma dell'art. 1189 c.c.

Se la strada dell'art. 1189 c.c. appare tortuosa, anche l'iter delineato dalla Corte di cassazione non sembra risolvere i problemi che sorgono in conseguenza della morte dell'ex coniuge risposato, obbligato a corrispondere un assegno divorzile. La nascita dell'obbligazione in capo all'Ente erogatore successivamente alla sentenza del giudice che accerta l'ammontare della quota di pensione di reversibilità spettante al coniuge divorziato comporta, infatti, almeno due rilevanti problemi.

In primo luogo tale soluzione espone a costi eccessivi l'Ente previdenziale, il quale al momento della sentenza che determina la quota di trattamento del coniuge divorziato è obbligato a corrispondergli (in un'unica soluzione e nei limiti della prescrizione decennale[39]) le somme arretrate della pensione di reversibilità che ha già interamente erogato al coniuge superstite. In secondo luogo pone il coniuge divorziato in una posizione di fragilità economica, stante il venir meno della funzione dell'assegno divorzile.

Nell'attuale prospettiva interpretativa l'Ente erogatore deve calcolare la quota di trattamento spettante al coniuge divorziato sull'importo della pensione di reversibilità che compete al coniuge superstite, indipendentemente dalla situazione reddituale di quest'ultimo; deve, inoltre, quantificare le somme arretrate a decorrere dal mese successivo al decesso del de cuius e versarle al coniuge divorziato; deve recuperare dal coniuge superstite le somme corrisposte in eccesso[40].

Per la Suprema Corte solamente l'Ente erogatore ha titolo per "effettuare in modo corretto i conteggi relativi al computo delle somme nello specifico spettanti ai diversi beneficiari in relazione alla vicenda normativa e potrà, quindi, recuperare più agevolmente le somme erogate in eccesso al coniuge superstite e versare all'ex coniuge quelle a lui spettanti in base alla ripartizione delle quote stabilite dal giudice"[41].

Il pericolo di una tale circostanza era stato percepito dalla stessa Cassazione che nella sentenza n. 9528 del 12 novembre 1994 aveva ritenuto che il diritto al pagamento della quota della pensione di reversibilità sorgesse in capo all'ex coniuge dalla data di pronuncia del provvedimento camerale di natura costitutiva, e non dalla data di decesso dell'ex coniuge obbligato "non potendo l'INPS essere esposto al rischio di dover duplicare i pagamenti, qualora abbia corrisposto, a decorrere dal giorno della morte dell'ex coniuge obbligato, la pensione per intero al coniuge superstite".

---

(39) Circolare INPS, 6 ottobre 1998, n. 211.

(40) Tale procedura comporta gravosi oneri in capo all'Ente previdenziale il quale deve sobbarcarsi anche i costi di eventuali dilazioni di pagamento da accordare al coniuge superstite per la restituzione di quanto percepito in eccesso. D'altra parte non sembra migliore la soluzione di far sorgere l'obbligo di restituzione direttamente in capo al coniuge superstite che ha già percepito per intero il trattamento di reversibilità, in quanto ciò avrebbe soltanto l'effetto di aumentare le liti giudiziarie dei due contitolari al trattamento previdenziale.

(41) Così Cass. 31 gennaio 2007, n. 2092.

Questa interpretazione è stata abbandonata dalla Corte di legittimità in tutte le successive decisioni[42], compresa la sentenza in commento, in cui si ribadiscono la decorrenza del trattamento di reversibilità, nei confronti del coniuge divorziato, dal primo giorno del mese successivo alla morte del de cuius e la corrispondente nascita dell'obbligazione in capo all'Ente previdenziale.

L'altro nodo problematico riguarda il coniuge divorziato il quale alla morte dell'obbligato alla corresponsione dell'assegno divorzile viene privato della sua fonte di reddito fino alla data della sentenza del giudice che accerta la quota a lui dovuta.

Nel caso oggetto della sentenza in commento, il coniuge divorziato ha proposto la domanda per ottenere la quota di trattamento previdenziale nel gennaio del 1999 (dopo quasi quattro anni dalla morte dell'ex coniuge) ed ha visto riconosciuto il suo diritto il 5 maggio 2004, dopo che erano già trascorsi cinque anni dalla domanda giudiziale.

Stante la natura assistenziale dell'attribuzione, non sembra ragionevole un così lungo lasso di tempo durante il quale l'ex coniuge rimane senza una fonte di mantenimento importante e, qualora non disponga di altri redditi, esclusiva per il proprio sostentamento personale.

6. - Profili processuali

Questo breve commento non può non trattare un ulteriore profilo, ossia quello del procedimento da seguire per il riconoscimento al coniuge divorziato della pensione di reversibilità. Su tale questione la Corte di Cassazione ha giocato un ruolo da protagonista, rubando la scena al legislatore.

La Suprema Corte, in più occasioni[43] ha, infatti, ribadito che "in tutti i procedimenti riguardanti le pretese del coniuge divorziato sulla pensione di reversibilità si applica il rito camerale" nonostante la L. 6 marzo 1987 n. 74 abbia riformulato con l'art. 13 le disposizioni dell'art. 9 della Legge 898/70, sopprimendo l'ultimo comma che prevedeva espressamente tale rito per i procedimenti in questione[44]. Tale interpretazione si giustifica alla luce del particolare favore espresso dalla L. 78/87 per il rito camerale in materia di scioglimento del matrimonio (come agevolmente si desume dalla disciplina dettata nell'art. 4 sia per il giudizio di primo grado che per quello di appello); in mancanza di una specifica disposizione di segno contrario non si ritiene che il legislatore della riforma

(42) *Ex pluribus*: Cass. Sez. Un. 12.01.1998, n. 159; Cass. 02.03.2001, n. 3037; Cass. 14.12.2001, n. 15837; Cass. 30.3.2004, n. 6272; Cass. 19.09.2008, n. 23862.

(43) *Ex multis:* Cass. 30.03.2004, n. 6272; Cass. 06.03.2003, n. 3384.

(44) Secondo la Cassazione, infatti, non è rilevante che nella nuova formulazione del citato art. 9 l'adozione di detto rito è contemplata specificamente solo con riferimento alla revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e la misura e le modalità dei contributi di cui agli artt. 5 e 6 della stessa legge (Cass. n. 3037/2001; n. 12029/1991). In adesione all'ormai prevalente indirizzo giurisprudenziale, anche di legittimità (Cass. sez. n. 6272/2004 e n. 3037/2001; Sez. Un. 12549/1998), deve ritenersi che la domanda in oggetto soggiaccia al rito camerale e, come tale, appartenga alla competenza del giudice collegiale, imposta per detto rito dall'art. 50 bis c.p.c., ultimo comma.

abbia inteso escludere tale forma di rito per un procedimento, come quello relativo alla quota della pensione, intimamente connesso al giudizio di divorzio.

La Corte di Cassazione ha precisato tuttavia che "l'adozione del rito ordinario non può considerarsi motivo di nullità sia perché non è sancita da alcuna norma e sia in osservanza del principio di conservazione degli atti, consentendo peraltro il rito ordinario di raggiungere il medesimo risultato con maggiori garanzie per la difesa e per il contraddittorio"[45].

Con riguardo al foro di competenza, si ritiene che l'ex coniuge che promuova tale tipo di giudizio possa avvalersi del foro generale ex art 18 c.p.c (giudice del luogo dove il convenuto ha la residenza o il domicilio) ovvero del foro del luogo in cui l'obbligazione deve essere adempiuta, ossia del luogo in cui l'ente erogatore ha la propria sede. Secondo la Suprema Corte il ricorrente "ha certamente facoltà di avvalersi del foro alternativo di cui all'art. 12 quater, L. n. 898/1970, introdotto con l'art. 18 L. n. 74/1987, il quale, con formulazione ripetitiva del disposto dell'art. 20 c.p.c., all'evidente scopo di agevolare l'esercizio della tutela giurisdizionale dei diritti a contenuto patrimoniale derivanti direttamente o indirettamente dal divorzio, prevede quale foro speciale alternativo quello del luogo in cui l'obbligazione deve essere adempiuta"[46].

Nel caso in cui, peraltro, non vi sia concorso tra coniuge superstite ed ex coniuge per la determinazione della quota di pensione di reversibilità di pertinenza di entrambi, trovandosi davanti ad un vero e proprio procedimento di previdenza, la competenza è del giudice del lavoro se il de cuius era pensionato o assicurato presso un ente di previdenza che assicura rapporti di lavoro privati, ovvero della Corte dei Conti, in caso di rapporto di pubblico impiego. Qualora sorgano questioni attinenti alla titolarità dell'assegno di divorzio la competenza, invece, è del tribunale[47].

Si è posta la questione se sia necessaria o meno la presenza dell'ente previdenziale erogante nel giudizio che vede coinvolti il coniuge superstite e l'ex coniuge nella ripartizione della pensione di reversibilità. La Corte di legittimità nella (già citata) sentenza n. 6272/2004, aveva ritenuto che la controversia fra i due aventi diritto alla pensione di reversibilità "non comporta la necessaria presenza dell'istituto previdenziale che eroga la pensione", riconoscendo comunque che la parte poteva avere interesse a coinvolgerlo nel giudizio "affinché la sentenza facesse stato anche nei suoi confronti e si rimuovesse il rischio che l'istituto potesse assumere una posizione di estraneità rispetto al contenuto della decisione".

---

(45) Cass. civ. 30 marzo 2004, n. 6272
Cass. civ. 14 gennaio 2004, n. 336.
L'art. 9 della legge 898/70, modificato dall'art. 18 della legge n. 74/87, stabilisce che "qualora esista un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, una quota della pensione e degli altri assegni spettanti **è attribuita dal Tribunale**". La Corte di Cassazione ha, dunque, ribadito più volte la competenza del giudice, nella sua composizione ordinaria, nella cognizione delle controversie relative alla determinazione delle quote fra l'ex coniuge divorziato ed il coniuge superstite. Qualora la controversia riguardi il riconoscimento al coniuge divorziato della pensione di reversibilità, in assenza di un coniuge superstite del pensionato avente i requisiti per l'attribuzione del trattamento pensionistico, ed il relativo giudizio sia instaurato nei confronti dell'ente previdenziale, quale naturale ed unico contraddittore, la competenza spetta al giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 442 c.p.c. (Cass. 3384/2003, Cass. Sez. Un. 5429/1993, Cass. nn. 865/1992, 9271/1993, 9378/1993, 2593/1999).

Con la sentenza 18.07.2005, n. 15111 la Corte di Cassazione ha ribaltato il proprio orientamento sostenendo il litisconsorzio necessario anche con riguardo all'ente previdenziale erogante la pensione di reversibilità al fine di "consentire l'estensione degli effetti della decisione anche al debitore della prestazione, l'ente previdenziale, senza che lo stesso possa opporre la sua posizione di terzietà"[48].

La Corte, ponendosi in contrasto con la sentenza n. 6272/2004, ha affermato che la controversia tra l'ex coniuge e il coniuge superstite per l'accertamento della ripartizione del trattamento di reversibilità deve necessariamente svolgersi in contraddittorio con l'ente erogatore atteso che, essendo il coniuge divorziato, al pari di quello superstite, titolare di un autonomo diritto di natura previdenziale, l'accertamento concerne i presupposti affinché l'ente assuma un'obbligazione autonoma, anche se nell'ambito di una erogazione già dovuta, nei confronti di un ulteriore soggetto.

Questo secondo orientamento è stato abbandonato nelle successive decisioni. Nella sentenza in commento la Cassazione, richiamando la sentenza del 2004, riconosce nell'Ente erogatore l'obbligato alla corresponsione degli arretrati di pensione di reversibilità dovuto al coniuge divorziato già erogati al coniuge superstite, senza ritenere necessaria la sua chiamata in giudizio ad opera dell'attore.

Da quanto sin qui scritto emerge che la materia in esame presenta non poche zone buie che richiederebbero maggiore chiarezza. Una efficace soluzione ai problemi sopra evidenziati non è stata ancora trovata ed è per questo motivo che si ritiene necessario un ulteriore intervento del legislatore volto ad introdurre un meccanismo, magari forfettario e provvisorio, per l'attribuzione di una somma a vantaggio dell'ex coniuge in attesa della sentenza del tribunale di esatta quantificazione del trattamento. Ciò al fine di garantire agli ex coniugi che ne facciano richiesta all'Ente e che siano in possesso dei requisiti di legge (titolarità concreta dell'assegno di divorzio, non aver contratto nuovo matrimonio ed anteriorità della sentenza di divorzio al rapporto da cui trae origine il trattamento pensionistico) e che abbiano adito il tribunale per la quantificazione, di ottenere un adeguato sostentamento sino alla definitiva statuizione relativa al quantum; all'Ente erogatore il vantaggio di non dover recuperare dal coniuge superstite quanto liquidatogli in eccedenza e corrispondere all'ex coniuge le somme accertate dal Giudice.

Questo meccanismo, che può apparire di difficile applicazione non è del tutto sconosciuto agli istituti di previdenza. Un esempio si rinviene nella circolare dell'INPS n. 132 del 27giugno 2001 che, all'art. 2.1, dispone che nel caso in cui l'importo dell'assegno divorzile fosse stato trattenuto sulla pensione diretta del dante causa, l'Istituto avrebbe avuto cura, "al momento della liquidazione della pensione di reversibilità a favore del coniuge superstite, di accantonare cautelativamente un importo mensile pari a quello del predetto assegno in attesa della notifica della sentenza del Tribunale che dispone la ripartizione della pensione di reversibilità" con la conseguenza di porre il trattamento di reversibilità in pagamento "al netto dell'importo così accantonato".

---

(48) A. Sgroi, *Riconoscimento della pensione di reversibilità e crisi coniugale: profili di diritto sostanziale e procedurale*, cit. p.1378.

Questo stesso meccanismo applicato alla fattispecie in esame (l'Ente previdenziale invece di accantonare le somme le eroga in via provvisoria al coniuge divorziato), consentirebbe di ridurre gli oneri che gravano in capo all'Ente previdenziale dopo la sentenza che quantifica l'entità del trattamento in concreto dovuto; garantirebbe all'ex coniuge di conservare la fonte di reddito (assistenziale) persa con la morte dell'obbligato.

Giuseppe Realmuto
Dottorando di ricerca in diritto dell'Impresa
c/o l'Università degli studi di Palermo

Impiego pubblico - Professori universitari - Ordinari - Fuori ruolo - Riduzione graduale del periodo di fuori ruolo sia per i professori ancora in servizio di ruolo sia per quelli già ammessi al fuori ruolo - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 434, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 - Irragionevole disparità di trattamento derivante dal porre sullo stesso piano posizioni giuridiche non omogenee - Principio di legittimo affidamento sulla possibilità di portare a termine il fuori ruolo - Illegittimità costituzionale in parte qua.

Corte Costituzionale - 24.07.2009 n. 236 - Pres. Amirante - Rel. Criscuolo

E' costituzionalmente illegittimo per irragionevolezza l'art. 2, comma 434, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008), nella parte in cui si applica ai professori universitari per i quali sia stato disposto il collocamento fuori ruolo con formale provvedimento amministrativo e che hanno iniziato il corso del relativo periodo. La disposizione impugnata realizza infatti una violazione del legittimo affidamento – derivante da un formale provvedimento amministrativo – riposto nella possibilità di portare a termine, nel tempo stabilito dalla legge, le funzioni di docente fuori ruolo e, quindi, nella stabilità della posizione giuridica acquisita.

FATTO – 1. – Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, con ordinanza del 30 maggio 2008 (r.o. n. 345 del 2008), ha sollevato, in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 434, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008), «nella parte in cui troverebbe applicazione anche per i professori per i quali sia stato già disposto con formale provvedimento amministrativo il collocamento fuori ruolo».

1.1. – La norma impugnata dispone che «A decorrere dal 1° gennaio 2008, il periodo di fuori ruolo dei professori universitari precedente la quiescenza è ridotto a due anni accademici e coloro che alla medesima data sono in servizio come professori nel terzo anno accademico fuori ruolo sono posti in quiescenza al termine dell'anno accademico. A decorrere dal 1° gennaio 2009, il periodo di fuori ruolo dei professori universitari precedente la quiescenza è ridotto a un anno accademico e coloro che alla medesima data sono in servizio come professori nel secondo anno accademico fuori ruolo sono posti in quiescenza al termine dell'anno accademico. A decorrere dal 1° gennaio 2010, il periodo di fuori ruolo dei professori universitari precedente la quiescenza è definitivamente abolito e «coloro che alla medesima data sono in servizio come professori nel primo anno accademico fuori ruolo sono posti in quiescenza al termine dell'anno accademico».

1.2. – Il rimettente riferisce che il giudizio a quo è stato promosso dalla professoressa M.P.A., nei confronti dell'Università degli studi di Messina, per l'annullamento (previa misura cautelare): a) della nota rettorale prot. n. 8890 del 6 febbraio 2008, con la quale si comunicava che, in applicazione dell'art. 2, comma 434, della legge n. 244

del 2007, la ricorrente sarebbe cessata anticipatamente dal servizio con effetto dal 1° novembre 2008; b) del decreto rettorale n. 841 del 13 marzo 2008, con il quale si stabiliva che la medesima ricorrente «con effetto dal 1° novembre 2008 cesserà anticipatamente dal servizio».

1.3 – Il giudice a quo riassume l'evoluzione della normativa in tema di collocamento fuori ruolo dei professori universitari, prendendo le mosse dal decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 26 ottobre 1947, n. 1251 (Disposizioni per il collocamento fuori ruolo dei professori universitari che hanno raggiunto i limiti di età), ratificato, con modificazioni, dalla legge 4 luglio 1950, n. 498, in forza del quale i professori universitari, compiuto il settantesimo anno di età, «assumono la qualifica di professori fuori ruolo fino a tutto l'anno accademico durante il quale compiono il settantacinquesimo anno (art. 1, primo comma)». Secondo tale normativa, le cattedre e i relativi posti di ruolo erano considerati vacanti; i professori fuori ruolo conservavano le prerogative accademiche inerenti allo stato di professori di ruolo, con l'integrale trattamento economico ad esso relativo, ed erano tenuti a svolgere attività scientifica e didattica, avuto riguardo alle disponibilità degli istituti e dei mezzi e specialmente in relazione alle esigenze delle ricerche sperimentali; infine, con l'inizio dell'anno accademico successivo a quello in cui avevano compiuto i settantacinque anni, essi erano collocati a riposo.

Tale disciplina era confermata dalla legge 18 marzo 1958, n. 311 (Norme sullo stato giuridico ed economico dei professori universitari), alla stregua della quale, ai fini della determinazione del numero legale richiesto per la validità delle adunanze del corpo accademico e del Consiglio di facoltà, si teneva conto dei professori fuori ruolo soltanto se intervenuti all'adunanza. Essi potevano essere eletti all'ufficio di rettore o di preside, dal quale cessavano all'atto del collocamento a riposo, se si trattava della carica di preside, mentre, per l'ufficio di rettore, il professore che lo ricopriva al momento del collocamento a riposo poteva continuare a mantenere il suddetto ufficio fino alla scadenza del triennio per il quale era stato eletto (art. 14, quinto comma, della legge citata).

Il TAR rimettente prosegue osservando che, con legge-delega 21 febbraio 1980, n. 28 (Delega al Governo per il riordinamento della docenza universitaria e relativa fascia di formazione, e per la sperimentazione organizzativa e didattica), veniva stabilito tra i criteri direttivi (art. 12, primo comma, lettera p) che, per i professori ordinari da inquadrare in ruolo a seguito di concorsi successivi a quelli banditi alla data di entrata in vigore della legge, il collocamento fuori ruolo decorresse dall'anno accademico successivo al compimento del sessantacinquesimo anno di età, mentre il pensionamento doveva avere luogo cinque anni dopo il collocamento fuori ruolo. Invece, per i professori ordinari in servizio alla data di entrata in vigore della legge e per quelli da inquadrare a seguito di concorsi già banditi alla stessa data, il collocamento fuori ruolo dopo il compimento del sessantacinquesimo anno di età, sarebbe stato disposto soltanto a domanda.

In sede di esercizio della delega, con decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica), in base al richiamato criterio direttivo veniva stabilito il collocamento fuori ruolo dei professori ordinari al compimento del sessantacinquesimo anno di età e il collocamento a riposo cinque anni dopo il collocamento

fuori ruolo, mentre, per i professori ordinari in servizio alla data di entrata in vigore della legge n. 28 del 1980 e per quelli nominati in ruolo a seguito di concorsi già banditi alla medesima data, si stabiliva che sarebbero state applicate «le norme già vigenti», salva la richiesta anticipata di collocamento fuori ruolo (art. 110 del d.P.R. citato).

Con legge 7 aprile (recte: agosto) 1990, n. 239 (Disposizioni sul collocamento fuori ruolo dei professori universitari), si stabiliva che il collocamento fuori ruolo dei docenti di cui all'art. 19 del d.P.R. n. 382 del 1980 «è opzionale, fermo restando il collocamento a riposo dall'inizio dell'anno accademico successivo al compimento del settantesimo anno di età». La norma escludeva dal proprio ambito applicativo i professori già in servizio alla data di entrata in vigore della legge n. 28 del 1980, o inquadrati in ruolo a seguito di concorso bandito entro tale data, per i quali rimaneva fermo il disposto di cui all'art. 110 del d.P.R. n. 382 del 1980.

Con l'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (Norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici, a norma dell'art. 3 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), si dava facoltà ai dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici (compresi i professori universitari) di permanere in servizio per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti del collocamento a riposo.

Con legge 28 dicembre 1995, n. 549 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), la durata del collocamento fuori ruolo dei professori universitari veniva ridotta a tre anni, sia per i vincitori di concorsi successivi all'entrata in vigore della legge n. 28 del 1980, sia per quanti beneficiavano della disposizione transitoria di cui all'art. 110 del d.P.R. n. 382 del 1980, sicché questi ultimi, nel cui novero rientra la parte ricorrente nel giudizio principale, erano collocati fuori ruolo, con il prolungamento del biennio, a settantadue anni, ed in quiescenza a settantacinque anni.

Con legge 4 novembre 2005, n. 230 (Nuove disposizioni concernenti i professori e i ricercatori universitari e delega al Governo per il riordino del reclutamento dei professori universitari), il collocamento a riposo dei professori universitari (ordinari e associati), nominati secondo le disposizioni della legge stessa, era previsto al termine dell'anno accademico nel quale si compiva il settantesimo anno di età, compreso il biennio di cui all'art. 16 del D.Lgs. n. 503 del 1992. Inoltre, veniva abolito il collocamento fuori ruolo (art. 1, comma 17); ma, per i professori in servizio alla data di entrata in vigore della legge, era fatto salvo lo stato giuridico e il trattamento economico in godimento.

Infine, con la citata legge n. 244 del 2007 (art. 2, comma 434), si stabilisce che il periodo di fuori ruolo dei professori universitari, a decorrere dal 1° gennaio 2008, è ridotto a due anni accademici, a decorrere dal 1° gennaio 2009 è ridotto ad un anno accademico, a decorrere dal 1° gennaio 2010 è abolito.

1.4 – Così ricostruito il quadro normativo nel suo profilo diacronico, il rimettente esclude che la norma da ultimo richiamata possa ritenersi applicabile soltanto per il futuro, quindi eccettuando i soggetti già collocati fuori ruolo, avuto riguardo al chiaro tenore di essa, da cui emerge con evidenza come il legislatore abbia inteso disporre, anche per quanti avessero già ottenuto il fuori ruolo, il progressivo collocamento a riposo anticipato, in coerenza, del resto, con la *ratio* della normativa, mirante alla progressiva e totale abolizione dell'istituto.

Da ciò deriva, ad avviso del giudice a quo, la rilevanza, sia ai fini della decisione sull'istanza cautelare, sia per la pronunzia sul merito, della questione di legittimità costituzionale in argomento. La norma censurata, infatti, proprio perché applicabile anche ai professori per i quali (come la ricorrente) sia stato già disposto, con formale provvedimento amministrativo, il collocamento fuori ruolo alla fine dell'anno accademico nel quale si raggiungono i settantadue anni di età e il collocamento in quiescenza alla fine dell'anno accademico nel quale si raggiungono i settantacinque anni, si porrebbe in contrasto con i principi di ragionevolezza, d'imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, introducendo «un regolamento irrazionale ed arbitrario che comporterebbe il travolgimento della situazione sostanziale posta in essere da un formale provvedimento amministrativo adottato alla stregua della disciplina a tale momento vigente, e frustrerebbe l'affidamento dell'interessato nella sicurezza giuridica, elemento fondamentale dello stato di diritto» (sono richiamate varie sentenze di questa Corte).

In particolare, il collocamento a riposo anticipato dell'interessata, e di coloro i quali si trovano nella sua stessa situazione, contrasta, in primo luogo, per le ragioni appena esposte, con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost..

Contrasta, inoltre, col principio di eguaglianza sancito dallo stesso art. 3, in quanto comporta un eguale trattamento di situazioni differenti (cioè quella di coloro per i quali l'Università di appartenenza non abbia ancora adottato alcun provvedimento e quella di coloro per i quali è stato adottato il provvedimento).

Infine, contrasta col principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., in quanto la parte ricorrente si vedrebbe costretta, con pregiudizio per l'interesse superiore degli studi, ad interrompere i programmi e l'attività di docenza, con danno anche per i giovani studiosi.

2. – La professoressa A., ricorrente nel processo principale, si è costituita nel giudizio davanti alla Corte costituzionale.

Premesso che, con decreto rettorale del 28 febbraio 2003, le era stato concesso il prolungamento del servizio attivo per due anni, previsto dall'art. 16 D.Lgs. n. 503 del 1992 ed erano stati disposti il suo collocamento fuori ruolo per un triennio (fino al 31 ottobre 2009) e il suo collocamento a riposo a far data dal 1° novembre 2009, la parte privata osserva che «il Consiglio di facoltà di scienze MM. FF. NN. dell'Università di Messina, con delibera del 9 novembre 2006, aveva approvato la proposta da lei avanzata, relativa all'attività didattica, scientifica e formativa che si proponeva di svolgere quale professore fuori ruolo». La detta Università, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2, comma 434, della legge n. 244 del 2007, aveva modificato il suddetto decreto rettorale disponendo il suo collocamento in quiescenza a far tempo dal 1° novembre 2008. Conseguentemente ella aveva presentato ricorso al giudice amministrativo, e questi, accogliendo una eccezione dell'interessata, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale in oggetto.

Dopo aver chiarito che il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in accoglimento del suo appello, aveva disposto la sospensione cautelare del provvedimento impugnato, la professoressa A. sostiene la fondatezza della suddetta questione, richiamando il principio generale di irretroattività dettato dall'art. 11 delle

preleggi, da qualificare come fondamento dello Stato di diritto, elemento essenziale di civiltà giuridica e di certezza del diritto.

La parte privata prosegue osservando di essere consapevole che la Costituzione sancisce l'irretroattività soltanto per le norme penali punitive (art. 25, secondo comma), e tuttavia ricorda, come questa Corte ha già affermato, che l'emanazione di leggi con efficacia retroattiva incontra una serie di limiti, concernenti valori fondamentali di civiltà giuridica, nel cui novero sono compresi il principio di ragionevolezza e di uguaglianza, nonché la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei destinatari.

Tali limiti nel caso in esame sarebbero stati violati, sia perché, in materia di collocamento fuori ruolo e di quiescenza dei professori universitari, sussiste una tradizione normativa – sempre rispettata – secondo la quale le nuove disposizioni non sono applicabili ai professori già in servizio alla data in cui esse sono introdotte (tradizione che verrebbe nella specie irragionevolmente travolta), sia perché i provvedimenti delle Università con i quali era stato disposto il collocamento fuori ruolo degli interessati, e poi, dopo tre anni, il collocamento a riposo, hanno consolidato in capo agli stessi una situazione giuridica qualificabile non in termini di mera aspettativa, bensì come vero e proprio diritto quesito.

Infatti, in base alla giurisprudenza costituzionale, è da ritenere ammissibile un intervento legislativo che modifichi la disciplina del pensionamento dei pubblici dipendenti, ma tale intervento non è consentito ad libitum. In particolare, non può ritenersi consentita una modifica legislativa che, intervenendo in una fase in cui il dipendente ha tutte le ragioni per ritenere certo il collocamento a riposo ad una certa data, muti la disciplina vanificando le sue legittime aspettative, come avvenuto nel caso di specie.

La disposizione censurata, dunque, si risolve in «un regolamento irrazionale ed arbitrario che comporta il travolgimento della situazione sostanziale posta in essere da un formale provvedimento amministrativo, adottato alla stregua della disciplina a tale momento vigente, e frustra l'affidamento dell'interessata nella sicurezza giuridica, elemento fondamentale dello stato di diritto», con conseguente violazione del principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., nonché del principio di eguaglianza dettato dalla stessa norma, in quanto comporta una parità di trattamento di situazioni differenti, tali essendo, rispettivamente, quella di coloro per i quali non sia stato adottato dalle Università alcun provvedimento del tipo di quello sopraindicato e quella di coloro per i quali, viceversa, il provvedimento sia stato adottato.

Inoltre, la norma di cui si tratta contrasterebbe col principio di buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., per il fatto di determinare l'interruzione dei programmi di ricerca di cui era stata prevista la conclusione nel periodo del fuori ruolo e dei progetti di crescita e di affermazione degli allievi dei professori interessati.

3. – Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con otto ordinanze d'identico tenore (r.o. n. 350, n. 351, n. 352, n. 353, n. 354, n. 355, n. 356, n. 357 del 2008), del 30 luglio 2008, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., del medesimo articolo.

Il rimettente espone di essere chiamato a pronunciare su otto separati ricorsi, pro-

posti dai professori universitari Antonino Cataudella, Mario Comporti, Francesco Marmo, Francesco Salvatore, Pierfrancesco Grossi, Gaetano Fara, Romano Cipollini, Luciano Caglioti, Domenico Misiti, Francesco Orlando, tutti già collocati fuori ruolo dal 1° novembre 2006 al 1° novembre 2009, tranne che il professore Comporti, a sua volta, collocato fuori ruolo dal 1° novembre 2007 al 1° novembre 2010. Con tali ricorsi sono stati impugnati i decreti rettorali con i quali, in applicazione del citato art. 2, comma 434, il collocamento a riposo per limiti di età dei ricorrenti è stato anticipato di un anno rispetto a quanto originariamente stabilito.

Il giudice a quo, premesso che tra le varie doglianze è stata anche dedotta la questione di legittimità costituzionale del detto art. 2, comma 434, ritiene che tale questione sia rilevante, perché il provvedimento impugnato si basa soltanto sulla riduzione del periodo di fuori ruolo operata dalla norma censurata, che non può essere interpretata in senso conforme ai principi costituzionali, «avendo un contenuto assolutamente stringente ed una disciplina espressa per i rapporti pendenti».

Il rimettente prosegue sostenendo che la questione è non manifestamente infondata sotto diversi profili.

Infatti, la norma impugnata sembra porsi in violazione dell'art. 3 Cost «per la retroattività dei suoi contenuti precettivi».

Questa Corte ha affermato più volte che l'irretroattività della legge è principio di carattere costituzionale soltanto per le norme penali, in quanto sancito dall'art. 25 Cost. Per le norme non penali la retroattività delle leggi è consentita, ma nel rispetto dei principi di ragionevolezza e di eguaglianza. In questo quadro sono, in primo luogo, legittimamente retroattive sul piano costituzionale le norme interpretative, in quanto affermano una delle possibili varianti di senso già desumibili dalla lettera della disposizione interpretata. Anche norme innovative con efficacia retroattiva sono legittime (ad eccezione delle norme penali punitive), purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, tra i quali, oltre ai principi sopra richiamati, va inclusa anche la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei destinatari, in quanto principio connaturato allo Stato di diritto.

Nella specie, la disposizione ha introdotto una nuova disciplina per il collocamento fuori ruolo dei professori universitari. Ad avviso del rimettente si tratta di una norma a carattere innovativo, della cui retroattività non si può dubitare, perché viene ad incidere su posizioni giuridiche in atto, in quanto i ricorrenti hanno subito la riduzione di un anno del periodo di fuori ruolo già in corso.

La retroattività non può essere giustificata in relazione al fatto che la norma ha spiegato efficacia sul futuro svolgimento del periodo di fuori ruolo, in quanto questo deve ritenersi unitario, sicché la valutazione va compiuta con riguardo alla disciplina vigente al momento in cui è stato disposto.

Il collocamento fuori ruolo determina una posizione giuridica autonoma che comprende il diritto al completamento di tale periodo, sicché la relativa riduzione di un anno incide in maniera irragionevole su un affidamento qualificato degli interessati, riguardante vari aspetti dell'attività professionale svolta nel periodo medesimo. Né la retroattività può essere giustificata dalla riforma complessiva della disciplina riguardante i

professori universitari, operata con legge n. 230 del 2005, la quale ha abolito il periodo di collocamento fuori ruolo e previsto il limite di età di settant'anni per il collocamento a riposo. L'art. 1, comma 17, di tale legge, infatti, ha stabilito l'applicabilità di tale regime soltanto ai professori nominati in base alla nuova disciplina.

Anche la disciplina di diritto transitorio di cui si tratta risulta irragionevole. Invero, da un lato, essa denota – nella parte in cui fa decorrere la completa abolizione del fuori ruolo dal 1° gennaio 2010 – la consapevolezza del legislatore di non potere incidere in maniera immediata sulle situazioni in corso, dall'altro, stabilisce la riduzione del periodo fuori ruolo, sia per coloro che sono già in tale posizione da uno o due anni (applicando ad entrambe le suddette categorie di soggetti la riduzione a due anni), sia per coloro che, al momento di entrata in vigore della legge, sono ancora in servizio di ruolo, essendo previsto il periodo fuori ruolo di un anno, sia per i collocati fuori ruolo nel novembre 2008, sia per i collocati fuori ruolo nel novembre 2009. Peraltro, continua il rimettente, per i professori non ancora posti fuori ruolo al momento di entrata in vigore della legge – non titolari, dunque, di un affidamento qualificato – il periodo fuori ruolo avrebbe potuto anche essere disciplinato diversamente, senza alcuna salvaguardia di posizioni giuridiche, ma simile salvaguardia era invece necessaria nei confronti dei ricorrenti. Ne consegue che la disciplina di diritto transitorio in argomento tratta, dunque, nello stesso modo, salva la differenza della entità della riduzione (rispettivamente di un anno o di due anni), situazioni radicalmente diverse e, precisamente, posizioni di stato in atto (quelle di coloro che già si trovavano in posizione di fuori ruolo) e mere aspettative (quelle dei professori ancora in servizio).

La norma censurata appare altresì in contrasto anche con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., perché, anche in relazione all'efficienza organizzativa delle Università, la previsione dell'immediata riduzione del fuori ruolo per tutti i professori ordinari, i quali sono già in detta posizione, comporta l'immediata perdita di risorse intellettuali, l'interruzione di programmi di ricerca, la dispersione dell'attività scientifica.

4. – Il professore A.C. si è costituito in giudizio chiedendo che la questione di legittimità costituzionale sia dichiarata ammissibile e fondata.

Il professore M.C., a sua volta, ha depositato memoria di costituzione, nella quale, dopo aver richiamato il quadro normativo in cui è intervenuta la norma censurata, sostiene la necessità di ampliare la questione con riferimento all'intera categoria dei professori universitari che hanno acquisito il diritto al collocamento fuori ruolo in forza del d.P.R. n. 382 del 1980, prescindendo dal fatto che il relativo collocamento sia stato già disposto. La parte deduce la fondatezza di detta questione non soltanto per violazione degli artt. 3 e 97 Cost., ma anche per contrasto con gli artt. 1, 2, 4, 9, 11, 38, 98 e 117 della medesima, «ob relationem (cioè quale normativa interposta) alla Convenzione sui diritti e le libertà fondamentali di Roma 4.11.1950 (CEDU), in particolare per violazione degli articoli 1, 6 e 7 della CEDU e violazione dell'art. 6 del Trattato UE, nonché per violazione degli articoli 15 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea».

Il professor C. chiede, infine, che la dichiarazione d'illegittimità costituzionale sia estesa all'art. 16 del D.Lgs. n. 503 del 1992; all'art. 1, comma 30, della legge n. 549 del

1995; alla legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica).

Anche i professori F.S. e P.G. si sono costituiti con atti depositati, chiedendo l'accoglimento della questione sollevata dal TAR del Lazio.

Si è pure costituito il professor G.F., chiedendo che la questione sia dichiarata fondata, per ragioni nella sostanza analoghe a quelle esposte nell'ordinanza di rimessione.

Infine, si è costituito il professore F.O., articolando, anche con richiami a precedenti pronunzie di questa Corte, argomentazioni analoghe a quelle svolte nell'ordinanza di rimessione, cui aggiunge un'ulteriore censura ex art. 3 Cost., per ingiustificata disparità di trattamento rispetto al trattamento pensionistico dei magistrati. Deduce, altresì, che è costituzionalmente illegittima la norma di legge che abolisce l'istituto stesso del fuori ruolo per i professori universitari, individuando come ulteriore parametro costituzionale violato l'art. 38 Cost. In subordine chiede che questa Corte, qualora ritenga di non dover dichiarare l'incostituzionalità della norma censurata, pronunci sentenza interpretativa dell'art. 2, comma 434, della legge n. 244 del 2007, in guisa da renderlo compatibile con gli artt. 3, 38 e 97 Cost..

5. – In tutti i giudizi sopra indicati ha spiegato intervento la Presidenza del Consiglio dei ministri, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, la quale ha chiesto che la sollevata questione di legittimità costituzionale sia dichiarata non fondata.

Ad avviso dell'interveniente, «la norma censurata è riconducibile alla discrezionalità propria del legislatore, il quale ben può limitare la durata del collocamento fuori ruolo dei professori universitari in applicazione del principio, già affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui nel sistema costituzionale è consentito al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti», salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.).

Questa Corte, infatti, ha posto in evidenza al riguardo il solo limite dell'irrazionalità e dell'arbitrio che, nella specie, non ricorre, trattandosi di provvedimento diretto al contenimento delle spese, di carattere riduttivo e non soppressivo.

In altri termini, i giudici rimettenti non hanno colto la ratio della disposizione impugnata, da identificare nell'avvertita esigenza del sistema universitario italiano, di agevolare – nell'ambito di un quadro di finanza pubblica critico – il ricambio generazionale dei docenti universitari, considerato uno degli obiettivi in grado di dare nuovo slancio, tra l'altro, alle attività di ricerca scientifica che si svolgono nelle università.

Il legislatore non si è limitato ad abolire l'istituto del fuori ruolo per tutti i professori universitari, ma, proprio per evitare d'incorrere in censure sotto il profilo della legittimità costituzionale, ha operato una graduale riduzione del relativo periodo fino alla sua totale eliminazione. In tale contesto deve essere considerata la disposizione per la quale la predetta riduzione si applica a coloro che già sono stati collocati fuori ruolo.

La norma, infatti, mira ad evitare la disparità di trattamento tra categorie di docenti che si sarebbe creata se si fosse proceduto ad abolire il fuori ruolo soltanto per i docenti in servizio, senza incidere sulla posizione anche di quelli già collocati fuori

ruolo. La disparità sarebbe stata ancor più evidente, in quanto basata soltanto sull'atto di collocamento fuori ruolo. In altri termini, il legislatore, al fine di evitare disparità di trattamento tra professori universitari in servizio e in fuori ruolo, ha abolito l'istituto per tutti i docenti, peraltro prevedendo, per quelli già fuori ruolo, la graduale riduzione del relativo periodo.

Pertanto, la scelta del legislatore non viola il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., né sotto il profilo della disparità di trattamento, né sotto quello della ragionevolezza.

La norma stessa, non si pone neppure in contrasto con il canone costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, in quanto i programmi di ricerca ben possono essere proseguiti dalla struttura scientifica di riferimento dei docenti collocati in quiescenza. D'altra parte, la gradualità dell'abolizione dell'istituto in argomento consente alle Università, proprio nell'ottica del buon andamento delle attività accademiche, di programmare le stesse, tenendo conto della posizione lavorativa dei propri docenti.

6. – In prossimità dell'udienza di discussione, i professori A., C., O., C., G. hanno depositato articolate memorie, con le quali riprendono e sviluppano le argomentazioni già esposte negli atti di costituzione.

Inoltre, i ricorrenti professori G. e C. chiedono che questa Corte estenda il proprio sindacato di costituzionalità, comprendendo in esso non soltanto la parte della disposizione impugnata relativa ai professori già collocati fuori ruolo al momento dell'entrata in vigore della legge censurata, ma anche quella relativa ai professori nominati in seguito a concorsi banditi in data anteriore all'entrata in vigore della legge n. 28 del 1980, non ancora in posizione di fuori ruolo a quel momento, a loro volta titolari del diritto quesito a rimanere in servizio per un triennio. Essi sostengono, poi, che la norma in questione sarebbe contraria alle prescrizioni della direttiva comunitaria sulla parità di trattamento in materia di occupazione e, in generale, ai principi comunitari di parità di trattamento e di tutela del legittimo affidamento.

L'accertamento del contrasto con la normativa comunitaria sarebbe pregiudiziale all'accertamento del contrasto con la disciplina costituzionale. Pertanto, questa Corte – ove ritenesse di condividere il suddetto profilo di censura – dovrebbe rimetterne l'esame alla Corte di giustizia CE.

DIRITTO – 1. – Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, con l'ordinanza indicata in epigrafe (r.o. n. 345 del 2008), dubita, in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 434, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008), nella parte in cui «troverebbe applicazione anche per i professori per i quali sia stato già disposto con formale provvedimento amministrativo il collocamento fuori ruolo».

La norma impugnata stabilisce che il periodo di fuori ruolo dei professori universitari, precedente alla quiescenza, è ridotto a due anni accademici a decorrere dal 1° gennaio 2008 e coloro che, alla data indicata, sono in servizio come professori nel terzo anno accademico fuori ruolo, sono posti in quiescenza al termine dell'anno accademico. A decorrere dal 1°gennaio 2009, il detto periodo di fuori ruolo è ridotto ad un anno acca-

demico e coloro che, alla medesima data, sono in servizio come professori nel secondo anno accademico fuori ruolo, sono posti in quiescenza al termine dell'anno accademico. Infine, a decorrere dal 1° gennaio 2010, il periodo di fuori ruolo dei professori universitari è definitivamente abolito e coloro che, alla medesima data, sono in servizio come professori nel primo anno accademico fuori ruolo sono posti in quiescenza al termine di tale anno.

Il giudice a quo riferisce che davanti a quel Tribunale amministrativo è in corso un giudizio, promosso da una professoressa ordinaria, già collocata fuori ruolo per un triennio a decorrere dal 1° novembre 2006, e perciò fino al 31 ottobre 2009, la quale ha impugnato i provvedimenti rettorali con cui le è stata comunicata – in applicazione dell'art. 2, comma 434, della legge n. 244 del 2007 – la cessazione anticipata dal servizio con effetto dal 1° novembre 2008.

Il rimettente ritiene palese, in base al testuale tenore della disposizione censurata, che il legislatore ha inteso disporre «anche per coloro che avessero già ottenuto il fuori ruolo, il progressivo collocamento a riposo anticipato, e ciò, tra l'altro, in piena coerenza con la ratio della normativa», mirante alla totale abolizione dell'istituto del collocamento fuori ruolo dei professori universitari prima della quiescenza. Da questo assunto il giudice desume l'infondatezza dei primi due motivi del ricorso e la rilevanza della questione di legittimità costituzionale della norma suddetta.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il Tribunale amministrativo osserva che la disposizione impugnata, per il suo carattere irrazionale ed arbitrario, si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. – sotto il profilo del principio di ragionevolezza – in quanto la sua applicazione condurrebbe a travolgere la situazione sostanziale posta in essere da un formale provvedimento amministrativo, adottato nel rispetto della disciplina vigente al momento della sua emanazione e, conseguentemente, frustrerebbe l'affidamento dell'interessato nella sicurezza giuridica, elemento fondamentale dello Stato di diritto. Essa, violerebbe, altresì, il principio di eguaglianza dettato dalla stessa norma, in quanto comporta una parità di trattamento di situazioni differenti, tali essendo, rispettivamente, quella di coloro per i quali non sia stato adottato dalle Università alcun provvedimento del tipo di quello sopraindicato e quella di coloro per i quali, viceversa, il provvedimento sia stato adottato.

Inoltre, ad avviso del rimettente, la disposizione sarebbe lesiva anche del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., in quanto determina l'interruzione dei programmi di ricerca intrapresi dal docente e i processi di crescita e di affermazione dei suoi allievi.

2. – Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con le otto ordinanze d'identico tenore indicate in epigrafe, solleva a sua volta, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 2, comma 434, della legge n. 244 del 2007, nella parte in cui stabilisce la riduzione progressiva del periodo di fuori ruolo per i professori universitari già collocati in tale posizione.

Nei giudizi di cui alle ordinanze di rimessione r.o. n. 350, n. 352, n. 353, n. 354, n. 355, n. 356 e n. 357 del 2008 i ricorrenti, collocati fuori ruolo dal 1° novembre 2006, hanno impugnato i decreti rettorali emessi dalle rispettive Università, con i quali è stata

ridotta l'originaria durata triennale del periodo fuori ruolo ed è stato stabilito il loro collocamento a riposo dal 1° novembre 2008. Nel giudizio di cui all'ordinanza r.o. n. 351 del 2008, il ricorrente, collocato fuori ruolo a far data dal 1° novembre 2007, ha impugnato il decreto rettorale col quale l'Università ha ridotto il periodo fuori ruolo già disposto in precedenza, stabilendo il suo collocamento a riposo dal 1° novembre 2009.

Il giudice a quo svolge argomenti analoghi a quelli già esposti nell'ordinanza n. 345 del 2008, ritenendo la norma denunciata in contrasto con l'art. 3 Cost. «per la retroattività dei suoi contenuti precettivi», non suscettibili di essere interpretati in modo conforme ai principi costituzionali. Inoltre, osserva che l'irretroattività della legge trova tutela costituzionale soltanto per le leggi penali, nell'ambito dell'art. 25 Cost.. Il legislatore, dunque, in altri settori ben può emanare leggi con efficacia retroattiva, ma è necessario che l'esercizio di tale potere trovi giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, tra cui l'affidamento legittimamente sorto, quale principio connaturato allo Stato di diritto (è richiamata la sentenza di questa Corte n. 282 del 2005).

Nei casi di specie, la norma censurata sarebbe di carattere innovativo e verrebbe ad incidere su posizioni giuridiche in atto, senza che tale retroattività trovi giustificazione ragionevole, ponendosi anzi in contrasto col principio generale di eguaglianza e con l'affidamento legittimamente sorto negli interessati.

Infine, sussisterebbe anche contrasto col principio di buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost..

3. – Entrambi i rimettenti dubitano della legittimità costituzionale della stessa norma di legge, con riferimento ai medesimi parametri costituzionali, e svolgono argomentazioni in larga parte coincidenti. Pertanto, tutti i relativi giudizi devono essere riuniti e definiti con unica pronunzia.

4. – In premessa si deve rilevare che, per giurisprudenza costante di questa Corte, l'oggetto del giudizio di costituzionalità in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione, non potendo essere presi in considerazione, oltre i limiti in queste fissati, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia che siano stati eccepiti, ma non fatti propri dal giudice a quo, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze. Sono quindi inammissibili, e non possono essere prese in esame in questa sede, le deduzioni di alcune parti private (indicate in narrativa), dirette ad estendere il thema decidendum non soltanto attraverso l'invocazione di ulteriori parametri costituzionali, ma anche attraverso la denuncia di disposizioni ulteriori rispetto a quelle sospettate di illegittimità costituzionale dai giudici rimettenti (ex plurimis, sentenze n. 56 del 2009; n. 86 del 2008; n. 244 del 2005; ordinanze n. 174 del 2003 e 379 del 2001).

5. –Nella stessa prospettiva, va osservato che, mentre l'ordinanza del TAR per la Sicilia solleva la questione di legittimità costituzionale del citato art. 2, comma 434, «nella parte in cui troverebbe applicazione anche per i professori per i quali sia stato già disposto con formale provvedimento amministrativo il collocamento fuori ruolo», il petitum delle ordinanze del TAR del Lazio non contiene la stessa precisazione. Da ciò, tuttavia, non può desumersi che in tali ordinanze si sia inteso estendere la questione an-

che ai docenti universitari non ancora in posizione di fuori ruolo al momento dell'entrata in vigore della legge censurata (1° gennaio 2008). Premesso che, a questa data, tutti i ricorrenti nei giudizi principali erano già collocati in detta posizione ed avevano iniziato il relativo periodo, basta considerare la motivazione delle ordinanze medesime (in riferimento alla quale il dispositivo va interpretato) per convincersi che in esse la questione è stata circoscritta negli stessi limiti del Tribunale amministrativo siciliano.

In particolare, si afferma che la disposizione censurata stabilisce la riduzione del periodo fuori ruolo, sia per coloro che sono già in tale posizione da uno o due anni (applicando ad entrambe le suddette categorie di soggetti la riduzione a due anni), sia per coloro che, al momento di entrata in vigore della legge, sono ancora in servizio di ruolo, essendo previsto il periodo fuori ruolo di un anno, sia per i collocati fuori ruolo nel novembre 2008, sia per i collocati fuori ruolo nel novembre 2009. Peraltro, per i professori non ancora posti fuori ruolo al momento di entrata in vigore della legge – non titolari, dunque, di un affidamento qualificato – il periodo fuori ruolo avrebbe potuto anche essere disciplinato diversamente, senza alcuna salvaguardia di posizioni giuridiche, ma simile salvaguardia era invece necessaria nei confronti dei ricorrenti. Ne consegue che la disciplina di diritto transitorio in argomento tratta, dunque, nello stesso modo, salva la differenza della entità della riduzione (rispettivamente di un anno o di due anni), situazioni radicalmente diverse e, precisamente, posizioni di stato in atto (quelle di coloro che già si trovavano in posizione di fuori ruolo) e mere aspettative (quelle dei professori ancora in servizio). E più avanti si aggiunge che, anche in relazione all'efficienza organizzativa dell'Università, la previsione dell'immediata riduzione della durata del fuori ruolo per tutti i professori universitari che sono già in tale posizione comporta la immediata perdita di risorse intellettuali, la interruzione di programmi di ricerca, la dispersione dell'attività scientifica.

Risulta evidente, dunque, che anche per il TAR del Lazio la questione di legittimità costituzionale è posta con riguardo all'art. 2, comma 434, della legge n. 244 del 2007, nella parte in cui si applica ai professori universitari per i quali sia stato già disposto, con formale provvedimento amministrativo, il collocamento fuori ruolo e questo sia iniziato.

6. – La detta questione di legittimità costituzionale è fondata, nei sensi di seguito precisati.

6.1. – L'istituto del fuori ruolo dei professori universitari – la cui disciplina giuridica, per quanto riguarda i profili diacronici, è stata richiamata in narrativa – presenta caratteri peculiari che lo distinguono dall'analoga posizione di altri dipendenti pubblici.

Il docente universitario in tale posizione, infatti, pur non essendo più titolare di cattedra, durante il triennio di fuori ruolo può svolgere attività didattica, scientifica e di ricerca, conserva le prerogative accademiche e il trattamento economico, interviene alle adunanze del corpo accademico e del Consiglio di facoltà, può essere eletto all'ufficio di rettore o di preside. Si tratta, dunque, di un autonomo, unitario e ben definito status professionale, collegato al successivo collocamento in quiescenza, ma da questo distinto, sul quale la disposizione censurata ha inciso, introducendo per il futuro una modificazione peggiorativa del rapporto di durata, ma determinando anche una contrazione del momento finale di quello status che si riflette negativamente sulla posizione giuridica già acquisita dall'interessato (cosiddetta retroattività impropria).

6.2. – Questa Corte, con riferimento ai rapporti di durata, ha più volte affermato il

principio secondo cui il legislatore, in materia di successione di leggi, dispone di ampia discrezionalità e può anche modificare in senso sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo – in caso di norme retroattive – il limite imposto in materia penale dall'art. 25, secondo comma, Cost., e comunque a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti (ex plurimis, sentenze n. 162 del 2008; n. 74 del 2008; n. 11 del 2007; n. 409 del 2005; n. 374 del 2002(1) e n. 525 del 2000).

Nella giurisprudenza di questa Corte, poi, è consolidato il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto e non può essere leso da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori (ex plurimis, sentenze n. 24 del 2009; n. 11 del 2007; n. 409 del 2005; n. 446 del 2002; n. 416 del 1999 e n. 390 del 1995).

6.3 — Si tratta quindi di verificare, alla luce dei suddetti orientamenti, la ragionevolezza della disposizione censurata sulla base del principio di tutela dell'affidamento, quale parametro alla stregua del quale scrutinare la legittimità della norma medesima, con riguardo all'art. 3 Cost..

Orbene, fermo quanto esposto in precedenza circa lo stato professionale dei professori universitari in posizione di fuori ruolo, si deve ribadire che esso certamente non si esaurisce in una mera aspettativa, ma si concreta in una posizione giuridica consolidata, in quanto radicata non soltanto su un provvedimento amministrativo che l'ha disposta (peraltro sulla base di una specifica opzione, non più revocabile dopo il collocamento fuori ruolo, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 239), ma anche sull'esercizio effettivo delle attribuzioni connesse a quella posizione (come si è notato, tutti i ricorrenti nei giudizi principali avevano già intrapreso il corso del triennio fuori ruolo prima dell'entrata in vigore della norma de qua).

Inoltre, la durata del fuori ruolo è breve, essendo contenuta in un triennio, sicché essa non è equiparabile a quella di altri rapporti, come quelli inerenti a trattamenti pensionistici, destinati a protrarsi vita natural durante. Rispetto ad essa, dunque, non sono ravvisabili esigenze, tanto meno inderogabili, idonee a giustificare la compressione del legittimo affidamento nutrito dagli interessati sulla regolare scadenza del relativo periodo.

Proprio sotto questo profilo, anzi, si coglie in modo chiaro il vulnus inferto dalla norma censurata alla ragionevolezza dell'intervento legislativo di cui si tratta.

Invero, come si è detto, ad avviso della Presidenza del Consiglio dei ministri, i rimettenti non avrebbero colto la ratio della disposizione impugnata, «da identificarsi nella avvertita esigenza del sistema universitario italiano nell'ambito di un quadro di finanza pubblica critico, di agevolare il ricambio generazionale, considerato uno degli obiettivi in grado di dare nuovo slancio, tra l'altro, alle attività di ricerca scientifica che si svolgono nelle università». In questa situazione, il legislatore non si sarebbe limitato ad abolire l'istituto del fuori ruolo per tutti i professori universitari, ma «proprio per evitare d'incorrere in censure di illegittimità costituzionale» avrebbe «operato una graduale riduzione del periodo di fuori ruolo fino alla sua totale eliminazione; ed è in tale contesto che deve essere considerata la norma per la quale la pre-

detta riduzione si applica anche a coloro che sono stati già collocati in fuori ruolo».

Al riguardo si deve osservare che, senza dubbio, il fine di abolire per il futuro l'istituto del collocamento fuori ruolo per tutti i professori universitari rientra nella discrezionalità del legislatore e, del resto, s'inserisce in un indirizzo legislativo già in precedenza perseguito (artt. 17 e 19 della legge n. 230 del 2005, la quale tuttavia fece salvo lo stato giuridico e il trattamento economico in godimento per i professori in servizio alla data di entrata in vigore della legge stessa). Qui non è in discussione tale obiettivo, bensì il necessario bilanciamento che si deve compiere tra il suo perseguimento e la tutela da riconoscere al legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, nutrito da quanti, sulla base della normativa previgente, hanno conseguito una situazione sostanziale consolidata.

In questa prospettiva va notato che la contrazione del periodo di fuori ruolo, già in corso di svolgimento, operata dalla norma censurata, riguarda una posizione giuridica concentrata nell'arco di un triennio, interessa una categoria di docenti numericamente ristretta, non produce significative ricadute sulla finanza pubblica, non risponde allo scopo di salvaguardare equilibri di bilancio o altri aspetti di pubblico interesse e neppure può definirsi funzionale all'esigenza di ricambio generazionale dei docenti universitari, ove si consideri che essi, con l'inizio del fuori ruolo, perdono la titolarità della cattedra che rimane vacante. Il sacrificio imposto ai docenti interessati, che già si trovano nello stato di fuori ruolo, dunque, si rivela ingiustificato e perciò irragionevole, traducendosi nella violazione del legittimo affidamento – derivante da un formale provvedimento amministrativo – riposto nella possibilità di portare a termine, nel tempo stabilito dalla legge, le funzioni loro conferite e, quindi, nella stabilità della posizione giuridica acquisita (nei sensi sopra indicati).

Né può condividersi l'ulteriore argomento dell'Avvocatura dello Stato, secondo cui la norma censurata mirerebbe «ad evitare la disparità di trattamento tra categorie di docenti che si sarebbe creata se si fosse proceduto ad abolire il fuori ruolo solo per i docenti in servizio, senza incidere anche sulla posizione dei docenti già collocati in fuori ruolo». È vero il contrario, perché la norma pone sullo stesso piano posizioni giuridiche non omogenee, in quanto trascura di considerare che il professore già in fuori ruolo è titolare in atto di uno specifico stato professionale, sul quale la norma medesima viene ad incidere in senso peggiorativo con effetto immediato, mentre il professore in servizio di ruolo, titolare di uno stato giuridico diverso, può vantare al riguardo soltanto una mera aspettativa. In realtà, quindi, l'equiparazione suddetta realizza una disparità di trattamento (rappresentata dalla previsione dello stesso trattamento per situazioni giuridiche diverse), costituente autonoma violazione dell'art. 3 Cost..

Alla stregua delle considerazioni esposte, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 434, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nella parte in cui si applica ai professori universitari per i quali sia stato disposto il collocamento fuori ruolo con formale provvedimento amministrativo e che hanno iniziato il corso del relativo periodo.

Ogni ulteriore profilo di censura resta assorbito.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1145

IL PERIODO DI "FUORI RUOLO" DEI PROFESSORI UNIVERSITARI NELLA LEGGE FINANZIARIA PER IL 2008: L'ASPETTATIVA DI DIRITTO NEI RAPPORTI DI LAVORO E PREVIDENZIALI

Sommario: 1. - Premessa: esame ed evoluzione della disciplina del fuori ruolo. 2. - La decisione della Consulta: sull'irragionevolezza. 3. - Segue: sulla violazione del principio di eguaglianza. 4. - Uno sguardo verso fattispecie analoghe: l'aspettativa nel diritto previdenziale.

1.- Premessa: esame ed evoluzione della disciplina del fuori ruolo

La Corte Costituzionale, con la sentenza in epigrafe si è pronunciata sulla conformità dell'articolo 2, comma 434, della legge n. 244 del 2007 (legge finanziaria per il 2008), con gli articoli 3 e 97 della Costituzione. La censura riguarda la parte in cui l'articolo citato, disponendo retroattivamente la progressiva riduzione della durata del "fuori ruolo" per chi già ne godesse, «troverebbe applicazione anche per i professori per i quali sia stato già disposto con formale provvedimento amministrativo il collocamento fuori ruolo». Tale riduzione sarebbe incostituzionale per irragionevolezza, arbitrarietà, nonché contraria al principio di buon andamento della pubblica amministrazione[1].

Prima di procedere all'analisi dei motivi che hanno condotto il giudice delle leggi ad accogliere la questione sollevata sia dal T.A.R. Sicilia, sia dal T.A.R Lazio[2], appare opportuno individuare la cornice normativa di riferimento dell'istituto del fuori ruolo dei professori universitari, mediante un esame diacronico. Occorre ricordare che quello dei docenti universitari costituisce uno dei rapporti ancora sottratti all'ambito della privatizzazione del lavoro pubblico[3].

Punto di partenza per la ricostruzione dell'istituto in esame è il Testo unico delle leggi sull'istruzione superiore (R.D. 31 agosto 1933 n. 1592) che sanciva all'articolo 110 il collocamento a riposo dei professori universitari al compimento del settantacinquesimo anno di età. È con il decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 26 ottobre 1947, n. 1251 (Disposizioni per il collocamento fuori ruolo dei professori universitari che abbiano raggiunto il limite di età), ratificato, con modificazioni, dalla legge n. 498 del 4 luglio 1950 che è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del collocamento in fuori ruolo per i professori universitari. In particolare, l'articolo 1, comma 1, della legge n. 498/1950 stabiliva che i professori universitari, compiuto il settantesimo anno

---

(1) Per un primo commento vedi A. Celotto, *Fuori ruolo dei professori universitari: quando il legislatore cambia idea*, in *www.giurcost.org*, di prossima pubblicazione in *GA*.

(2) Una delle ordinanze, la numero 345 del 30 maggio 2008, si può leggere in FA T.A.R., 2008, 1476 con nota di A. Oddi, Abolizione del «fuori ruolo» dei professori universitari e tutela del legittimo affidamento.

(3) Sul rapporto dei docenti universitari cfr. amplius S. Raimondi, Lo stato giuridico di professori universitari tra legge, autonomia statutaria, e spinte corporative, in DA, 2002, 210; A. Trojsi, Il lavoro dei docenti universitari, in LD, 1999, 79.

di età, assumessero «la qualifica di fuori ruolo fino a tutto l'anno accademico durante il quale compiono il settantacinquesimo anno». Secondo tale normativa, i professori fuori ruolo conservavano le prerogative accademiche inerenti allo stato di professore di ruolo, con l'integrale trattamento economico ad esso relativo, con l'obbligo di svolgere attività didattica e scientifica compatibilmente alle disponibilità degli istituti e dei mezzi ed in relazione alle esigenze delle ricerche sperimentali.

Successivamente, con la legge n. 311 del 18 marzo 1958, la previgente disciplina veniva confermata ed integrata attraverso il riconoscimento ai professori in fuori ruolo dell'elettorato passivo all'ufficio di rettore o di preside, nonché mediante la previsione secondo cui ai fini della determinazione del numero legale richiesto per la validità delle adunanze dei Consigli di facoltà si teneva conto della loro presenza soltanto se intervenuti.

In sede di riforma universitaria del 1980 il legislatore mantiene l'istituto del fuori ruolo. Nel dettaglio l'articolo 12, primo comma, lettera p) della legge delega n. 28 del 1980, stabiliva quale criterio direttivo che, per i professori ordinari da inquadrare in ruolo a seguito di concorsi banditi successivamente alla data di entrata in vigore della legge, il collocamento fuori ruolo decorresse dall'anno accademico successivo al compimento del sessantacinquesimo anno di età, mentre il pensionamento doveva aver luogo cinque anni dopo il collocamento fuori ruolo. Invece, per i professori ordinari inquadrati alla data di entrata in vigore della legge e per quelli da inquadrare a seguito di concorsi già banditi alla stessa data, il collocamento fuori ruolo dopo il compimento del sessantacinquesimo anno di età, sarebbe stato disposto solo a domanda. Con il D.P.R. n. 382 del 1980 si stabiliva, in attuazione della delega ed in base al richiamato criterio direttivo, all'art. 19 il collocamento fuori ruolo dei professori ordinari al compimento del sessantacinquesimo anno di età ed il collocamento a riposo cinque anni dopo il collocamento fuori ruolo, mentre, per i professori ordinari in servizio alla data di entrata in vigore della legge n. 28 del 1980 e per quelli nominati in ruolo a seguito di concorsi già banditi alla medesima data, si stabiliva all'art. 110 che sarebbero state applicate le «norme già vigenti», salva la richiesta anticipata di collocamento fuori ruolo.

Con legge n. 239 del 7 agosto 1990 si stabiliva che il collocamento fuori ruolo dei docenti di cui all'articolo 19 del D.P.R. suindicato «è opzionale, fermo restando il collocamento a riposo dall'inizio dell'anno accademico successivo al compimento del settantesimo anno di età». Per i professori già in servizio alla data di entrata in vigore della legge n. 28 del 1980 o inquadrati a seguito di concorsi banditi entro tale data, si applica quanto previsto dall'art. 110 del D.P.R. n. 382/1980.

Con l'art. 16 del D.Lgs. n. 503 del 30 dicembre 1992 si riconosceva ai dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici, nel cui ambito ricadono anche i professori universitari, la facoltà di rimanere in servizio per un ulteriore biennio oltre i limiti del collocamento a riposo, con il contestuale spostamento in avanti di due anni del fuori ruolo.

Nel 1995 il legislatore decide di intervenire anche sulla durata del fuori ruolo, che viene ridotta da cinque a tre anni sia per i vincitori di concorsi successivi all'entrata

in vigore della L. n. 28/1980 sia per coloro che rientravano nel campo di applicazione dell'art. 110 del D.P.R. n. 382 del 1980.

Nel 2005 si assiste ad un cambiamento di rotta sull'opportunità di mantenere in vita l'istituto del fuori ruolo. Infatti, l'art. 1, comma 17, della legge n. 230 del 2005 abolisce il collocamento in fuori ruolo per i professori che sarebbero entrati in servizio dopo il 2005, mentre, per quelli che siano già in servizio alla data di entrata in vigore di tale legge si continua a prevedere la possibilità di accedere al fuori ruolo una volta maturati i requisiti richiesti dalle precedenti discipline (art. 1, comma 19, l. n. 230/2005).

Quasi due anni dopo, il legislatore interviene nuovamente disponendo, da un lato, l'abolizione di tale istituto per tutti i professori a decorrere dal 1° gennaio 2010, quindi anche per coloro ai quali la legge n. 230/2005 aveva mantenuto la possibilità di usufruirne, dall'altro, una progressiva riduzione della durata dello stesso per coloro che già ne godessero. Nel dettaglio, l'articolo 2, comma 434 della l. n. 244 del 24 dicembre 2007 ha disposto la riduzione a due anni accademici del periodo di fuori ruolo a decorrere dal 1° gennaio 2008, ad un anno a decorrere dal 1° gennaio 2009, e la abolizione a decorrere dal 1° gennaio 2010.

2. – La decisione della Consulta: sull'irragionevolezza

La Corte con un ragionamento largamente condivisibile ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione suindicata nella parte in cui si applica anche ai professori universitari per i quali, alla data di entrata in vigore della l. n. 244/2007, fosse stato già disposto il collocamento fuori ruolo con formale provvedimento amministrativo e che avessero iniziato il corso del relativo periodo, per violazione dell'articolo 3 della Costituzione sotto il profilo dell'irragionevolezza e della violazione del principio di eguaglianza.

Il ragionamento seguito dalla Consulta si fonda su tre elementi. In primo luogo la titolarità in capo ai professori universitari già in fuori ruolo di uno status professionale riconducibile ad una vera e propria situazione giuridica consolidata. Inoltre la Corte ritiene che la disposizione legislativa incida in senso peggiorativo su tale status riducendone la durata (c.d. retroattività impropria). Terzo punto nodale è la differenza tra i professori collocati in fuori ruolo alla data di entrata in vigore della legge ed i professori ancora in servizio alla medesima data, essendo questi ultimi titolari di una mera aspettativa.

Secondo la Corte, posto che nel nostro ordinamento non sussiste alcun principio costituzionalmente codificato di irretroattività delle leggi, salvo che per quella penale (art. 25, secondo comma Cost.)[4], il legislatore, con riferimento ai rapporti di durata, come quello dei professori in fuori ruolo, gode di ampia discrezionalità e può modificare in senso anche sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, a condizione però che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul

(4) Sul punto vedi F. Satta, Irretroattività degli atti normativi, in EGT, XVII, Roma, 1989.

piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti[5]. Valori, tra i quali, vi è quello relativo alla tutela dell'affidamento legittimamente sorto in capo ai destinatari, in quanto principio connaturato allo stato di diritto, elemento essenziale di civiltà giuridica e di certezza dell'ordinamento[6]. Legittimo affidamento che, ovviamente, è connesso alla sussistenza in capo ai titolari dei rapporti di durata di situazioni giuridiche soggettive qualificabili in termini di diritto soggettivo o, nel caso in esame, di status o, comunque, di situazioni sostanziali consolidate.

In sintesi, una norma retroattiva è incostituzionale ogni qual volta essa comporti il travolgimento di una situazione sostanziale sorta sulla base di una legge precedente, senza che ciò sia controbilanciato dalla ragionevolezza e non arbitrarietà della scelta legislativa.

La Corte, in applicazione di tali principi, ha proceduto al bilanciamento tra l'obiettivo che il legislatore statale intendeva perseguire con la riforma in esame, ossia abolire l'istituto del collocamento fuori ruolo, e la tutela da riconoscere al legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, nutrito dai professori universitari che, sulla scorta della precedente normativa, hanno conseguito una situazione giuridica consolidata. Tale giudizio si è risolto nel riconoscimento della ingiustificatezza ed dell'irragionevolezza del sacrificio imposto ai docenti interessati, con la conseguente violazione del legittimo affidamento nella stabilità della posizione giuridica acquisita, in quanto: "la contrazione del periodo di fuori ruolo (…) riguarda una posizione giuridica concentrata nell'arco di un triennio, interessa una categoria di docenti numericamente ristretta, non produce significative ricadute sulla finanza pubblica, non risponde allo scopo di salvaguardare equilibri di bilancio o altri aspetti di pubblico interesse e neppure può definirsi funzionale all'esigenza di ricambio generazionale dei docenti universitari (…)".

3. – Segue: sulla violazione del principio di eguaglianza

La Corte va però oltre ed afferma l'incostituzionalità della disposizione in esame per violazione dell'articolo 3 sotto il profilo della disparità di trattamento. Disparità che viene ravvisata nell'equiparazione tra la posizione giuridica del professore già in fuori ruolo, titolare di uno specifico stato professionale, e quella del professore in servizio di ruolo, titolare soltanto di una mera aspettativa alla possibilità di acquisire lo status di fuori ruolo.

In ordine a tale ultimo profilo, la sentenza della Corte Costituzionale è pienamente condivisibile. Infatti, diverse e non equiparabili sono le posizioni in cui versano i professori già collocati alla data di entrata in vigore della legge e quelli invece, ancora

---

(5) In tal senso G. Ferraro, I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione, in RIDL, 1995, 301, il quale individua quali siano le condizioni di legittimità costituzionale di una norma retroattiva che incida su situazioni giuridiche maturate in capo al lavoratore.

(6) Cfr. Corte Cost., 7 maggio 1981, n. 108, in FI, 1981, I, 1793; Corte Cost., 4 gennaio 1977, n. 13, in FI, 1977, I, 259; Corte Cost., 15 luglio 1976, n. 194, in FI, 1977, I.

collocandi. I primi, come già ampiamente illustrato, sono titolari di uno status che comporta il riconoscimento di determinate prerogative, le quali, possono essere travolte o ridotte da una norma successiva solo in presenza di serie e fondate ragioni giustificatrici[7].

Diversa è la situazione in cui si trovavano i professori universitari che alla data di entrata in vigore della legge non abbiano maturato i requisiti per accedere all'istituto del fuori ruolo. La Corte individua, correttamente, la loro posizione in termini di mera aspettativa, intesa quale "aspettativa di fatto la cui essenza sta nell'attesa di un evento (giuridico) più o meno probabile, ma pur sempre incerto mancando l'attribuzione di poteri giuridici idonei a garantire la fattispecie"[8].

Infatti, secondo la dottrina e la giurisprudenza, fintantoché non si maturino tutte le condizioni richieste dalla fattispecie normativa per la nascita del diritto ci si trova in presenza di mere aspettative di fatto, non diverse dalle aspirazioni personali e dagli auspici, che non hanno alcuna rilevanza sul piano giuridico "atteso che il diritto per sua natura di aspetto reale della fattispecie non può che esistere oppure no e nascere poi tutto d'un tratto"[9]. Ne consegue, che il legislatore non incontra da parte di tali posizioni alcun limite alla propria attività di normazione, non ponendosi alcuna questione di retroattività, in quanto la stessa è rinvenibile solo in quegli interventi normativi che vanno ad interferire con situazioni giuridiche già maturate, modificandone la disciplina sancita dalle norme in vigore nel momento in cui si sono realizzate.

4. - Uno sguardo verso fattispecie analoghe: l'aspettativa nel diritto previdenziale

Diverso sarebbe stato l'esito della pronuncia della Consulta, nella parte relativa alla qualificazione giuridica dell'aspettativa dei professori in ruolo quale mera situazione soggettiva di fatto non suscettibile di alcun tipo di tutela nei confronti del potere legislativo, qualora il collocamento in fuori ruolo fosse stato considerato alla stregua di un istituto ricadente nell'ambito della previdenza pensionistica pubblica. Invero, in quest'ultimo settore, la nozione di aspettativa assume una connotazione totalmente differente. In particolare, la stessa viene utilizzata dai giudici costituzionali quale limite all'azione regressiva del legislatore nei confronti di coloro che non abbiano ancora maturato il diritto alla pensione. Ed emblematiche sono in tal senso le sentenze 17 dicembre 1985, n. 349[10] e 14 luglio 1988, n. 822[11] nelle quali si avverte che «non potrebbe dirsi consentita una modificazione legislativa che, intervenendo in una fase avanzata del rapporto, ovvero quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un'inderogabile esigenza, in misura notevole ed in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante,

(7) Ex plurimis Corte Costituzionale, 11 febbraio 1970, n. 19, in GC, 1970, III, 72.
(8) Così M. Persiani, Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata, in ADL, 1998, I, 314.
(9) Al riguardo cfr. R. Scognamiglio, Aspettativa di diritto, in ED, III, 1958, 226 e ss.; nonché più di recente A. Occhino, L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali, Giappichelli, Torino, 2004, 60.
(10) Cfr. Corte Cost. sentenza n. 349 del 17 dicembre 1985, in GC, 1985, 2408.
(11) Corte Cost. sentenza n. 822 del 14 luglio 1988, in CS, 1988, II, 1378.

con la conseguente irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività»[12].

Orbene, tale nozione di legittima aspettativa, però, non va intesa quale diritto del lavoratore a non vedersi modificata in senso peggiorativo la disciplina legale dei requisiti per la maturazione della pensione o dei criteri di calcolo di questi ultimi, c.d. diritto al regime[13] ovvero quale vero e proprio diritto soggettivo. E ciò in quanto, di un diritto soggettivo[14] a pensione non si può parlare prima della sua domanda o liquidazione[15] e, quindi, prima della maturazione di tutte le condizioni richieste dalla fattispecie[16].

Occorre allora interrogarsi sul significato della nozione di aspettativa in ambito previdenziale così come individuato dalla Corte costituzionale, e cioè quale limite al potere normativo e dispositivo del legislatore. Per poter rispondere a tale quesito occorre mutare il piano di indagine e passare da quello soggettivo a quello oggettivo.

Decisiva, a tal fine, è la ricostruzione operata da autorevole dottrina secondo cui l'esistenza di aspettative tutelate (indicate con l'accezione di posizioni preliminari giuridicamente tutelate e, cioè, idonee a produrre effetti giuridici) nell'ambito della previdenza pubblica va affrontata in relazione ai limiti ai quali è assoggetto il potere di dettare la disciplina della tutela previdenziale. Limiti che si risolvono in quelli che la giurisprudenza costituzionale ha individuato nel quadro del suo controllo di ragionevolezza ed arbitrarietà[17].

Il concetto di aspettativa, pertanto, "è una nozione giuridica oggettiva e non soggettiva: non una posizione azionabile dai privati nel processo, ma la sintesi delle condizioni di esercizio del potere di posizione di nuovo diritto oggettivo, garantito dal giudizio di conformità alla Costituzione: quindi non posizione giuridica soggettiva ma riflesso di regole oggettive che definiscono un'area di tutela nella relazione tra i poteri e i privati"[18].

Sotto tale prospettiva è possibile, allora, individuare una nozione autonoma di aspettativa, in quanto ricondotta al piano della relazione tra i cittadini e l'esercizio del potere di produzione di nuovo diritto oggettivo.

Occorre però precisare che una nozione di aspettativa quale forma costituzionalmente tutelata di attesa dei destinatari delle leggi è riscontrabile soltanto nell'ambito dei diritti sociali[19] tra cui rientra la materia della previdenza pubblica, in quanto solo que-

---

(12) Cfr. anche le sentenze della Corte Cost. n. 390 del 26 luglio 1995, in GC, 1995, 2818, e n. 417 del 27 dicembre 1996, in GC, 1996, con nota di L. Antonini, Il ridimensionamento del sistema pensionistico, ovvero: fra «fatti ostinati» e argomenti «deboli», il principio del montante atturiale dei contributi come possibile controlimite (concorrente), 3712 e ss..

(13) Così M. Persiani, op. cit., 314-315.

(14) A. Occhino, op. cit., 70.

(15) In tal senso A. Occhino, op. cit., 63.

(16) In tal senso M. Persiani, op. cit., 312.

(17) Per una più ampia ricostruzione di questi concetti e di queste posizioni cfr. M. Persiani, op. cit.,316 e A. Occhino, op. cit., 63.

(18) Così A. Occhino, op. cit., 72.

(19) Su cui vedi L. Mengoni, I diritti sociali, in ADL, 1998, 1; G. Corso, I diritti sociali nella costituzione italiana, in RTDP, 1981, 755.

sti ultimi sono suscettibili di un'attuazione strutturalmente graduale. Nell'ambito di tali diritti l'aspettativa si traduce in un controllo sulla gradualità, intesa quale applicazione temporale della ragionevolezza, dell'eventuale disposizione di legge che abbia sancito un regresso dei livelli di tutela. Orbene, ogni qual volta tale regresso non è considerato ragionevole da un punto di vista temporale, e cioè, non vi è alcuna gradualità nel tempo dell'evoluzione tra i contenuti della norma previgente e di quella nuova, quest'ultima - se non sussistono inderogabili esigenze - dovrà dichiararsi incostituzionale[20].

In sintesi, quindi, l'aspettativa così intesa introduce nell'ambito dei diritti sociali un quid pluris rispetto ai tradizionali limiti cui è soggetto il potere normativo e dispositivo del legislatore, la cui discrezionalità nella fissazione di nuovo diritto oggettivo è sottoposta all'osservanza dei canoni di ragionevolezza, imparzialità e del legittimo affidamento, unicamente in relazione a quelle posizioni giuridiche soggettive maturate nel corso della disciplina precedente, mentre con riferimento alle situazioni di mera aspettativa questa non è soggetta ad alcun limite.

Nell'ambito considerato, invece, ed in particolare nella materia pensionistica, la libertà di stabilire una riforma di segno regressivo nei confronti di coloro che non abbiano ancora maturato il diritto a pensione, quindi in posizione di aspettativa o di attesa, è condizionata al rispetto della gradualità della riforma stessa, pena l'incostituzionalità di quest'ultima nella parte in cui non risulta graduale.

Da quanto detto consegue che nel nostro ordinamento giuridico le aspettative assumono connotazioni differenti a seconda del piano di indagine utilizzato, soggettivo o oggettivo, ed a seconda della categoria di diritti cui ineriscono, da un lato quelli sociali dall'altro tutti gli altri.

Tuttavia, ritornando alla tematica del fuori ruolo dei professori universitari, l'istituto in esame non rientra nella materia dei diritti sociali ed in particolare in quella della previdenza pensionistica pubblica. Invero, mentre il collocamento in quiescenza svolge nel nostro ordinamento una funzione di protezione sociale e precisamente di garanzia dei prestatori di lavoro affinché questi ultimi, una volta cessata la propria attività lavorativa possano, comunque, godere dei mezzi economici necessari per il loro sostentamento (art. 38 Cost.), l'istituto del fuori ruolo, invece, presenta quale unica ratio l'opportunità di continuare ad offrire alle istituzioni universitarie l'esperienza e la professionalità dei professori più anziani, che abbiano maturato già il diritto di andare in pensione, in quanto ritenuti ancora idonei ad espletare proficuamente attività scientifica. Ed a conferma della diversità tra i due istituti depone la circostanza secondo cui l'acquisto dello status di professore fuori ruolo presuppone la realizzazione di tutte le condizioni di età e contributive richieste dalla legge per il collocamento in quiescenza, e che pertanto la disciplina del fuori ruolo non incide minimamente sulle condizioni per la maturazione del diritto a pensione.

Pertanto, l'aspettativa dei professori ancora in ruolo alla data di entrata in vigore della disposizione, oggetto di un obiter dictum della pronuncia della Consulta, a non

(20) In tal senso A. Occhino, op. cit., 222.

vedersi modificata la disciplina del fuori ruolo, non può assumere la connotazione di limite all'azione regressiva del legislatore, essendo un tale rigore riferibile unicamente all'ambito della materia previdenziale e più in generale dei diritti sociali di cui il c.d. fuori ruolo non fa parte[21].

Bene ha fatto, pertanto, la Corte nella sentenza in epigrafe a ritenere che la posizione dei professori ancora in ruolo alla data di entrata in vigore della l. n. 244/2007 sia, da un punto di vista soggettivo, qualificabile quale mera aspettativa e che da essa, non essendo riconducibile la materia del fuori ruolo nella categoria dei diritti sociali ed in particolare in quella della previdenza pubblica, non possa derivare alcun limite alla discrezionalità del legislatore in termini di gradualità dell'intervento.

Francesco Paolo Rubbio
Dottorando di ricerca in diritto dell'impresa
presso l'Università degli Studi di Palermo

(21) In senso difforme vedi A. Celotto, op. cit., secondo cui la posizione giuridica soggettiva dei professori in ruolo alla data di entrata in vigore della legge n. 244 del 2007 non sarebbe qualificabile in termini di mera aspettativa, bensì di legittimo affidamento al fuori ruolo, con la conseguenza che anche per tale categoria di soggetti l'intervento legislativo incontrerebbe il limite della ragionevolezza e della non arbitrarietà.

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Contratti - Effetti - Eterointegrazione - Corrispettivo contrattuale per servizi di vigilanza - Tariffe imposte con decreto prefettizio - Integrazione automatica del contratto - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 30.07.2009 n. 17746 - Pres. Carnevale - Rel. Bernabai - PM Sorrentino - Curatela Ist. Coop. V.I.C. s.r.l. (Avv.ti Cavaliere, Cerra) - INPS (Avv.ti Collina, De Ruvo)

L'inserzione automatica di clausole, prevista dall'art. 1339 cod. civ., costituisce una restrizione significativa del diritto di libertà economica consacrato dall'art. 41 Cost. di cui è espressione l'autonomia privata, e deve quindi trovare il suo fondamento in una legge formale o in un altro atto avente valore di legge in senso sostanziale o da esso richiamato tramite rinvio integrativo; pertanto, con riferimento al contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi di vigilanza da parte di un istituto privato, tale integrazione non può aver luogo in base al decreto con cui il prefetto approva la relativa tariffa ai sensi dell'art. 135 del r.d. n. 773 del 1931, trattandosi di un mero atto amministrativo espressivo di un sindacato di congruità, avente natura di merito, del prezzo di una prestazione contrattuale, né l'ingerenza con efficacia reale sulla tariffa proposta dall'Istituto e liberamente accettata dal committente può trovare fondamento nella generale potestà del prefetto di impartire prescrizioni nell'interesse pubblico, in sede di rilascio di autorizzazioni di polizia, ai sensi dell'art. 9 del r.d. n. 773 cit..

FATTO - Con atto di citazione notificato il 5 luglio 1995 l'Istituto cooperativo di V. ed I. C. s.r.l. conveniva dinanzi al Tribunale di Lamezia Terme l'Istituto Nazionale Previdenza Sociale per ottenerne la condanna al pagamento della somma di L. 639.590.300 a titolo di maggior corrispettivo per il servizio di vigilanza espletato in favore dell'ente, presso la sede di Lamezia, dovuto in forza dell'inserzione automatica della tariffa inderogabile emanata dal prefetto di Catanzaro in materia di vigilanza, superiore al prezzo pattuito con il contratto stipulato il 25 agosto 1983.

Costituitosi ritualmente, l'INPS chiedeva il rigetto della domanda.

Nel corso dell'istruttoria, sopravvenuto il fallimento dell'istituto di vigilanza, il giudizio era proseguito dalla curatela.

Dopo l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio il Tribunale di Lamezia Terme

con sentenza 23-27 novembre 1999 condannava l'INPS al pagamento della somma di L. 1.148.787.862, oltre le spese di giudizio.

In accoglimento del successivo gravame dell'INPS, la Corte d'appello di Catanzaro, con sentenza 29 settembre 2003, rigettava la domanda, compensando integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

Motivava:

- che l'inserzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c., riguardava solo i prezzi imposti con legge;

- che quindi il provvedimento prefettizio in materia di minimi tariffari per gli istituti privati di vigilanza era inidoneo a derogare al contenuto contrattuale liberamente scelto dalle parti, avendo mera natura di atto amministrativo, nell'esercizio del potere di controllo e di approvazione della singola tariffa presentata dall'Istituto in sede di istanza di autorizzazione.

Avverso la sentenza, non notificata, proponeva ricorso per cassazione il fallimento dell'Istituto Cooperativo di V. e I. C. con atto notificato il 2 novembre 2004, deducendo, in tre motivi;

1) la violazione degli artt. 9, 134 e 135 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e dell'art. 157 del relativo regolamento di esecuzione, nonché l'art. 1339, cod. civ. nel diniego del valore vincolante delle tariffe emanate dall'autorità prefettizia, in applicazione di atti normativi di rango primario, dotate dei connotati di generalità ed astrattezza tipici di una fonte di diritto e quindi rientranti nella nozione atecnica di legge utilizzata dall'art. 1339 cod. civ. in tema di inserzione automatica di clausole;

2) l'omessa motivazione nel discostarsi dalla concorde interpretazione delle parti circa la natura cogente dei decreti prefettizi;

3) la violazione degli artt. 1175 e 1375 cod. civ. e dell'art. 2 della Costituzione nell'omessa considerazione che l'ente committente, quale contraente più forte, era venuto meno agli inderogabili doveri di solidarietà sociale, perché si era rifiutato di adeguare il corrispettivo, facendo leva sulla clausola n. 3 del contratto 25 agosto 1983 che sanciva l'invariabilità del compenso per tutta la durata dell'appalto.

Resisteva con controricorso, illustrato con successiva memoria, l'INPS.

All'udienza del 16 giugno 2009 il Procuratore generale e i difensori precisavano le rispettive conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

DIRITTO - Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione degli artt. 9, 134 e 135 del citato Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e dell'art. 157 del relativo regolamento di esecuzione, nonché l'art. 1339 cod. civile.

Il motivo è infondato.

L'inserzione automatica di clausole, prevista dall'art. 1339, cod. civ., costituisce una deroga incisiva al principio dell'autonomia privata e deve quindi trovare il suo fondamento in una legge formale - come testualmente previsto dalla norma - o in altro atto avente valore di legge in senso sostanziale o da esso richiamato tramite rinvio integrativo. Ad essa non può quindi dar luogo un mero atto amministrativo, quale il decreto del

prefetto, espressivo di un sindacato di congruità, avente natura di merito, del prezzo di una prestazione contrattuale.

Né l'ingerenza con efficacia reale sulla tariffa proposta dall'istituto di vigilanza e liberamente accettata dal committente può trovare fondamento nella generale potestà di impartire prescrizioni nell'interesse pubblico, in sede di rilascio di autorizzazioni di polizia, ex art. 9, r.d. 18 Giugno 1931, n. 773 (*T.U. delle leggi di pubblica sicurezza*).

Il diritto di libertà economica consacrato dall'art. 41 Cost., di cui è espressione l'autonomia negoziale delle parti nel modellare il contenuto di un contratto, può soffrire restrizioni solo in forza di una disposizione di legge, insuscettibile di interpretazioni estensive (*ibidem*, terzo comma). Ne consegue la vigenza, *in subiecta materia*, di un principio di stretta interpretazione dell'art. 1339 cod. civ.; vieppiù giustificato da esigenze di tutela della concorrenza e del mercato, che verrebbero lese da una pratica di prezzi amministrati.

In applicazione di tali principi, si deve ritenere che anche prima della cosiddetta liberalizzazione del sistema di determinazione delle tariffe, introdotto per i servizi resi dagli istituti di vigilanza con le circolari del Ministero degli Interni del 15 novembre 1997 e dell'8 novembre 1999, fosse da escludere qualsiasi eterointegrazione contrattuale mediante sostituzione dei prezzi convenuti in base ad accordo con livelli retributivi autoritativamente stabiliti.

Con il secondo motivo ricorrente censura l'omessa motivazione nel discostarsi dalla concorde interpretazione delle parti.

Il motivo è infondato.

L'asserita convergenza di vedute sull'efficacia cogente delle tariffe prefettizie non può, neanche in astratto, valere a conferire loro l'efficacia normativa di cui sono intrinsecamente prive. Oltre al rilievo, in punto di fatto, che non è neppure allegato il fondamento negoziale di una simile allegazione: *prima facie* smentita dalla previsione espressa di un compenso invariabile per tutta la durata del contratto d'appalto.

Con l'ultimo motivo il fallimento deduce la violazione degli artt. 1175 e 1375 cod. civ. e dell'art. 2 della Costituzione.

Il motivo è inammissibile, per la sua inidoneità - ancora una volta già in linea di principio - a delineare una violazione di legge rilevante nell'ambito del *thema decidendum*. L'invocazione di un inderogabile dovere di solidarietà sociale che avrebbe imposto la maggiorazione del prezzo non ha, infatti, alcuna attinenza con l'operatività dell'eterointegrazione *ex* art. 1339 cod. civ., ma semmai con la risoluzione per eccessiva onerosità. Così come l'affermata diversità di potere contrattuale e lo stato di bisogno dell'impresa appaltatrice restano inconferenti rispetto alla *causa petendi* di una domanda di condanna al pagamento del maggior prezzo.

Il ricorso è dunque infondato e va respinto, con la conseguente condanna alla rifusione delle spese di giudizio, liquidate come in dispositivo, sulla base del valore della causa e del numero e complessità delle questioni trattate.

(Omissis)

Fondo garanzia - Ultime tre mensilità retributive indennizzabili - Sospensione convenzionale del rapporto di lavoro - Irrilevanza – Periodo di riferimento – 12 mesi prima dell'inizio dell'esecuzione forzata.

Corte di Cassazione - 06.07.2009 n. 15832 - Pres. D'Agostino - Rel. Coletti De Cesare - P.M. Fedeli - INPS (Av. Fabiani, Triolo) - F.V.

Non rientrano nell'ambito della tutela apprestata dal Fondo di garanzia costituito presso l'INPS (art. 2 del D. Lgs. n. 80/92) i crediti di lavoro insorti in data anteriore all'anno che precede l'inizio dell'esecuzione forzata nei confronti del datore.*

FATTO - Con ricorso depositato il 23 dicembre 2003 l'INPS impugnava dinanzi alla Corte d'appello di L'Aquila la sentenza del Tribunale di Chieti che aveva riconosciuto, in favore di V.F., il diritto di ottenere dal Fondo di garanzia il pagamento delle ultime tre mensilità di retribuzione non percepite in relazione al rapporto di lavoro svolto alle dipendenze dell'ENAP. Deduceva che, avendo il datore di lavoro sospeso l'attività il 1 aprile 1998, senza procedere a licenziamenti, durante la sospensione non era maturata alcuna retribuzione in assenza di prestazioni lavorative, mentre, avendo la sospensione del rapporto allontanato nel tempo le ultime effettive retribuzioni (se maturate e non percepite), si era verificata la scadenza del termine previsto dall'art. 2 del D. Lgs. n. 80 del 1992. La lavoratrice resisteva all'impugnazione rilevando che le retribuzioni richieste - e attribuite dal giudice di primo grado - riguardavano il periodo gennaio-marzo 1998, precedente la sospensione dell'attività lavorativa, mentre la risoluzione del rapporto era intervenuta il 29 febbraio 2000 e l'esecuzione forzata era stata esperita (con decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e contestuale precetto) il 13 giugno 2000, si che era del tutto tempestiva la domanda inoltrata all'INPS il 16 giugno 2000.

Con la sentenza indicata in epigrafe la Corte d'appello di L'Aquila respingeva il gravame e condannava l'Istituto al pagamento delle spese di giudizio. Affermavano i giudici d'appello che le ultime tre retribuzioni spettanti ai sensi del D. Lgs. n. 80 del 1992, si identificavano con quelle dell'effettivo rapporto di lavoro, nella specie coincidenti con le mensilità (gennaio-marzo 1998) rivendicate dalla lavoratrice, mentre la domanda all'Istituto era stata tempestivamente avanzata entro il termine di dodici mesi computato a ritroso rispetto alla data di esperimento dell'esecuzione forzata.

Contro detta sentenza l'INPS propone ricorso con un unico motivo.

La lavoratrice non si è costituita.

DIRITTO - 1. Con l'unico motivo l'INPS denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 1, del D. Lgs. n. 80 del 1992, dell'art. 12 disposizioni sulla legge

* Conf., ex plurimis, Cass. n. 19670/2009.

in generale, oltre a vizio di motivazione. Sostiene che nella specie non sussistevano te condizioni per configurare il diritto della lavoratrice ad ottenere dal Fondo di garanzia il pagamento delle rivendicate tre mensilità di retribuzione (gennaio-marzo 1998), per non essere dette mensilità ricomprese nell'anno a far data dall'inizio dell'esecuzione forzata (13 giugno 2000) e per non essere le stesse immediatamente antecedenti alla cessazione del rapporto di lavoro (29 febbraio 2000).

2. Il ricorso è fondato in relazione al primo degli indicati profili.

3. Questa Corte, sulla scorta della sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 2003, in causa C-160/01, ha già affermato che, con riferimento all'obbligo del Fondo di garanzia costituito presso l'INPS, ai sensi del D. Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, di pagare ai lavoratori la retribuzione delle ultime tre mensilità rientranti nei dodici mesi che precedono la data del provvedimento di apertura della procedura concorsuale (o l'inizio dell'esecuzione forzata) a carico del datore di lavoro, deve ritenersi - alla stregua di un'interpretazione adeguatrice della norma interna al diritto comunitario - che gli ultimi tre mesi del rapporto, per rientrare nella garanzia approntata dalla direttiva, devono essere tali da dare diritto alla retribuzione e, ove tale diritto non sussista, i medesimi non possono esser presi in considerazione, mancando lo stesso presupposto a cui la disposizione comunitaria è preordinata; conseguentemente, i periodi non lavorati che non danno luogo a diritti salariali devono essere esclusi, ossia neutralizzati dalla nozione di "ultimi tre mesi del rapporto", rientrando nella tutela della direttiva i tre mesi immediatamente precedenti nei quali, invece, vi era diritto alla retribuzione, ma questa non fu pagata (cfr. Cass. n. 17600 del 2005). Dunque, nella specie la garanzia di cui alla direttiva ed alla disposizione di recepimento interna, di cui al citato D. Lgs. n. 80 del 1992, potrebbe ben applicarsi al diritto reclamato, che concerne appunto mensilità anteriori alle ultime tre, essendo queste ultime non dovute a causa della sospensione concordata del rapporto di lavoro.

4. Resta, tuttavia, da esaminare la questione se rientrino nell'ambito della tutela apprestata dall'art. 2 del D. Lgs. n. 80 del 1992, i crediti di lavoro insorti in data anteriore all'anno che precede l'inizio dell'esecuzione forzata, posto che, nella specie, l'iniziativa giudiziaria della lavoratrice si colloca in data 13 giugno 2000, il rapporto di lavoro era cessato il 29 febbraio 2000 e la lavoratrice pretende il pagamento delle retribuzioni non corrisposte relative al periodo da gennaio a marzo 1998, dal momento che, dalla fine del medesimo mese di marzo 1998, il rapporto di lavoro era stato sospeso, a causa della mancanza di commesse.

5. Va rilevato, preliminarmente, che la disposizione interna di recepimento, ossia l'art. 1, comma 2, del citato D. Lgs. n. 80, offre garanzie più ampie rispetto a quelle previste dalla direttiva.

In primo luogo, la tutela da parte del Fondo di garanzia viene estesa anche al caso di insolvenza di datore di lavoro non assoggettabile a procedura concorsuale (mentre l'apertura di detta procedura viene considerata come elemento imprescindibile dalla norma comunitaria), e pone in tal caso, in capo al dipendente, l'onere di esperire l'esecuzione forzata, con obbligo di intervento del Fondo di garanzia ove la procedura risulti in tutto o in parte infruttuosa.

In secondo luogo, il termine dei dodici mesi fissato dalla norma interna è più favorevole rispetto a quello previsto nella direttiva, dal momento che l'art. 4 della direttiva 20 ottobre 1980 n. 987 prevede che - quando gli Stati membri scelgano come termine, tra le ipotesi alternativamente previste dall'art. 3, comma 2, la data dell'insolvenza - la garanzia copre le ultime tre mensilità non pagate nell'ambito di un periodo di sei mesi dall'insorgere dell'insolvenza medesima.

Nondimeno, l'apposizione di detto periodo di riferimento - dodici mesi decorrenti a ritroso dalla data di inizio dell'esecuzione - ha lo scopo, non solo di indurre l'interessato ad agire sollecitamente, così agevolando la verifica del diritto alla tutela da parte del Fondo di garanzia obbligato *ex lege* ma soprattutto di configurare un nesso tra retribuzioni non pagate ed insolvenza.

Il D. Lgs., invero, reca l'attuazione della direttiva 80/987/CEE sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, essendo diretta, peraltro, a garantire, non già il generico inadempimento da parte del datore dell'obbligazione retributiva, ma unicamente quello che deriva dalla insolvenza del datore: solo in questo caso si consente l'intervento dell'organismo di garanzia, che si sostituisce, nei limiti del massimale prefissato, al datore di lavoro che sia rimasto insolvente.

Se tale è l'*intentio legis*, si comprende che è imprescindibile la determinazione di un nesso temporale tra credito lavorativo insoddisfatto e insolvenza, in mancanza del quale qualunque diritto del lavoratore nei confronti del datore di lavoro fallito o insolvente verrebbe inevitabilmente attratto nell'ambito della garanzia, anche se concernente un periodo antecedente in cui dell'insolvenza non vi era alcuna manifestazione.

In definitiva, la disposizione contiene una presunzione *ex lege*, per cui le retribuzioni si considerano non pagate a causa dello stato di insolvenza, quando l'inadempimento si collochi temporalmente nei dodici mesi che precedono una delle date che la stessa disposizione considera espressione della esistenza e della irreversibilità di quello stato; conseguentemente, ove il credito retribuivo risalga a un periodo più remoto, non può esservi l'accollo del debito da parte del Fondo di garanzia, dovendosi escludere che per i diritti insorti in epoca anteriore al periodo di un anno l'inadempimento sia dovuto all'insolvenza.

5. Va anche osservato che la fissazione di un termine annuale, già - come s'è detto - più ampio rispetto al termine indicato nella direttiva europea, si rivela suscettibile di un ulteriore ampliamento.

Invero, il *dies a quo* del termine annuale da computare a ritroso non riguarda, in realtà, la data in cui la insolvenza viene accertata (tramite la verifica dell'esisto infruttuoso dell'azione esecutiva individuale, ovvero, nei casi di fallimento, tramite l'apertura del procedimento concorsuale), bensì la data in cui viene proposta la domanda (giacchè la norma interna fa riferimento alla "data di inizio" dell'esecuzione forzata, mentre in caso di procedura concorsuale vale parimenti la domanda di "apertura" del procedimento di soddisfacimento collettivo, cfr. Cass. n. 1885 del 2005, che richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia); si che, coerentemente con l'esigenza di non sfavorire il lavoratore a causa dei tempi lunghi del procedimento concorsuale, o di quello esecutivo individuale, il credito retributivo non pagato può anche collocarsi, temporalmente, in un

momento addirittura anteriore all'anno, rispetto al momento in cui si constata la effettiva esistenza dell'insolvenza.

6. Tutte queste considerazioni valgono ad escludere dubbi di illegittimità costituzionale della norma, così come interpretata ai fini in esame.

Mette conto di rilevare, al riguardo, che la esclusione della tutela non dipende, di per sè, dalla esistenza della sospensione del rapporto, posto che attraverso il meccanismo della cd. neutralizzazione si consente, come detto, di includere le mensilità anteriori agli ultimi tre mesi, e quindi quelle concernenti il periodo anteriore alla sospensione; se mai, incide in maniera occasionale la durata della sospensione, là dove, come nella specie, le retribuzioni chieste si collochino in periodo remoto rispetto agli eventi cui da rilievo la ripetuta disposizione normativa, così escludendo quel necessario collegamento con l'insolvenza che è il presupposto obiettivo della tutela riconosciuta dall'ordinamento.

7. Conclusivamente, il ricorso va accolto nei termini precisati e, decidendosi la causa nel merito non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la domanda della lavoratrice va respinta in quanto le retribuzioni rivendicate in giudizio si collocano, pacificamente, al di fuori dell'ambito di intervento del Fondo di garanzia, essendo relative a mensilità risalenti a un periodo anteriore di oltre un anno rispetto all'inizio dell'azione esecutiva.

8. La novità della questione e le difficoltà di interpretazione delle norme esaminate inducono alla compensazione delle spese dell'intero processo.

(Omissis)

Contributi - Integrazione dei guadagni - Società per azioni a prevalente capitale pubblico aventi ad oggetto l'esercizio di attività industriali - Esonero ex art. 3 del d. lgs. C.P.S. n. 869 del 1947, come sostituito dall'art. 4, comma 1, della legge n. 270 del 1988 - Esclusione - Fondamento

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 24.06.2009 n. 14847 - Pres. De Luca - Rel. Bandini - PM Matera (diff.) - A.M.I.R. spa (Avv.ti Miscione, Arcangeli) - INPS (Avv.ti Coretti, Correra, Sgroi) - HERA spa - HERA RIMINI spa

In materia di integrazione salariale, le società per azioni a prevalente capitale pubblico aventi ad oggetto l'esercizio di attività industriali sono tenute al pagamento dei relativi contributi, non potendo trovare applicazione l'esonero previsto dall'art. 3 d. lgs. cps 12 agosto 1947, n. 869, come sostituito dall'art. 4, comma 1, della legge 12 luglio 1988, n. 270, in quanto l'art. 23 della legge

8 giugno 1990, n. 142 (applicabile "ratione temporis") non ricomprende le società a capitale misto tra gli organismi aventi natura strumentale dell'ente locale per il perseguimento delle finalità pubbliche, dovendosi escludere, in mancanza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario, che la mera partecipazione maggioritaria da parte dell'ente titolare sia idonea a determinare la natura dell'organismo attraverso cui la gestione del servizio pubblico viene attuata.

FATTO - Con ricorso depositato il 22.2.2000 avanti al Tribunale di Rimini, l'Amir s.p.a. convenne in giudizio l'INPS esponendo che:
- con atto registrato il 31.1.1995 era stata trasformata da Azienda Municipalizzata del Comune di Rimini in società per azioni ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e) legge n. 142/90;
- gestiva gli acquedotti civici dei comuni della provincia di Rimini;
- al suo personale era stato sempre applicato il CCNL per i dipendenti delle Aziende municipalizzate del gas e degli acquedotti;
- il capitale sociale era detenuto per il 96,582% dal Comune di Rimini, per l'1,798% da altri enti pubblici e per il restante 1,62% da privati;
- dopo la trasformazione sociale, l'INPS di Rimini aveva preteso il pagamento dei contributi per l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria, per la cassa integrazione e per la mobilità;
- a tanto aveva provveduto, con riserva di ripetizione, per gli anni 1995 e 1996, sospendendo la corresponsione dei contributi dal 1997.

Chiese quindi che venisse accertata l'insussistenza dell'obbligo di versare all'INPS i contributi relativi alla cassa integrazioni guadagni, alla mobilità e alla disoccupazione involontaria, con condanna dell'INPS alla restituzione dei contributi versati per gli anni 1995 e 1996 e con declaratoria della legittimità della sospensione del pagamento dei contributi a partire dal 1997.

Radicatosi il contraddittorio e sulla resistenza dell'INPS, il Giudice adito respinse le domande.

La Corte d'Appello di Bologna, con sentenza del 29.1.2004 - 15.9.2005, respinse il gravame proposto dalla Amir s.p.a., essendo altresì intervenute in giudizio, quali successive cessionarie di ramo d'azienda, la Hera s.p.a. e la Hera Rimini s.r.l..

A sostegno del *decisum* la Corte territoriale ritenne che gli esoneri contributivi erano da ritenersi legittimi per un'azienda pubblica, per la quale non assumeva rilievo solo la finalità d'impresa, ma anche la soggettività giuridica, mentre la diversa struttura soggettiva della compagine societaria mista, non di natura pubblica, rendeva non più giustificabili tali esoneri, dovendosi tener conto che, con il formarsi di tale tipo di compagine sociale, il potere pubblico si autolimitava per dare spazio a compartecipazioni, ritenute essenziali, ai fini della gestione del servizio di pubblica utilità.

Avverso l'anzidetta sentenza della Corte territoriale, la Amir s.p.a. ha proposto ricorso per cassazione fondato su sei motivi e illustrato con memoria.

L'Inps ha resistito con controricorso.

La Hera s.p.a. e la Hera Rimini s.r.l. non hanno svolto attività difensiva.

DIRITTO

1. Con il primo motivo la ricorrente si duole che la sentenza impugnata non abbia preso in considerazione i contributi di mobilità e di disoccupazione.

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 3 d. l.vo cps n. 869/47, nonché carenza di motivazione, sostenendo la sua esclusione dal pagamento dei contributi per cassa integrazione guadagni in quanto *"impresa industriale degli enti pubblici"* e rappresentando che non ha senso soffermarsi sulla natura formale di tali imprese, mentre deve tenersi conto che la partecipazione maggioritaria pubblica garantisce agli enti pubblici un controllo totale e incondizionato, cosicché non è luogo a distinguersi tra società a capitale totalmente pubblico e società a capitale prevalentemente pubblico.

Con il terzo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 5 d. l.vo cps n. 869/47 e legge n. 164/75, nonché carenza di motivazione, esponendo che le imprese esercenti servizi pubblici essenziali vanno escluse dalla cassa integrazione guadagni e dagli altri ammortizzatori sociali *"per mancanza di causa integrabile e di eventi protetti"*, non essendo configurabile, nè in astratto, nè in concreto, una sospensione o riduzione dell'attività da parte loro.

Con il quarto motivo la ricorrente solleva, in via subordinata, per l'ipotesi di ritenuta assoggettabilità delle imprese esercenti servizi pubblici essenziali alla contribuzione per la cassa integrazione guadagni, questione di legittimità costituzionale degli artt. 3 d. l.vo cps n. 869/47, e 12 legge n. 164/75, in rapporto agli artt. 3, 53 e 41, nonché violazione dell'art. 3, n. 1, lett. c) del Trattato CE 25.3.1957, perché in tal modo tali imprese sarebbero gravate di un contributo *"inutile"*, che finirebbe per configurare un vero e proprio tributo imposto solo ad alcuni e non a tutti, e perché le stesse verrebbero irrazionalmente discriminate rispetto a quelle a totale partecipazione pubblica, realizzandosi in tal modo anche la violazione dei principi di libertà di iniziativa economica e di libera concorrenza.

Con il quinto motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 7 legge n. 223/91, nonché carenza di motivazione, sostenendo di non essere tenuta al pagamento del contributo di mobilità di cui alla norma anzidetta, sia perché non tenuta alla contribuzione per la cassa integrazione guadagni, sia per essere inammissibile, stante la natura dell'attività esercitata, la messa in mobilità del personale dipendente.

Con il sesto motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 40, n. 2, rd n. 1827/35 e 36 dpr n. 818/57, nonché carenza di motivazione, dovendo ritenersi, anche alla luce del provvedimento del Ministero del lavoro del 2.5.1958, l'automatica esenzione dalla contribuzione per la disoccupazione involontaria delle imprese esercenti servizi pubblici essenziali stante l'insussistenza del rischio assicurato e risultando comunque, nella specie, garantita la stabilità d'impiego per l'attuata applicazione dei CCNL "Federgasacqua" e "Federambiente", escludenti i licenziamenti per motivi economici o comunque riferibili all'impresa.

2. La sentenza impugnata ha dato atto, nella parte espositiva, che l'appello svolto

dalla Amir s.p.a. concerneva non soltanto la intervenuta reiezione della domanda concernente il pagamento dei contributi per la cassa integrazione guadagni, ma anche quella inerente al pagamento dei contributi per la mobilità e per la disoccupazione involontaria.

Purtuttavia la sentenza esamina diffusamente soltanto le problematiche inerenti la dedotta esclusione dal pagamento dei contributi per la cassa integrazione guadagni e nient'affatto le doglianze inerenti l'assoggettamento o meno alla contribuzione per la mobilità e per la disoccupazione involontaria.

Il primo motivo di ricorso è dunque fondato, restando quindi assorbita la disamina del quinto e del sesto.

3.1 L'art. 3, comma 1, d. l.vo n. 869/47, come sostituito dall'art. 4, comma 1, della legge n. 270/88, prevede, per quanto qui specificamente rileva che *"Sono escluse dall'applicazione delle norme sulla integrazione dei guadagni degli operai dell'industria: … le imprese industriali degli enti pubblici, anche se municipalizzate, e dello Stato"*. La locuzione *"imprese industriali degli enti pubblici"*, secondo l'assunto della ricorrente, non farebbe riferimento tanto alla proprietà o alla titolarità dell'impresa, quanto invece a *"un potere di controllo totale ed effettivo dell'impresa"*.

Siffatta interpretazione non trova, com'è evidente, alcun riferimento testuale nella norma testé esaminata, laddove, piuttosto, l'equiparazione (soltanto) delle imprese *"municipalizzate"* (che enti pubblici non sono) a quelle *"degli enti pubblici"* sta ad indicare che il legislatore ha invece fatto riferimento alla natura pubblica dell'impresa industriale (siccome) svolta dall'ente pubblico.

3.2 Nel caso che ne occupa trova poi applicazione, *ratione temporis*, il disposto dell'art. 22, comma 3, legge n. 142/90, secondo cui: *"I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme:*
a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;
b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati".

La lett. e) venne poi così modificata dall'art. 17, comma 58 legge n. 127/97: *"a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati"*.

Tale disciplina venne quindi sostanzialmente trasfusa, con alcune modifiche, negli artt. 112 e 113 d. l.vo n. 267/00, per essere poi ridisegnata dalla legislazione successivamente intervenuta in materia.

In linea con la propugnata interpretazione del ricordato art. 3, comma 1, d. l.vo n.

869/47, la ricorrente, ex municipalizzata e rientrante nella tipologia societaria di cui alla suddetta lett. e), ritiene pertanto la rilevanza, ai fini *de quibus*, della influenza dominante sugli assetti organizzativi e sulle finalità societarie da parte del (necessariamente) maggioritario capitale pubblico locale.

L'assunto non può tuttavia essere condiviso, posto che, proprio in conformità del disposto dell'art. 3, comma 1, d. l.vo n. 869/47, secondo la suesposta interpretazione del medesimo, la mera esperibilità del controllo sulla società a capitale misto da parte del capitale pubblico locale non determina la riconducibilità dell'impresa industriale gestita da tale società nel novero di quelle escluse dall'applicazione delle norme sulla integrazione dei guadagni degli operai dell'industria.

3.3 Risulta significativa al riguardo la disposizione di cui all'art. 23 legge n. 142/90, che riconosce all'azienda speciale (di cui all'art. 22, comma 3, lett. c)) natura di *"ente strumentale dell'ente locale"* e alla istituzione (di cui all'art. 22, comma 3, lett. d)) natura di *"organismo strumentale dell'ente locale"*, nulla al contrario prevedendo con riferimento alla società per azioni a prevalente capitale pubblico locale (di cui all'art. 22, comma 3, lett. e)); dal che discende che la gestione dei servizi pubblici da parte degli enti pubblici territoriali non è di per sé determinativa della natura pubblica dell'organismo attraverso il quale tale gestione viene attuata.

3.4 Per conseguenza, anche nella fattispecie all'esame, la natura pubblica (o meno) dell'impresa il cui schema societario sia (come nel caso che ne occupa) quello proprio di una persona giuridica privata (nella specie, cioè, una società per azioni), deve essere desunta dall'esistenza o meno del carattere strumentale dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche ovvero dall'esistenza o meno di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario (cfr, Cass., n. 10155/2004).

Nella specie il carattere strumentale dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche deve ritenersi implicitamente escluso dalla già ricordata previsione dell'art. 23 legge n. 142/90, mentre l'eventuale sussistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario non è stata neppure oggetto di specifica allegazione da parte della ricorrente.

Per contro già la giurisprudenza di questa Corte ha avuto modo di precisare che la partecipazione maggioritaria di capitale pubblico, così come l'eventuale erogazione di contributi pubblici, non costituiscono elementi decisivi per decidere della natura pubblica di una compagine costituita secondo il comune modello di una società per azioni (cfr. Cass., SU, n. 107/99; Cass., n. 10155/2004, cit.).

3.5 Il secondo motivo di ricorso deve pertanto essere disatteso.

4. Le norme di cui, con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente assume la violazione (art. 5 d. l.vo cps n. 869/47; art. 1 legge n. 164/75), individuano i lavoratori possibili beneficiari della tutela costituita dall'integrazione salariale e non già i soggetti (datori di lavoro) obbligati al versamento dei contributi.

Ne consegue che l'affermata inconfigurabilità per le imprese esercenti servizi pubblici essenziali di una sospensione o riduzione dell'attività (ipotesi che, peraltro, non esaurisce il ventaglio delle fattispecie astratte normativamente considerate) non può determinare il loro esonero dall'obbligo contributivo, ove le stesse siano ricomprese fra

quelle che per legge vi siano soggette (cfr. art. 12 legge n. 164/75,), salva l'esistenza di esenzioni dettate da speciali disposizioni derogatorie (peraltro, come si è visto in relazione al precedente motivo di ricorso, non ravvisagli con riferimento al caso che ne occupa).

5. I dubbi di incostituzionalità prospettati con il quarto motivo di ricorso sono manifestamente infondati, posto che non può darsi violazione del principio di uguaglianza - con le connesse pretese ricadute sulla qualificazione giuridica della contribuzione richiesta - laddove vengano ad essere comparate situazione fra loro disomogenee, quali, rispettivamente, la natura pubblica ovvero privatistica delle imprese, e che, al contempo, l'intrinseca ragionevolezza della scelta legislativa di una differenziazione della disciplina contributiva fra l'una e l'altra categoria di tali imprese, siccome dettata dalla sussistenza o meno della loro natura pubblica, esclude la prospettata violazione del principio di libertà dell'iniziativa economica privata, anche sotto il profilo, di rilevanza comunitaria, del rispetto della libera concorrenza.

6. In forza delle considerazioni che precedono il ricorso merita dunque accoglimento con riferimento al primo motivo; conseguentemente la sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio al Giudice indicato in dispositivo, che procederà a nuovo esame e provvederà altresì sulle spese afferenti al presente giudizio di cassazione.

(Omissis)

Pensioni - Benefici combattentistici - Maggiorazione di lire 30.000 di cui all'art. 6 della legge 15 aprile 1985, n. 140 - Perequazione - Decorrenza - Dalla data di conseguimento della pensione

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 12.06.2009 n. 13724 - Pres. D'Agostino - Rel. Amoroso - PM Riello - INPS (Avv.ti Riccio, Patteri, Valente) - G.A. (Avv.ti Boer, Stramandinoli)

L'art. 6 della legge 15 aprile 1985, n. 140 va interpretato nel senso che coloro che conseguono la pensione in epoca successiva al primo gennaio 1985, hanno diritto alla maggiorazione del trattamento pensionistico nella cifra fissa prevista dal comma 2, e non già nella somma incrementata con l'applicazione della perequazione automatica relativa al periodo compreso tra il primo gennaio 1985 e la data di decorrenza della pensione

FATTO - 1. Con ricorso al Tribunale di Torino A.G., titolare di pensione cat. SO

24011354 con decorrenza 1 maggio 1997, lamentava che l'INPS le avesse liquidato in misura inferiore al dovuto la pensione. In particolare si doleva che la maggiorazione per benefici combattentistici, riconosciutale ex art. 6 della legge n. 140 del 1985, non venisse computata nel valore comprensivo di tutti gli aumenti a titolo di perequazione calcolati a far tempo dall'introduzione della legge stessa fino al momento iniziale di decorrenza del trattamento. Conveniva, pertanto, in giudizio l'INPS al fine di ottenere il riconoscimento del diritto alla riliquidazione del trattamento pensionistico e la condanna dell'Istituto al pagamento delle differenze arretrate.

L'INPS, costituendosi ritualmente in giudizio, eccepiva in via preliminare la decadenza *ex* art. 47 D.P.R. n. 639/70. Nel merito contestava la domanda e deduceva che la maggiorazione di cui alla legge n. 140 del 1985, spettava all'avente diritto unicamente dalla data della relativa domanda e, pertanto, unicamente da tale data potevano essere applicati, sulla consistenza della prestazione determinata nominalmente, gli aumenti di perequazione.

Il Tribunale di Torino, con sentenza n. 1729/2006, accoglieva il ricorso e condannava l'INPS a corrispondere alla ricorrente la maggiorazione del trattamento pensionistico di cui all'art. 6 legge n. 140/1985, nella misura perequata e aggiornata in base all'indice ISTAT a far tempo dalla data di decorrenza della pensione (maggio 1997), nonché a corrisponderle le differenze sui ratei già riscossi, oltre agli interessi di legge. Inoltre l'Istituto veniva condannato alla rifusione delle spese di lite.

2. Avverso detta sentenza interponeva gravame l'INPS che, riproposta l'eccezione di decadenza, ribadiva le proprie difese e concludeva perché, in riforma della sentenza di primo grado, la Corte di Appello di Torino dichiarasse l'intervenuta decadenza triennale e, comunque, rigettasse tutte le domande avanzate dalla G..

L'appellata, costituitisi in giudizio, chiedeva la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

Con sentenza n. 108 del 9 marzo 2007 la Corte di appello di Torino in parziale accoglimento del gravame rassegnato dall'Istituto, dichiarava intervenuta la decadenza triennale ai sensi dell'art. 47, comma secondo, del D.P.R. n. 639 del 1970, come successivamente modificato, e riduceva la condanna dell'INPS, al pagamento delle differenze sulla maggiorazione ex art. 6 legge n. 140/1985 al periodo successivo al 6.12.2002. Infine compensava per la metà le spese dei due gradi di giudizio.

3. Avverso questa sentenza l'INPS propone ricorso per cassazione articolato in un unico motivo.

Resiste con controricorso la parte intimata, che ha depositato anche memoria.

DIRITTO - 1. Il ricorso è articolato in un unico motivo con cui l'Istituto denuncia la violazione dell'art. 6 della legge 15 aprile 1985 n. 140. La Corte di appello di Torino, aderendo all'orientamento di questa Corte di legittimità (Cass. 7 luglio 2005 n. 14285), ha ritenuto che «la maggiorazione deve essere, anche per i soggetti pensionati dopo il 1985, dello stesso importo applicabile agli assicurati che ne hanno fruito fin dall'anno della sua istituzione», accordando in tal modo all'odierna intimata, titolare di pensione dal 1997, un aumento incrementato delle quote di perequazione per tutti gli anni precedenti all'inizio di decorrenza del trattamento.

Ritiene l'Istituto che l'orientamento nell'occasione espresso da codesta Corte, e non ancora consolidatosi possa essere oggetto di rimeditazione. Ha quindi formulato il seguente quesito di diritto: «Se l'aumento pari ad Euro 15,49 (già L. 30.000) del trattamento pensionistico per gli ex combattenti prevista dall'art. 6 della legge 15 aprile 1985, n. 140 spetti, per coloro che abbiano conseguito la pensione in epoca successiva al 1° gennaio 1985, al valore nominale e non già al valore incrementato a seguito dell'applicazione della perequazione automatica nel periodo compreso fra il 1° gennaio 1985 e la data di decorrenza della pensione».

2. Il ricorso è fondato.

L'art. 6 della legge n. 140/1985, intervenendo a distanza di tempo dalla legge 24 maggio 1970, n. 336, ha avuto lo scopo, come si evince dal primo comma, di assicurare un beneficio pensionistico forfetario e reversibile agli appartenenti alle categorie degli ex combattenti e assimilati, che non avevano avuto modo di fruire di benefici a norma della legge del 1970 e successive modificazioni e integrazioni. Il beneficio era ed è erogabile solo a domanda. La maggiorazione pensionistica è stata fissata in L. 30.000 mensili, ed il terzo comma precisa che la stessa è soggetta alla disciplina della perequazione automatica delle pensioni. Il beneficio, secondo il tenore originario del secondo comma, spettava solo ai titolari di pensioni con decorrenza successiva al 7 marzo 1968, mentre fu poi prevista, dall'art. 6 della legge n. 544 del 29 dicembre 1988, la sua estensione, a domanda, ed a partire dal primo gennaio 1989, ai titolari delle pensioni aventi decorrenza anteriore al 6 marzo 1968.

3. L'unica pronunzia di legittimità intervenuta sulla questione è la sentenza n. 14285 del 7 luglio 2005 in cui si è affermato che la maggiorazione di trentamila lire deve essere perequata anche per il periodo anteriore alla decorrenza della pensione.

Si è affermato con detta pronunzia che la tesi dell'INPS - secondo cui la rivalutazione annuale di tale maggiorazione può trovare applicazione per ogni interessato solo dopo che il beneficio è diventato attuale, con l'inizio dell'erogazione della pensione - non è condivisibile, perché condurrebbe a risultati irrazionali e manifestamente lesivi del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., poiché la maggiorazione pensionistica sarebbe corrisposta nello stesso anno in misura diversa ai vari pensionati a seconda dell'anno del pensionamento. Infatti, mentre i soggetti già pensionati nel 1985, fruirebbero di tutti gli aumenti garantiti anno dopo anno dalle norme sulla perequazione automatica, invece i soggetti pensionati successivamente percepirebbero il primo anno la maggiorazione pensionistica in questione nella misura di sole L. 30.000 mensili, poi incrementata negli anni seguenti a partire da questo importo. Tale differenziazione non avrebbe alcuna ragionevole spiegazione e, in particolare, non troverebbe giustificazione neanche nel fenomeno della evoluzione nel tempo, migliorativa o peggiorativa, della disciplina normativa.

4. La tesi non convince, tenendo anche presenti le argomentazione svolte dalla Corte Costituzionale, di cui più oltre si dirà, giacché, la legge in commento ha configurato il beneficio per gli ex combattenti non come prestazione autonoma, ma come "maggiorazione" del trattamento pensionistico, atto ad incrementarla, per cui il medesimo non può che decorrere dalla data del pensionamento, non essendo ipotizzabile una maggiorazione

sulla pensione, che si rivaluta ex se autonomamente, in tempi in cui la pensione non esisteva ancora. Prova ne sia il fatto che, alla stregua della disposizione in commento, prima del pensionamento nessun diritto nasce a favore dell'ex combattente. Si tratterebbe peraltro di un istituto unico nel diritto previdenziale la cui esistenza non è supportata dal tenore letterale della disposizione, che fa riferimento alla "perequazione" della maggiorazione, prescegliendo così un termine che fa esclusivo riferimento alla dinamica delle pensioni. Inoltre, la diversità di ammontare della maggiorazione in esame tra le pensioni che decorrono dal 1985 e quelle che decorrono successivamente, trova giustificazione nella diversa decorrenza della prestazione, non potendosi perequare in tutto o in parte alcuna pensione, prima che essa decorra. Ed ancora, il quarto comma del medesimo art. 6 dispone che la disposizione ha effetti economici per i futuri pensionati dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda, la maggiorazione infatti non opera ex lege, ma ne va fatta espressa richiesta, di talchè sarebbe veramente peculiare ipotizzare l'incremento della maggiorazione medesima prima ancora che la condizione cui essa è subordinata, ossia la domanda, venga ad esistenza.

D'altra parte è ben vero che la legge prevede la perequazione della maggiorazione, ma ove avesse inteso farla maturare ancor prima della decorrenza del trattamento pensionistico, trattandosi di macroscopica eccezione ai principi generali, avrebbe dovuto prevederlo espressamente, mentre è troppo labile il riferimento propugnato dall'attuale contro ricorrente, per cui non vi sarebbe stata necessità di prevedere espressamente la perequazione della maggiorazione, facendo quest'ultima parte integrante della pensione, cui ovviamente si applicano i meccanismi perequativi.

5. Inoltre la evoluzione della normativa conferma la infondatezza della tesi adottata dai Giudici di merito, si consideri infatti che con l'art. 6 della legge 29 dicembre 1988 n. 544 il beneficio fu esteso anche agli ex combattenti titolari di pensioni decorrenti da data anteriore al 7 marzo 1968 (la legge n. 140/1985 lo limitava infatti ai pensionati in epoca successiva al 7 marzo 1968), beneficio che la legge del 1988 ha determinato ancora nella misura fissa di trentamila lire mensili, facendolo peraltro decorrere dal primo gennaio 1989. Se dunque nel 1988 è stato confermato l'importo già attribuito dal primo gennaio 1985 anche per le maggiorazioni decorrenti dal 1989, ciò significa che la maggiorazione medesima deve essere applicata al trattamento pensionistico per il suo valore esclusivamente nominale.

D'altra parte, diversamente opinando, si allargherebbe a dismisura, e senza giustificazione, la distanza tra pensionati ante e post 7 marzo 1968, perché i primi hanno diritto alla maggiorazione dal primo gennaio 1989 (e quindi molto dopo rispetto al momento di maturazione della pensione), e la conseguono nella cifra fissa ancora di trentamila lire, mentre i secondi ne avrebbero diritto non solo con la medesima decorrenza della pensione (o della domanda), ma anche per un ammontare comprensivo degli aumenti verificatisi prima ancora del pensionamento.

6. E' noto che, successivamente, l'art. 2, comma 505, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 ha interpretato autenticamente l'art. 6, comma 3, della legge 15 aprile 1985, n. 140, nel senso che la maggiorazione prevista dal comma 1 del medesimo articolo si perequa a partire dal momento della concessione della maggiorazione medesima agli aventi diritto.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2008(1), ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della tesi dei remittenti, che, in relazione alla denuncia di violazione dell'art. 3 Cost., si fondava sul presupposto che la fattispecie costitutiva del diritto al beneficio combattentistico fosse indipendente dalla maturazione del diritto alla prestazione previdenziale, sicché essa costituirebbe un diritto autonomo rispetto a questa.

Ha infatti affermato la Corte che il presupposto su cui si fonda la tesi non trova giustificazione nelle norme che disciplinano la maggiorazione di cui si tratta. Infatti, fino al momento della maturazione della pensione nessun diritto nasce in capo al soggetto, anche se egli appartiene a una delle categorie che il legislatore, in considerazione di pregresse vicende, ha voluto beneficiare.

Ha soggiunto il Giudice delle leggi che se il legislatore avesse voluto riconoscere un autonomo diritto, avrebbe disposto l'immediata attribuzione periodica delle relative somme a tutti coloro che rientravano nelle categorie previste, in aggiunta alla retribuzione, indipendentemente dalla posizione previdenziale; nè avrebbe stabilito la "perequazione" di detto beneficio, espressione che normalmente si riferisce ai trattamenti di quiescenza.

Conclusivamente, secondo la Corte Costituzionale, la subordinazione dell'acquisizione del diritto di cui si tratta alla maturazione del diritto a pensione e la sua inclusione in quest'ultima a tutti gli effetti fa sì che non sia irragionevole la disposizione censurata là dove stabilisce la decorrenza della perequazione dalla data della effettiva e concreta attribuzione del beneficio, onde va esclusa la sua contrarietà agli artt. 3 e 38 Costituzione.

7. Parte contro ricorrente, nelle note ex art. 378 c.p.c., ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica, sotto un diverso profilo, e cioè per violazione dell'art. 117, primo comma, Costituzione e, per suo tramite dell'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dell'art. 11, commi 1 e 2 Costituzione, per indebita ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di condizionare l'esito dei giudizi pendenti al momento della sua entrata in vigore.

8. La dedotta questione di legittimità costituzionale è irrilevante, dovendosi pervenire alla conclusione sopra illustrata, corroborata dalle osservazioni fatte dalla Corte Costituzionale sulla ratio della legge n. 10/85, a prescindere dalla disposizione di interpretazione autentica. Ne consegue che la questione di costituzionalità della norma di interpretazione autentica, di cui al citato art. 2 comma 505 della legge n. 244/2007, prospettata sotto il profilo della asserita violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, per l'incidenza sui giudizi in corso di norma con effetti retroattivi, deve ritenersi irrilevante nel giudizio "a quo", giacché la eventuale declaratoria di incostituzionalità di quella disposizione sarebbe priva di ogni concreta influenza circa l'interpretazione delle norme che trovano applicazione ai fini della decisione della controversia. (cfr. nello stesso senso Cass. n. 21692 del 14 agosto 2008, in relazione al divieto di cumulo di agevolazioni e benefici contributivi in favore di datori di lavoro del settore agricolo, successivamente affermato dalla norma di interpretazione autentica di

cui all'art. 44, comma 1, del d. l. n. 269 del 2003, convertito, con modificazioni, nella legge n. 326 del 2003).

Ai sensi dell'art. 384 c.p.c., nel testo modificato dal d. lgs. n. 40 del 2006, si enuncia il seguente principio di diritto: "l'art. 6 della legge 15 aprile 1985, n. 140, va interpretato nel senso che coloro che conseguono la pensione in epoca successiva al primo gennaio 1985, hanno diritto alla maggiorazione del trattamento pensionistico nella cifra fissa prevista dal secondo comma, e non già nella somma incrementata con l'applicazione della perequazione automatica relativa al periodo compreso tra il primo gennaio 1985 e la data di decorrenza della pensione".

Il ricorso va quindi accolto, la sentenza impugnata va cassata e, non essendovi necessità di ulteriori accertamenti, la causa va decisa nel merito, rigettando la pretesa di cui al ricorso introduttivo.

9. Il ricorso va quindi accolto con conseguente cassazione dell'impugnata sentenza e, potendo la causa essere decisa nel merito, va rigettata l'originaria domanda della pensionata.

Sussistono giusti motivi per la compensazione tra le parti delle spese dell'intero processo in considerazione dell'evoluzione giurisprudenziale sulle questioni dibattute e della problematicità delle stesse nel contesto del progressivo assetto del diritto vivente.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2008, p. 995

Pensioni - Gestione separata - Art. 3 D.M. 2 maggio 1996, n. 282 - Limiti al cumulo di contributi accreditati a diverse gestioni - Illegittimità - Conseguenza - Disciplina per il computo delle quote di pensione secondo i criteri di cui all'art. 16 della legge 2 agosto 1990, n. 233 - Applicabilità - Sussistenza - Disciplina sulla totalizzazione di cui all'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 - Applicabilità - Esclusione

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 6.05.2009 n. 10396 - Pres. De Luca - Rel. Toffoli - PM Sepe - C.A. (Avv.ti Angelozzi, Boito) - INPS (Avv.ti Patteri, Valente, Riccio)

In materia di ricongiunzione di periodi assicurativi, l'art. 3 del D.M. 2 maggio 1996, n. 282, recante norme regolamentari relative alla gestione separata per i lavoratori autonomi di cui all'art. 2, commi 26 e seguenti, della legge 8 agosto 1995, n. 335, è illegittimo nella parte in cui subordina, ai fini dell'accesso alle

prestazioni previdenziali, il cumulo con i contributi accreditati a detta gestione dei contributi accreditati alle altre gestioni dell'assicurazione generale obbligatoria (gestione per i lavoratori dipendenti e gestioni speciali per i lavoratori autonomi dell'agricoltura, del commercio e dell'artigianato) alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui all'art. 1, comma 23, della legge 8 agosto 1995, n. 335, e non prevede il ricorso ai criteri di cui all'art. 16 della legge 2 agosto 1990, n. 233 ai fini della determinazione dell'importo della pensione. Ne consegue che, in caso di concorso a favore del medesimo lavoratore di contributi presso la detta gestione separata ed altre gestioni dell'assicurazione generale obbligatoria, ai fini del riconoscimento del diritto alla pensione e per il relativo calcolo si può procedere al cumulo dei contributi - con eventuale applicazione della disciplina transitoria prevista dall'art. 1, commi 12 e 13, della legge 8 agosto 1995, n. 335 - ed è applicabile la disciplina sul computo per quote della pensione secondo i criteri di cui all'art. 16 della citata legge n. 233 del 1990, mentre, per contro, va esclusa l'applicabilità della disciplina sulla totalizzazione dei periodi assicurativi prevista dall'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e dal relativo regolamento di cui al D.M. 7 febbraio 2003, n. 57 (disciplina poi sostituita dal d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 42).

FATTO - La Corte d'appello di Venezia confermava la sentenza con cui il Tribunale di Treviso aveva dichiarato inammissibile la domanda proposta da A.C. contro l'INPS, diretta ad ottenere la pensione di reversibilità a seguito della morte del marito A.Z. in data 18.2.1999, in applicazione della totalizzazione dei periodi assicurativi prevista dall'art. 71 della legge n. 388/2000 per il caso di contributi versati in varie gestioni, singolarmente insufficienti per la pensione.

Il giudice di appello dava rilievo al fatto che alla data della domanda amministrativa (9.6.2000) non erano ancora stati emanati i decreti di attuazione della norma di cui all' art. 71 della legge n. 388/2000. Osservava anche che le pretese dell'appellata avrebbero potuto essere esaminate in un successivo giudizio, a seguito della sopravvenuta emanazione del regolamento attuativo.

La C. propone ricorso per cassazione affidato a due motivi.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO - 1. Nel ricorso per cassazione si premette che il marito della istante, come precisato nel ricorso introduttivo del giudizio, aveva una posizione contributiva caratterizzata dall'accredito presso l'INPS di contributi assicurativi per complessive 868 settimane, di cui 741 nella gestione artigiani, 19 nella gestione per i lavoratori dipendenti e 108 nella gestione separata, e che quindi era integrato il requisito per la pensione di reversibilità di 780 contributi settimanali.

2. Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 71, comma 1, l. n. 388/2000, anche con riferimento all'art. 18, secondo comma della legge n. 488/1968.

Si censura la tesi della Corte di merito secondo cui la mancata emanazione al momento della domanda amministrativa dei decreti di attuazione della richiamata disciplina legale sulla totalizzazione dei contributi preclude la operatività della medesima. Si osserva al riguardo che di tale "condizione" sospensiva non vi è traccia nel dettato della legge e che l'inerzia dell'Amministrazione non può condizionare l'operatività della legge, derivandone in contrario la lesione del principio costituzionale d'uguaglianza. Si richiama anche la sentenza della Corte costituzionale n. 61/1999, dichiarativa della illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge n. 457/1990, nella parte in cui non hanno previsto, in favore dell'assicurato che, pur in possesso dei requisiti di anzianità di iscrizione e di contribuzione per il conseguimento della pensione, non abbia maturato il relativo diritto in nessuna delle gestioni a cui è stato iscritto, una modalità di totalizzazione gratuita di tutti i periodi assicurativi, pronuncia per la cui attuazione era stata emanata la disciplina ex art. 71 cit..

Si deduce poi l'irrilevanza del fatto che l'assicurato sia morto prima dell'entrata in vigore della legge n. 388/2000, poiché il rapporto assicurativo-previdenziale è regolato dall'evolversi dell'ordinamento. Peraltro il punto è disciplinato dall'art. 18 della lege n. 488/1968, in base al quale l'aspettativa della C. si era perfezionata a partire dal 1° febbraio 2001, primo giorno del mese successivo a quello di entrata in vigore della legge sulla c.d. totalizzazione.

3. Il secondo motivo denuncia omessa o carente motivazione circa la tesi della rilevanza della mancata emanazione dei decreti attuativi alla data di presentazione della domanda amministrativa.

4. Il ricorso merita accoglimento, anche se la questione proposta richiede un più puntuale inquadramento giuridico-normativo.

Secondo l'art. 71, comma 1, legge n. 388/2000, "Al lavoratore, che non abbia maturato il diritto a pensione in alcuna delle forme pensionistiche a carico dell'assicurazione generale obbligatoria e delle forme sostitutive, esclusive ed esonerative della medesima, nonché delle forme pensionistiche obbligatorie gestite dagli enti di cui al decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, e successive modificazioni, è data facoltà di utilizzare, cumulandoli per il perfezionamento dei requisiti per il conseguimento della pensione di vecchiaia e dei trattamenti pensionistici per inabilità, i periodi assicurativi non coincidenti posseduti presso le predette gestioni, qualora tali periodi, separatamente considerati, non soddisfino i requisiti minimi stabiliti dagli ordinamenti delle singole gestioni. La predetta facoltà opera in favore dei superstiti di assicurato, ancorché quest'ultimo sia deceduto prima del compimento dell'età pensionabile".

La disposizione introduce, quindi, tramite la tecnica della totalizzazione già utilizzata dai regolamenti comunitari e dalle convenzioni internazionali a tutela dei lavoratori migranti, una disciplina di chiusura del sistema previdenziale nazionale (successivamente riformata dal d. lgs. n. 42/2006), diretta ad assicurare, in presenza di contribuzione a favore dello stesso lavoratore presso diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, la possibilità per lo stesso lavoratore, o i suoi superstiti, di accedere, a determinate condizioni, alle principali prestazioni pensionistiche utilizzando il complesso della contribuzione. Come è noto, tale disciplina, che ha

trovato attuazione mediante le norme regolamentari di cui al D.M. 7 febbraio 2003 n. 57 (emanato ai sensi del comma 3 dell'art. 71, L. cit.), è stata introdotta anche al fine di dare attuazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 61 del 1999, che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 1 e 2 della legge n. 45/1990, sulla ricongiunzione dei periodi assicurativi ai fini previdenziali per i liberi professionisti, nella parte in cui non prevedono, a favore dell'assicurato che non abbia maturato il diritto ad un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni nelle quali è, o è stato iscritto, in alternativa alla ricongiunzione, il diritto di avvalersi dei periodi assicurativi pregressi mediante un sistema di totalizzazione, sistema che avrebbe dovuto essere precisato dal legislatore (ciò in considerazione della eccessiva onerosità della ricongiunzione, che poteva vanificare di fatto il diritto dell'assicurato di avvalersi dei periodi assicurativi pregressi).

Il ricorso alla tecnica della totalizzazione dei contributi delineato dall'art. 71 cit. e dal relativo regolamento deve ritenersi un rimedio inappropriato e inammissibile nel caso in cui nell'ambito e all'interno di uno stesso sistema pensionistico, quale l'assicurazione generale obbligatoria gestita dall'INPS e articolata nella gestione principale per i lavoratori dipendenti e nelle gestioni speciali per i lavoratori autonomi dell'agricoltura, del commercio e dell'artigianato, e più di recente anche nella ulteriore gestione separata per i lavoratori autonomi, sia già prevista una disciplina di cumulo e totalizzazione dei contributi versati nelle varie gestioni ai fini della liquidazione di prestazioni pensionistiche e previdenziali unitarie. Ciò trova espressa conferma, oltre che nella finalità complessiva dell'istituto introdotto dall'art. 71, dal dato letterale della menzione unitaria, nel comma 1, della "assicurazione generale obbligatoria". Peraltro l'art. 1, comma 4, del regolamento del 2003 conferma che "restano ferme le disposizioni speciali vigenti in materia di cumulo dei periodi assicurativi" (anche l'art. 7, comma 4, del d. lgs. n. 42/2006 prevede la salvezza delle altre norme vigenti in materia di cumulo dei periodi assicurativi).

5. Ai fini di una migliore comprensione delle sintetiche precedenti considerazioni, è opportuno più distesamente ricordare che il regime dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, pur articolandosi nelle quattro diverse gestioni dei lavoratori dipendenti, dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, degli artigiani e dei commercianti, e ora anche nella gestione separata per i lavoratori autonomi introdotta dall'art. 2, comma 26, della L. n. 335/1995 (il punto sarà approfondito al paragr. 7), ha struttura unitaria, configurandosi, in relazione ad ogni assicurato, un rapporto assicurativo-previdenziale unico, in base al quale l'assicurato può conseguire la liquidazione di una sola unitaria pensione, mediante la valorizzazione dei contributi versati nelle varie gestioni, anche se con modalità diverse a seconda delle situazioni ed anche delle discipline normative succedutesi nel tempo (cfr. Cass. 9 novembre 1985 n. 5495 (1), 13 ottobre 1995 n. 10699, 20 gennaio 2003 n. 771 (2), 7 agosto 2003 n. 11930, 7 luglio 2008 n. 18569 (3) e, quanto alla gestione separata, Cass. n. 24201/2004 (4). Per quanto riguarda in particolare il diritto alla pensione e la liquidazione della stessa, anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 233 del 1990, era previsto dalla L. 4 luglio 1959, n. 463, art. 9, comma 1, e dalla L. 22 luglio 1966, n. 613, artt. 20 e 21, l'obbligatorio cumulo delle contribuzioni accreditate in più gestioni ai fini del conseguimento del diritto alla

pensione e alla liquidazione della medesima, secondo criteri appositamente specificati (cfr. l'art. 21 cit.). Tale cumulo, però, poteva verificarsi solo ai fini della liquidazione, anche con il concorso dei contributi versati nella gestione per i lavoratori dipendenti, di una pensione secondo le regole delle gestioni speciali per i lavoratori autonomi, che comportavano la liquidazione della pensione con il metodo contributivo anche dopo che per i lavoratori dipendenti era entrato in vigore il metodo c.d. retributivo, mentre il pensionamento nell'ambito del fondo per lavoratori dipendenti - in relazione ai diversi criteri di liquidazione delle pensioni - poteva usufruire solo dei relativi contributi, salva la prevista valorizzazione in via di supplemento di pensione di contributi versati presso le gestioni autonome, prima del pensionamento (cfr. L. n. 613 del 1966, art. 25, con riferimento all'ipotesi di limite di età più elevato per la pensione di vecchiaia in una gestione speciale) o dopo lo stesso (cfr. L. 23 aprile 1981, art. 7). (Inoltre il D.L. 2 marzo 1974, n. 30, art. 2 ter, convertito con modificazioni dalla L. 16 aprile 1974, n. 1 prevedeva che il titolare di pensione a carico delle gestioni speciali per i coltivatori diretti, mezzadri e coloni, per gli artigiani e per gli esercenti attività commerciali aveva diritto alla liquidazione della pensione prevista dalle norme sulla assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti, con la decorrenza di legge e la contestuale revoca della precedente pensione, quando in un secondo momento tutti i requisiti si erano perfezionati nella assicurazione stessa indipendentemente dai contributi accreditati nelle gestioni speciali). La L. 2 agosto 1990, n. 213, di riforma dei trattamenti pensionistici dei lavoratori autonomi, ha abbandonato la tecnica di liquidazione della pensione con il metodo contributivo anche nell'ambito delle gestioni speciali per i lavoratori autonomi, facendo riferimento sia per il versamento dei contributi che per la liquidazione della pensione, al reddito di impresa, effettivo (artigiani ed esercenti attività commerciali) o convenzionale (coltivatori diretti mezzadri e coloni), che assume quindi un ruolo analogo a quello svolto dalla retribuzione per i lavoratori dipendenti. A completamento della riforma, l'art. 16 della legge innova in materia di liquidazione della pensione con il cumulo dei periodi assicurativi di cui il lavoratore sia titolare presso varie gestioni speciali per i lavoratori autonomi o presso una o più di tali gestioni e presso la gestione per i lavoratori dipendenti. Rimane ferma la regola che in tal caso la liquidazione avviene presso una delle gestioni speciali, ma l'importo della pensione è liquidato sulla base della somma delle quote calcolate con riferimento ai contributi versati presso le varie gestioni, secondo le regole applicabili a ciascuna di esse.

La circostanza che la totalizzazione prevista nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria dall'art. 16 della L. n. 233/1990, sia un istituto particolare, che comporta la liquidazione di un'unica pensione (si da potersi definire totalizzazione impropria ai fini del solo quantum della pensione), ha trovato più volte conferma in pronunce di questa Corte (Cass. 16025/2004, 11948/2007, 18569/2008 cit.) anche a Sezioni unite (sentenza n. 28261/2005 relativa alla individuazione della disciplina sulle "finestre" applicabile).

6. Deve quindi escludersi che la disciplina dell'art. 16 della L. n. 233/1990, sulla liquidazione delle pensioni sulla base del cumulo di contributi versati, nell'ambito dell'a.g.o., presso le gestioni speciali dei lavoratori autonomi, oltre che eventualmente presso la gestione per i lavoratori dipendenti, sia stata derogata o abrogata dall'art. 71 L. n. 388/2000.

7. E' opportuno ora prestare particolare attenzione alla disciplina applicabile ai contributi versati alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della L. n. 335/1995, perché nella specie appaiono rilevare anche contributi versati a tale gestione separata.

Occorre premettere che il D.M. n. 282/1996, "regolamento recante la disciplina dell'assetto organizzativo e funzionale della gestione e del rapporto assicurativo" di cui gestione separata in considerazione, emanato a norma del comma 32 del citato art. 2 L. n. 335/1995, regola con il suo art. 3 il concorso di contributi presso la medesima gestione separata con periodi contributivi accreditati presso "l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, le forme esclusive e sostitutive della medesima, le gestioni pensionistiche dei lavoratori autonomi di cui alla legge n. 233 del 1990", nel senso che detti lavoratori "hanno facoltà di chiedere nell'ambito della gestione separata il computo dei predetti contributi, ai fini del diritto e della misura della pensione a carico della gestione stessa, alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui all'art. 1, comma 23, della legge n. 335 del 1995".

Circa la portata e la legittimità di questa disposizione regolamentare e il suo rapporto con l'art. 16 della L. n. 233/1990, e l'art. 71 della L. n. 388/2000, si sono manifestati indirizzi non omogenei nell'ambito della giurisprudenza di questa Corte. Da un lato Cass. n. 1818/2008 e 22585/2008 hanno ritenuto che la stessa disposizione regola la totalizzazione dei contributi versati alla gestione separata con quelli versati ad altre gestioni assicurative e che quindi la stessa debba ritenersi abrogata e sostituita dal cit. art. 71 che ha regolato in termini generali tutte le ipotesi di totalizzazione tra forme pensionistiche. Ne è stata tratta la conseguenza (sentenza n. 1818/2008) della non utilizzabilità della totalizzazione dei contributi ai fini del conseguimento di un assegno di invalidità, in quanto quest'ultimo non costituisce propriamente un trattamento pensionistico (diversamente dalla pensione di inabilità).

Diversa è l'impostazione di Cass. n. 24201/2004, che valorizza gli elementi che accomunano la disciplina del cumulo dei contributi secondo la norma regolamentare a quella di cui all'art. 16 della legge n. 233/1990, e ritiene illegittimo il limite al cumulo stabilito dalla parte finale dell'art. 3 del regolamento, osservando che si fa riferimento a una condizione prevista, per fini del tutto diversi e incidenti solo sul sistema del calcolo della pensione, da una legge diversa da quelle tassativamente richiamate dalla norma di delega per stabilire limiti, principi e criteri direttive della disciplina regolamentare, e che la condizione stessa fa venire meno la coerenza con la disciplina della legge n. 233/1990, a cui rinvia la norma di delega (art. 2, comma 32, L. n. 335/1995).

Si ritiene che debba prestarsi adesione a quest'ultimo orientamento, sulla base anche delle seguenti ulteriori considerazioni e precisazioni.

8. Al riguardo è opportuno ricordare che l'art. 2, comma 26, L. cit, istituisce l'obbligo a decorrere dal 1 gennaio 1996 di "iscrizione presso una apposita Gestione separata, presso l'INPS, e finalizzata all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti" dei "soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui (…)" e che il successivo comma 32 regola l'emanazione di norme regolamentari nei seguenti termini: "Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministro del tesoro, l'assetto

organizzativo e funzionale della Gestione e del rapporto assicurativo di cui ai commi 26 e seguenti è definito, per quanto non diversamente disposto dai medesimi commi, in base alla legge 9 marzo 1989, n. 88, al d. lgs. 30 giugno 1994, n. 479, e alla legge 2 agosto 1990, n. 233, e successive modificazioni ed integrazioni, secondo criteri di adeguamento alla specifica disciplina, anche in riferimento alla fase di prima applicazione (...)".

Da un lato, il tenore letterale del comma 26 autorizza la deduzione che la nuova gestione separata è chiamata fondamentalmente a rappresentare un'ulteriore gestione della assicurazione generale obbligatoria, che si aggiunge a quelle preesistenti per i lavoratori dipendenti e i lavoratori autonomi dell'agricoltura, commercio e artigianato. Dall'altro, tale affermazione trova conferma nella norma di delega (o autorizzazione) all'emanazione di norme regolamentari che, nel dettare i relativi principi, fa riferimento ai fini della disciplina sostanziale del rapporto assicurativo (per quanto non diversamente disposto dai commi precedenti) alla sola legge n. 233/1990 (le altre norme richiamate riguardando una legge sul riordino dell'INPS e un decreto legislativo in materia di soppressione e riordino di enti pubblici di previdenza e assistenza), salvo l'ulteriore riferimento ai "criteri di adeguamento alla specifica disciplina, anche in riferimento alla fase di prima applicazione".

In questo quadro deve ulteriormente tenersi presente che, come si è già accennato, la legge n. 233/1990, nel ricollegarsi alla allora vigente disciplina delle gestioni speciali per i lavoratori autonomi, principalmente detta le nuove regole di computo delle pensioni dei lavoratori autonomi in base a criteri equivalenti a quelli delle pensioni c.d. retributive dei lavoratori dipendenti, nonché la regola, di cui all'art. 16, di calcolo delle pensioni liquidate con il cumulo di contributi presso varie gestioni dell'a.g.o..

A questo punto, se si considera che il regolamento della gestione separata prevede il computo delle pensioni secondo il sistema contributivo, in conformità con il principio al riguardo ormai introdotto nel sistema previdenziale, appare evidente che il riferimento alla legge n. 233/1990, rileva soprattutto perché in questa è contenuta la disciplina di cui all'art. 16 del cumulo dei contributi alle diverse gestioni dell'a.g.o., disciplina dalla quale il regolamento ingiustificatamente si differenzia in particolare per il fatto di non prevedere il computo della pensione mediante la somma delle quote proporzionali ai periodi di iscrizione nelle varie gestioni dell'a.g.o. calcolate secondo le regole delle singole gestioni, e così prevedendo implicitamente anche la liquidazione solo con il criterio contributivo previsto per la nuova gestione. E' in conseguenza di questa circostanza, probabilmente, che è stato previsto il notevolissimo limite rappresentato dalla subordinazione del computo dei contributi delle altre gestioni alle condizioni previste dall'art. 1, comma 23, L. n. 335/1995 per l'opzione per il sistema contributivo da parte dei lavoratori assoggettati alla disciplina transitoria nel passaggio al sistema contributivo (in quanto già iscritti a gestioni previdenziali alla data del 31.12.1995, con anzianità contributiva inferiore o superiore ai 18 anni, con le rispettive conseguenze di cui al citato art. 1, commi 12 e 13), condizioni giustificate dal fatto che detta opzione rappresenta anche un mezzo per usufruire delle più favorevoli regole del nuovo sistema contributivo in tema di anzianità contributiva richiesta per l'accesso alla pensione di vecchiaia (cfr. art. 1, comma 20). Non si è considerato, però, che tale limite avrebbe inciso del tutto irrazionalmente e ingiustificatamente anche sulla facoltà di accedere ai trattamenti di invalidità o per i superstiti - onde una sua evidente illegittimità quanto meno per tale parte -,

e comunque non aveva ragione d'essere se si fosse più compiutamente tenuto presente, come necessario ai sensi della normativa legale sulla nuova gestione, l'inserimento di quest'ultima nel sistema dell'assicurazione generale obbligatoria, con la conseguente applicabilità della normativa transitoria di cui all'art. 1, comma 12 e 13, legge n. 335 (le regole sull'accesso ai vari trattamenti secondo il sistema retributivo potendosi comunque desumere dal sistema dell'assicurazione generale obbligatoria, fermo restando eventualmente il computo in ogni caso con il criterio contributivo della quota relativa alla gestione separata) e il ricorso al criterio di cui all'art. 16 legge n. 233/1990 per la liquidazione delle pensioni sulla base del cumulo dei contributi alle varie gestioni dell'a.g.o..

9. La sentenza impugnata, che appare pacificamente riferirsi ad una fattispecie caratterizzata dalla presenza di contributi accreditati a varie gestioni dell'a.g.o., compresa la gestione separata per i lavoratori autonomi, ha quindi errato nell'escludere la considerazione cumulativa dei contributi ai fini della verifica della sussistenza del diritto alla pensione ai superstiti, sulla base di ragioni correlate all'applicazione dell'art. 71 L. n. 388/2000 e della relativa disciplina regolamentare, in quanto avrebbe dovuto fare riferimento - previo puntuale accertamento dei fatti rilevanti - ai principi sopra esposti.

La sentenza deve quindi essere cassata, con rinvio della causa ad altro giudice che si atterrà al seguente principio: "L'art. 3 del D.M. 2 maggio 1996 n. 282, recante norme regolamentari relative alla gestione separata per i lavoratori autonomi di cui all'art. 2, commi 26 e seguenti, della L. n. 335/1995, è illegittimo nella parte in cui subordina, ai fini dell'accesso a prestazioni previdenziali, il cumulo con i contributi accreditati a detta gestione dei contributi accreditati alle altre gestioni dell'assicurazione generale obbligatoria (gestione per i lavoratori dipendenti e gestioni speciali per i lavoratori autonomi dell'agricoltura, del commercio e dell'artigianato) alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui all'art. 1, comma 23, della medesima L. n. 335/1995, e non prevede il ricorso ai criteri di cui all'art. 16 L. n. 233/1990, ai fini della determinazione dell'importo della pensione. Ne consegue che, in caso di concorso a favore dello stesso lavoratore di contributi presso la detta gestione separata e altre gestioni dell'assicurazione generale obbligatoria, ai fini del riconoscimento del diritto alla pensione e del calcolo della medesima si può procedere al cumulo dei contributi (con l'eventuale applicazione della disciplina transitoria ex art. 1, commi 12 e 13, L. n. 335/1995), ed è applicabile la disciplina sul computo per quote della pensione secondo i criteri di cui all'art. 16 della L. n. 233/1990, mentre, conseguentemente, non è applicabile la disciplina sulla totalizzazione dei periodi assicurativi di cui all'art. 71 L. n. 388/2000 e al relativo regolamento D.M. n. 57/2003 (disciplina poi sostituita dalla legge n. 42/2006)".

Al giudice di rinvio si affida anche la regolazione delle spese di questo giudizio.

(Omissis)

---

(1)V. in q. Riv., 1986, p. 499
(2)Idem, 2003, p. 855
(3)Idem, 2008, p. 728
(4)Idem, 2004, p. 1084

Pensioni - Indebito - Accertamento della legittimità della ripetizione da parte dall'Ente previdenziale - Omessa indicazione, nel provvedimento dell'INPS, delle norme a sostegno della ripetibilità - Lesione del diritto di difesa - Esclusione

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 29.04.2009 n. 9986 - Pres. Roselli - Rel. La Terza - PM Riello - T.T. (Avv. De Notariis) - INPS (Avv.ti Biondi, Valente, Riccio)

Nel giudizio avente ad oggetto l'accertamento della legittimità della ripetizione dell'indebito pensionistico, pretesa dall'Ente previdenziale, è irrilevante il tenore dei provvedimenti con i quali l'istituto abbia negativamente risposto ad istanza volta ad evitare il recupero dell'indebito percepito e conseguentemente la parte non può dolersi, invocando l'art. 8 legge 7 agosto 1990, n. 241, della lesione del diritto di difesa per l'omessa indicazione delle norme a sostegno della ripetibilità.

FATTO - Con ricorso al Pretore di Campobasso T.T. esponeva che dal primo gennaio 1991 l'INPS aveva trasformato d'ufficio l'assegno ordinario di invalidità, di cui era in godimento dal primo ottobre 1990, in pensione di vecchiaia, tenendo conto anche dei periodi lavorativi prestati in Germania; che il 2 dicembre 1994, a seguito della concessione della pensione estera, l'Istituto aveva ricalcolato la medesima pensione di vecchiaia e le aveva quindi comunicato, il 30 gennaio 1995, di avere trattenuto, sui ratei della pensione estera che le erano stati liquidati, l'indebito formatosi sulla prestazione italiana; la T. chiedeva quindi che venisse accertata la illegittimità della trattenuta operata dall'Istituto per lire 11.221.015.

Con la sentenza in epigrafe indicata la Corte d'appello di Campobasso confermava la statuizione di primo grado con cui era stata rigettata la domanda. La Corte adita rilevava che l'assegno ordinario di invalidità era stato integrato al minimo, giacché nella domanda la ricorrente aveva negato di avere lavorato all'estero (avendo barrato la casella NO); la stessa T., nel richiedere la trasformazione del citato assegno in pensione di vecchiaia, per dimostrare di avere conseguito il requisito contributivo, aveva invece denunciato di avere lavorato in Germania; che, una volta erogato l'assegno di invalidità tedesco dal primo ottobre 1990, l'INPS aveva, da un lato, provveduto a ricalcolare la pensione di vecchiaia italiana sulla base della contribuzione estera e, dall'altro, aveva detratto dagli arretrati della pensione tedesca, la somma indebitamente erogata a causa della avvenuta erogazione della integrazione al minimo, che invece non era dovuta, a causa del reddito non denunciato percepito in Germania: l'indebito quindi sussisteva ed era ascrivibile alla falsa dichiarazione effettuata. Di ciò la T. era stata consapevole, avendo chiesto la prestazione estera quasi contestualmente a quella italiana. Inoltre, indubbiamente, il patronato che la aveva aiutata a compilare il modulo, aveva barrato con il NO la casella relativa all'espletamento del lavoro all'estero, su indicazione della medesima

ricorrente. Vi era quindi il dolo che giustificava la integrale ripetizione dell'indebito ai sensi dell'art. 1 commi 260 e seguenti della legge 662/96. La Corte condannava la ricorrente al pagamento delle spese, trattandosi di lite temeraria.

Avverso detta sentenza T.T. propone ricorso con sei motivi.

L'INPS ha depositato procura.

DIRITTO - Con il primo motivo si denunzia la violazione del divieto dello *ius novorum* in appello, perché il fatto che la pensione estera di invalidità avrebbe precluso la integrazione al minimo sulla pensione italiana, sarebbe stato dedotto solo in appello.

La censura non merita accoglimento, giacché con la sentenza di primo grado la domanda era stata respinta sul rilievo che la integrazione al minimo era preclusa, non già in forza della percezione della pensione estera, ma per il fatto di percepire la retribuzione per attività lavorativa svolta in Germania.

Ne consegue che già in primo grado era stata dedotta una circostanza preclusiva del diritto alla integrazione al minimo (percepimento di redditi oltre la soglia di legge), preclusione indubbiamente operante, e quindi non rileva che in appello la preclusione fosse stata eccepita, anche, sulla base di una circostanza diversa (percepimento di pensione estera). Invero l'art. 2 della legge n. 222/84 prevede che l'assegno ordinario di invalidità sia passibile di integrazione al minimo, ove sia inferiore ad un certo ammontare e rimanda, per le condizioni reddituali ritenute meritevoli per fruirne, all'art. 26 della legge n. 153 del 1969 in tema di pensione sociale, il quale include nel computo dei redditi da considerare, anche quelli erogati da paesi esteri, il che impediva appunto il diritto della attuale ricorrente alla integrazione al minimo.

Con il secondo motivo si denunzia difetto di motivazione, perché non sarebbe stato dimostrato il divieto di integrazione al minimo sulla pensione italiana a causa della percezione di redditi all'estero, mentre, sostiene la ricorrente, ciò non influirebbe essendo la prestazione italiana conseguita autonomamente in forza dei contributi italiani.

Neppure questa doglianza è fondata, in quanto pur non dubitandosi che la ricorrente godesse di una prestazione italiana conseguita senza ricorrere alla totalizzazione con i contributi esteri, tuttavia i redditi percepiti all'estero influivano sulla sua misura stante il superamento dei limiti reddituali prescritti per la integrazione al minimo dal già citato art. 2 della legge n. 222/984.

Con il terzo mezzo si denunzia violazione dell'art. 8 della legge n. 153/69, perché questa disposizione sarebbe applicabile solo per le pensioni erogate dall'ente assicuratore libico a cittadini italiani.

Neppure questa censura è fondata giacché l'ultimo comma dell'art. 8 della legge n. 153 del 1969 non si riferisce alle pensioni erogate dall'ente libico ma ai lavoratori emigrati che conseguono la pensione con cumulo di periodi lavorativi svolti in Italia e all'estero. In tali casi la prestazione italiana viene integrata al minimo, ma quando poi l'ente estero eroga la prestazione di sua competenza, si ricalcola anche il trattamento italiano e si "riassorbe" la integrazione al minimo non più dovuta.

Con il quarto mezzo si denunzia violazione dell'art. 1 commi 260 e seguenti legge n. 662/96, per avere la sentenza impugnata ravvisato un suo comportamento doloso, che

sarebbe invece da escludere, giacché il diniego, nella richiesta dell'assegno di invalidità, dello svolgimento di attività lavorativa all'estero era dovuto, non già alla volontà di percepire somme indebite, ma alla considerazione della sua inutilità, avendo già i requisiti in Italia per ottenere la prestazione richiesta.

La circostanza era stata invece indicata nella successiva istanza di trasformazione dell'assegno in pensione di vecchiaia.

Il motivo non merita accoglimento, ancorché la sentenza meriti alcune correzioni.

1. In primo luogo, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, non è applicabile la citata legge del 1996, essendo già stato affermato (Cass. Sez. unite n. 30 del 2000(1) e n. 8309 del 19 giugno 2000) che "La ripetibilità della integrazione al minimo indebitamente erogata per periodi anteriori al primo gennaio 1996 è attualmente regolata in via esclusiva dalle disposizioni di cui all'art. 1, commi duecentosessanta, duecentosessantuno, duecentosessantadue e duecentosessantatre della legge 23 dicembre 1996 n. 662; in caso di indebito recuperato prima dell'entrata in vigore della medesima, trattandosi di situazione giuridica esaurita, la legittimità del recupero deve essere accertata sulla base della disciplina previgente, mentre i recuperi avvenuti nelle more del giudizio, avente ad oggetto la declaratoria di irripetibilità dell'indebito e la condanna dell'ente alla restituzione delle somme recuperate, sono regolati dallo *jus superveniens*."

In applicazione di detti principi, poiché l'indebito era già stato recuperato nel 1995 (nota dell'INPS del 30 gennaio 1995) la legge del 1996 non si applicava e la ripetibilità o meno dell'indebito andava accertata alla luce delle disposizioni vigenti all'epoca in cui l'indebito si era formato.

2. La legge vigente era allora l'art. 52 della legge n. 88 del 1989, che consentiva la ripetibilità dell'indebito solo in caso di dolo del pensionato (invero il citato art. 52 era stato autenticamente interpretato dall'art. 13 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, ma la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 39 del 1993 ne sancì la illegittimità costituzionale nella parte in cui era applicabile anche ai rapporti sorti precedentemente alla data della sua entrata in vigore o comunque pendenti alla stessa data; ne consegue che essendo la domanda di assegno di invalidità, senza indicazione del lavoro prestato in Germania, stata presentata il 4 settembre 1990, la disposizione di interpretazione autentica non è applicabile).

3. Accertato che la legge applicabile era l'art. 52 della legge n. 88 del 1989, la sentenza impugnata ha ravvisato il dolo della pensionata, che consente la ripetibilità dell'indebito, nel fatto di avere taciuto all'INPS nel 1990, ai fini della integrazione al minimo dell'assegno di invalidità, l'espletamento di lavoro e quindi il percepimento di redditi in Germania; nel fatto che nella medesima epoca aveva chiesto analogo trattamento di invalidità all'ente assicuratore tedesco; ed ancora nel fatto che, invece, nel 1993, allorché la ricorrente si trovò nella necessità di dimostrare il possesso di una maggiore anzianità assicurativa per ottenere la trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia, aveva dichiarato all'INPS di avere lavorato e di avere versato i contributi in Germania. In dette articolate argomentazioni a sostegno della esistenza del dolo, e quindi della consapevolezza e della volontà della ricorrente di tacere la esistenza di circostanze influenti sulla misura dell'assegno di invalidità (Cass. n. 12790 del 18/11/1999) non

sono evidenziabili incongruenze logiche, né errori giuridici, onde il motivo ve rigettato.

Con il quinto mezzo si lamenta extra o ultra petizione, perché la sentenza impugnata avrebbe giustificato l'operato dell'INPS, con palese *mutatio libelli*, sul rilevo che essa ricorrente, con il cumulo delle due pensioni di invalidità, non avrebbe avuto diritto alla integrazione al minimo, su quella italiana, senza peraltro precisare le norme da applicare alla fattispecie.

Neppure questa censura merita accoglimento. Ed infatti la sentenza impugnata ha motivato sulla esistenza dell'indebito affermando che il medesimo si era formato per non avere la ricorrente denunziato la esistenza dei redditi da lavoro percepiti in Germania, che avrebbero impedito la erogazione della integrazione al minimo sull'assegno di invalidità, come era stato dedotto dall'INPS e confermato dalla sentenza di primo grado.

Con il sesto mezzo si lamenta violazione della legge n. 241 del 1990 ed in specie dell'art. 8 sul diritto di difesa, perché l'Istituto non avrebbe indicato le norme che giustificavano la ripetizione dell'indebito.

Neppure questa censura è fondata. Il presente giudizio verte in materia di diritto dell'INPS alla ripetizione dell'indebito, e quindi si prescinde dal tenore dei provvedimenti di risposta emessi dall'Istituto. Se oggetto del giudizio è la esistenza e la ripetibilità dell'indebito rimane irrilevante il contenuto del provvedimento dell'Istituto.

Il ricorso va quindi rigettato.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 497

CORTE D'APPELLO
Sezioni Civili

Prestazioni - Assegno sociale - Requisito reddituale - Elemento costitutivo della pretesa - Difetto di allegazione - Improponibilità della domanda.

Corte di Appello di Brescia - 03.09.2009 n. 345 - Pres. Orlandini - Rel. Nuovo - INPS (Avv.ti Collerone, Tagliente) - C.C. (Avv.ti Ravanelli, Botti)

Ai fini del riconoscimento del diritto all'assegno sociale il requisito reddituale costituisce elemento costitutivo del diritto, che deve sussistere al momento della presentazione della domanda e deve essere dimostrato mediante la speciale certificazione del competente ufficio finanziario prevista dall'art. 26 L. n. 153/69 come modificato dall'art. 3 L. n. 114/74. Pertanto, ove la domanda amministrativa non sia stata corredata dalla suddetta certificazione, la successiva azione giudiziale intrapresa risulta improponibile ex art. 443 c.p.c..

FATTO - C.C. con ricorso depositato il 4.5.2007 ha adito il Giudice del Lavoro di Bergamo chiedendo che venisse accertato, nei confronti dell'INPS, il suo diritto a percepire l'assegno sociale previsto dall'art. 3 L. 335/95 sostenendo di possedere redditi inferiori al limite di legge.

Si costituiva l'INPS negando la sussistenza del requisito reddituale non avendo mai, fin dalla domanda amministrativa, la C. allegato la prova del proprio stato di indigenza.

Il primo giudice accoglieva la domanda ritenendo che la documentazione prodotta nel procedimento fosse sufficiente a provare le condizioni economiche disagiate.

Appellava l'INPS ricordando come la giurisprudenza abbia sempre interpretato il requisito reddituale come elemento costitutivo del diritto, con la conseguenza che la prova andava fornita già con la domanda iniziale e che, in mancanza, attesa la violazione sostanziale della fase amministrativa, la domanda stessa diveniva improponibile.

Si costituiva la C. per la conferma; all'udienza odierna la causa veniva discussa e posta in decisione.

DIRITTO - L'eccezione dell'INPS è fondata.

Per giurisprudenza ormai consolidata "Ai fini del riconoscimento del diritto alla pensione sociale, il requisito del reddito deve sussistere al momento della presentazione della domanda amministrativa (in base a cui è stabilita la decorrenza della prestazione, dal primo giorno del mese successivo a detta presentazione) e deve essere dimostrato mediante la speciale certificazione del competente ufficio finanziario prevista dall'art.

26 L. 30 aprile 1969 n. 153, come modificato dall'art 3 D.L. 2 marzo 1974 n. 30, conv. con modificazioni nella L. 16 aprile 1974 n. 114; pertanto, ove la domanda amministrativa non sia stata corredata dalla suddetta certificazione, la successiva azione giudiziale intrapresa dall'interessato risulta improponibile ex art. 443 c.p.c., per carenza di una condizione di proponibilità, nonché infondata sul piano sostanziale, rappresentando il cosiddetto requisito economico non una mera condizione di erogabilità della prestazione (come avviene per le prestazioni previdenziali di invalidità), ma un elemento costitutivo della pretesa" (cosi Cassazione civile, sez. lav., 22 marzo 2001 n. 4155).

Nel caso citato la Suprema Corte aveva annullato la sentenza di merito che aveva ritenuto provato il requisito reddituale mediante l'esibizione in giudizio della copia della denuncia dei redditi, senza che l'interessato avesse reso all'INPS, in sede amministrativa, la dichiarazione preordinata alla certificazione dell'ufficio finanziario, ex art. 26 legge n. 153 del 1969, esattamente come nel caso che qui occupa.

Già in altre controversie questa Corte ha avuto modo di uniformarsi a questo principio in quanto unico rispettoso del dato normativo.

Ne consegue che la sentenza del primo giudice, che ha accolto la domanda, deve essere riformata; sussistono comunque giusti motivi per compensare le spese di ambo i gradi.

(Omissis)

Contributi - Farmacia - Natura di imprenditore commerciale del titolare della farmacia - Impresa familiare ex art. 230 bis c.c. - Autonomia della posizione assicurativa del titolare farmacia e del collaboratore familiare - Attività d'impresa svolta con continuità e prevalenza - Obbligo dei coadiuvanti di iscrizione alla Gestione Commercianti - Sussistenza.

Corte di Appello di Brescia - 05.03.2009 n. 111 - Pres. e Rel. Nuovo - Q.U. + 1 (Avv. ti Cavallaro, Duchi, Frau) - I.N.P.S. (Avv.ti Savona, Tagliente)

Sussiste l'obbligo contributivo nella gestione commercianti per i familiari coadiuvanti dei titolari di farmacia, qualora il titolare farmacista abbia la qualità di imprenditore commerciale ed il familiare collabori nell'impresa con carattere di abitualità e prevalenza.

FATTO - Con ricorsi depositati il 7.6.2006 avanti il Tribunale di Crema, giudice del lavoro, i ricorrenti, premettendo di essere rispettivamente dottore farmacista titolare di farmacia e compartecipe dell'impresa familiare ex art. 230 bis c.c., contestavano i

verbali di accertamento con i quali l'INPS aveva ritenuto che il familiare collaboratore fosse soggetto all'obbligo assicurativo - previdenziale, con conseguente addebitamento di omissioni per complessivi €. 43.632,00 chiedendo, in contraddittorio con l'Istituto, la declaratoria di insussistenza dell'obbligo contributivo o, in subordine, quanto meno la limitazione dello stesso al reddito prodotto dalla vendita dei prodotti diversi dai farmaci, con importi accessori per interessi e sanzioni circoscritti ai minimi di legge.

L'INPS, costituendosi, ribadiva l'obbligo contributivo per i familiari coadiuvanti dell'impresa familiare e chiedeva il rigetto del ricorso.

Con sentenza 15/08 del 19.3.2008. il tribunale rigettava il ricorso.

Con ricorso depositato il 15.7.2008 i ricorrenti di primo grado proponevano appello assumendo le conclusioni già svolte in primo grado e l'INPS chiedeva la reiezione dell'appello.

All'odierna udienza, all'esito della discussione, la Corte ha deciso la causa come da dispositivo immediatamente letto.

DIRITTO - Poiché il presente procedimento sorge come impugnazione del verbale di accertamento ispettivo dell'INPS a carico della Farmacia Q. l'onere della prova segue le regole ordinarie e la decisione riguarda l'an della pretesa, in quanto ogni impugnazione sul quantum e sul calcolo delle sanzioni deve essere affrontata con l'impugnazione della cartella esattoriale che eventualmente l'istituto riterrà di emettere.

Nel verbale di accertamento degli ispettori dell'INPS avendo rilevato che la ditta individuale degli appellanti era iscritta alla Camera di Commercio per l'attività di "farmacia e commercio al minuto di generi annessi", che la ditta era gestita in forma di impresa familiare a cui collaborava il fratello del titolare in via continuativa e prevalente, ritenevano che il titolare dovesse essere iscritto alla Gestione Speciale INPS - COMMERCIANTI quale "titolare di impresa commerciale non soggetto personalmente all'imposizione contributiva" (in quanto già soggetto all'obbligazione contributiva nei confronti dell'ente previdenziale dei farmacisti - ENPAF), che il familiare collaboratore dovesse essere iscritto alla stessa gestione commercianti in quanto collabora con carattere di abitualità e prevalenza nell'ambito di un'impresa familiare che svolge attività commerciale e che per il familiare collaboratore dovesse essere versata la relativa contribuzione.

Il titolare di farmacia e il fratello hanno proposto opposizione contestando l'obbligo di iscrizione e la pretesa, contributiva, formulando in subordine anche deduzioni rispetto comunque all'ammontare dell'obbligo e alle sanzioni applicabili, che come detto in premessa, non riguardano questo procedimento.

Il giudice di primo grado ha confermato gli assunti degli ispettori INPS in quanto è indubbia la natura di imprenditore commerciale del titolare di farmacia, che è iscritto nel registro delle imprese ed è assoggettabile a fallimento; la partecipazione dei familiari collaboratori all'attività di impresa con carattere di abitualità e prevalenza deriva dalla natura dell'impresa familiare adottata per la gestione dell'impresa (e sul punto è irrilevante che i collaboratori siano addetti alla vendita o svolgano altra attività accessoria in favore dell'impresa commerciale); le condizioni sopra delineate comportano, in relazione ai coadiuvanti, l'applicabilità degli artt. 1 e 2 della legge 613/66 che prevede l'obbligo

di iscrizione alla Gestione commercianti e i conseguenti versamenti contributivi; non è, infine, di ostacolo l'iscrizione del farmacista titolare all'ENPAF in quanto, diversamente opinando, i collaboratori si vedrebbero esclusi dal sistema di copertura previdenziale previsto dall'art. 38 Costituzione.

Il primo giudice, inoltre, non ha accolto i rilievi proposti dai ricorrenti in tema di sanzioni per carenza di interesse, in quanto non richieste con il verbale di accertamento.

Con articolati profili d'appello, gli appellanti censurano la sentenza di primo grado rilevando, in sintesi, che non esiste norma che imponga l'iscrizione alla Gestione Commercianti del farmacista e dei familiari coadiuvanti, che l'attività commerciale del farmacista è secondaria rispetto a quella professionistica e comunque non vi è la prova della prevalenza della prima sulla seconda e che sarebbe assurda e contraddittoria l'iscrizione virtuale del titolare farmacista.

Ritiene la Corte, nel solco della prevalente giurisprudenza di merito ed in particolare della Corte d'appello di Torino (1) che pienamente si condivide e a cui ci si riporta in motivazione, che l'appello non sia fondato.

Per quanto attiene alla previsione dell'obbligo contributivo, l'INPS fa riferimento alla disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 1 legge 22.7.1966 n. 613 ed art. 1 legge 27.11.1960 n. 1397 e successive modificazioni, intervenute dapprima con l'art. 29 della legge 160/75 e poi con l'art. 1, comma 203 della legge 662/96.

Dal citato complesso normativo emerge l'obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa obbligatoria degli esercenti attività commerciali sia in riferimento ai titolari delle imprese, sia in riferimento ai familiari coadiutori "che partecipano al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza".

Per quanto attiene ai familiari coadiutori, l'art. 29 legge 160/75 aveva previsto, come ulteriore requisito, che fossero iscritti come preposti al punto vendita nell'elenco speciale di cui all'art. 9 della legge 11.6.1971 n. 426. L'art. 26 della legge 114/98 ha interamente abrogato la legge 426/71, per cui si deve ritenere che il requisito in oggetto sia venuto meno.

Sulla base della citata normativa l'INPS ha ritenuto che il titolare farmacista ed i coadiuvanti (o collaboratori) familiari debbano essere iscritti nella gestione obbligatoria ai fini previdenziali in quanto il primo è esercente attività commerciale e quindi imprenditore commerciale ed i secondi partecipano personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza.

Peraltro l'Istituto ha ritenuto che l'obbligo contributivo gravi sul titolare della farmacia solo in riferimento ai familiari coadiutori assicurati (art. 10 legge 613/66), mentre, per quanto attiene allo stesso imprenditore farmacista, a parere dell'INPS, dovrebbe iscriversi "virtualmente" per consentire l'iscrizione dei coadiutori, mentre l'obbligo di versamento dei contributi è escluso per il fatto che il farmacista, come professionista, è assicurato obbligatoriamente presso l'ENPAF, in favore del quale provvede agli adempimenti contributivi.

La peculiarità della fattispecie, in particolare per quanto attiene alla sicura esclusione dell'obbligo contributivo verso la gestione INPS per quanto attiene al titolare farmacista e la pretesa dell'Istituto per quanto attiene i familiari coadiuvanti, avevano indotto il

Tribunale di Torino, in giudizio avente oggetto analogo a quello qui discusso, a sollevare questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione degli artt. 1 e 3 della legge 613/66 e dell'art. 1 della legge 1397/60 e successive modificazioni, nella parte in cui nulla dispongono circa l'iscrivibilità dei familiari collaboratori del farmacista presso la Gestione Commercianti dell'INPS (ord. 12.6.2006).

La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 448 del 12.12.2007. ha ritenuto la manifesta inammissibilità della questione, in quanto il remittente non ha considerato, oltre alle norme censurate, quelle collegate, rappresentate dall'art. 10, secondo comma della legge 613/66, che pone direttamente a carico del titolare dell'impresa commerciale l'obbligo del pagamento dei contributi anche per i familiari coadiuvanti, salvo il diritto di rivalsa nei loro confronti, e l'art. 4. comma 2, lettera a) del D. Lgs. n. 114/98, il quale assoggetta alla disciplina del commercio tutte le farmacie nelle quali non siano posti in vendita esclusivamente "prodotti farmaceutici, specialità medicinali, dispositivi medici e presidi medico - chirurgici", non ha quindi offerto adeguata motivazione delle norme censurate all'interno del sistema complessivo e per altro verso non ha verificato la praticabilità di diverse soluzioni interpretative idonee ad attribuire alle disposizioni censurate un significato che le renda conformi a Costituzione.

In sostanza la Corte, escludendo la sussistenza del vizio di costituzionalità denunciato, ha indicato, sul piano interpretativo, la piena idoneità della norme dettate in generale in tema di obblighi assicurativi degli esercenti attività commerciali a garantire anche la copertura previdenziale per i coadiuvanti dei titolari di farmacia.

Tanto premesso, occorre valutare sul piano concreto la sussistenza dei requisiti normativamente previsti che determinano la qualità di imprenditore commerciale del titolare farmacista e la collaborazione nell'impresa con carattere di abitualità e prevalenza da parte dei familiari coadiuvanti.

La risposta positiva ad entrambi i quesiti fornita dal primo giudice merita conferma.

Innanzitutto, con deduzione tratta dal notorio, si deve rilevare che nell'ambito delle farmacie, accanto all'attività protetta del farmacista, esercitabile solo da soggetti muniti di apposito titolo ed iscritti all'albo e diretta alla produzione di galenici e alla vendita di terapeutici, si è andata sviluppando, negli ultimi decenni, un'attività commerciale finalizzata alla vendita di articoli "da banco" o non sanitari in senso stretto.

Tale evoluzione commerciale ha trovato riscontro anche nella regolamentazione legislativa, dal momento che il D. Lgs. 31.3.1998 n. 114. titolato "Riforma della disciplina relativa al settore commercio", all'art. 4, comma 2°, prevede la non applicazione delle norme dello stesso decreto "a) ai farmacisti e ai direttori di farmacia delle quali i comuni assumono l'impianto e l'esercizio ai sensi della legge 2 aprile 1968. n. 475. e successive modificazioni, e della legge 8 novembre 1991 n. 362, e successive modificazioni, qualora vendano esclusivamente prodotti farmaceutici, specialità medicinali, dispositivi medici e presidi medico – chirurgici".

Se ne ricava, a contrario, che il complesso normativo che disciplina il settore del commercio è applicabile nei casi, divenuti ormai non solo maggioritari, ma generalizzati, in cui la vendita di prodotti farmaceutici si accompagni alla commercializzazione di altri prodotti.

Inoltre l'attività di farmacia è soggetta, per pacifica giurisprudenza amministrativa, a concessione, mentre la parallela attività commerciale è soggetta alla disciplina del commercio con i relativi titoli autorizzativi.

Infine anche il farmacista, come qualsiasi imprenditore commerciale, può essere soggetto a fallimento, tanto è vero che l'art. 113 r.d. 27.7.1934 n. 1265 prevede la decadenza dall'autorizzazione all'esercizio di una farmacia per il caso di dichiarazione di fallimento dell'autorizzato; peraltro non è escluso che la stessa attività professionale di farmacia sia svolta in forma imprenditoriale, considerato che le farmacie possono essere gestite in forma di snc e di cooperative a r.l. e che, nel caso di specie la gestione avviene in forma di impresa familiare, anch'essa soggetta a fallimento.

Acclarato dunque che l'attività delle farmacie, secondo le modalità di vendita ormai diffuse e generalizzate e sulla base del quadro normativo, rientra a pieno titolo nell'ambito dell'impresa commerciale, occorre annotare che nel caso di specie tale configurazione è confermata dai dati concreti accertati in sede ispettiva.

Infatti i verbali di accertamento danno atto che le farmacie - imprese individuali sono iscritte alla Camera di Commercio territoriale ed hanno iniziato l'attività di farmacia - commercio al minuto di generi annessi con autorizzazione comunale per i generi compresi in apposita tabella.

A fronte del quadro normativo e probatorio sin qui delineato si configurava a carico degli appellanti l'onere di fornire elementi di prova intesi ad escludere in tutto o in parte l'attività commerciale svolta nell'ambito della farmacia.

Tale onere non è stato assolto, dal momento che in primo grado e ancora nell'atto d'appello si è unicamente insistito sulla natura professionale dell'attività del farmacista: il dato è incontestabile ma insufficiente a confutare le valutazioni di causa, dal momento che ciò che si sostiene è che la qualità di imprenditore commerciale del farmacista si accompagni a quella strettamente professionale e determini, come si vedrà di seguito, le conseguenze in ordine alla posizione previdenziale dei coadiuvanti.

Venendo dunque ad esaminare l'altro requisito relativo all'obbligatorietà dell'iscrizione assicurativa dei familiari collaboratori, e cioé la loro partecipazione al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza, le valutazioni del primo giudice meritano parimenti conferma.

In proposito gli appellanti lamentano che, accogliendo le determinazioni del verbale ispettivo, il primo giudice abbia operato una equiparazione non consentita tra la disciplina giuridica dell'impresa familiare (forma adottata per la gestione della farmacia) e la disciplina normativa che regola l'iscrizione nella gestione commercianti dei familiari coadiutori.

Ma a ben vedere, gli ispettori hanno utilizzato la documentazione relativa alla costituzione di impresa familiare al solo fine di sostenere, sul piano probatorio, il requisito del lavoro abituale e prevalente previsto dalle disposizioni previdenziali.

In specifico, nell'atto di costituzione di impresa familiare, acquisito in giudizio, le parti contraenti (titolare dell'impresa e coadiuvante) hanno esplicitamente dichiarato che all'attività di impresa "collabora in forma continuativa e prevalente" il familiare indicato nello stesso atto, ottenendone una determinata percentuale di partecipazione agli utili.

Tale dichiarazione, che non ha carattere meramente formale, ma che indica le concrete modalità di partecipazione del familiare all'impresa (occorre rilevare che l'impresa familiare nasce sul piano concreto socio-giuridico e solo eventualmente può avere una consacrazione formale come è avvenuto nel caso di specie), non ha trovato alcuna smentita nel corso del giudizio, dal momento che gli appellanti non hanno mai fatto riferimento al carattere simulato della pattuizione o comunque all'esclusione, sul piano concreto, dell'apporto collaborativo dei familiari indicati nell'atto.

E' pur vero che il concetto di collaborazione continuativa (prevista per l'impresa familiare) è parzialmente diverso da quello della partecipazione con carattere di abitualità e prevalenza previsto dalla normativa previdenziale; ma anche in ordine a tale profilo gli appellanti avevano l'onere di fornire precise controdeduzioni, mentre di ciò non vi e traccia negli atti introduttivi.

Per quanto attiene alle ulteriori deduzioni degli appellanti riferite alla tipologia dell'attività prestata dai collaboratori, è irrilevante che gli stessi si occupino direttamente della vendita, ovvero siano impegnati in attività di carattere accessorio (amministrazione, contabilità ecc); è infatti evidente che si ha partecipazione all'attività che si svolge nell'impresa commerciale sulla base di qualsiasi prestazione che contribuisca a realizzare le finalità aziendali, senza distinzioni fra diretta attività di vendita e attività accessorie.

Rimane infine da esaminare la tematica inerente il rapporto fra la posizione previdenziale del titolare farmacista e quella dei familiari collaboratori; come si è precisato in premessa, l'Istituto, pur non avanzando alcuna pretesa nei confronti del titolare dell'impresa (che, come professionista, è iscritto all'ente previdenziale dei farmacisti ENPAF ed in favore dello stesso versa i contributi) richiede un'iscrizione "virtuale" degli stessi negli elenchi degli esercenti attività commerciale, per consentire la copertura previdenziale nella stessa gestione del familiare collaboratore.

Ora, a parte i dubbi circa l'interesse degli appellanti a sollevare tale questione, occorre precisare che la normativa esaminata non contempla alcuna iscrizione 'virtuale' e non prevede alcun necessario collegamento fra l'iscrizione del titolare e quella dei coadiuvanti: in particolare l'art. 1. lett. a) della legge 1397/60 pone l'obbligo di iscrizione nei confronti dei titolari ovvero dei familiari coadiutori, utilizzando una disgiuntiva che individua due distinte categorie; d'altra parte l'art. 10 della legge n. 613/66, pur prevedendo che il titolare dell'impresa commerciale sia tenuto al pagamento dei contributi anche per i familiari coadiutori assicurati, fa salvo il diritto di rivalsa nei loro confronti, individuando sostanzialmente una duplicità di obbligazioni ed una separazione fra la posizione del titolare e quella dei collaboratori. Occorre rilevare in proposito che nell'ordinanza del Tribunale di Torino che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, il giudice remittente aveva prospettato le censura sul presupposto di un'interpretazione che individuava il necessario collegamento fra l'iscrizione del titolare (nella gestione commercianti) e quelle dei coadiutori; la decisione di manifesta infondatezza adottata dalla Corte, che motiva un esame carente del complesso normativo da parte del remittente, indica esplicitamente, fra le norme trascurate, proprio l'art. 10 della legge 613/66.

L'autonomia fra la posizione assicurativa del titolare farmacista e quella del collaboratore si ricava anche dalla giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto che "La can-

cellazione retroattiva degli elenchi degli esercenti attività commerciali, che ha efficacia costitutiva al fine di escludere la sussistenza dei presupposti necessari per fruire delle posizioni assicurative, non produce la caducazione automatica dell'iscrizione negli stessi elenchi del familiare coadiutore, avuto riguardo all'autonomia della posizione assicurativa di quest'ultimo" (cfr. Cass. 14.5.2003 n. 7473).

Per tutte le considerazioni esposte l'appello va respinto.

La novità e complessità delle questioni trattate comporta la compensazione delle spese del grado.

(Omissis)

_____

(1) Conf. Corte di Appello di Torino n. 361/2008, in q. Riv., 2009, pag. 178

Contributi - Sgravi concessi per contratti di formazione lavoro a titolo di aiuto di Stato illegittimo - Prescrizione - Termine decennale
Contributi - Sgravi concessi per contratti di formazione lavoro a titolo di aiuto di Stato illegittimo - Onere probatorio - Datore di lavoro

Corte di Appello di Cagliari, Sez. dist. di Sassari - 16.04.2009 n. 163 - Pres. Sena - Rel. Soro - INPS (Avv.ti Sotgia, Marras) - G.I.R. s.r.l. (Avv. Cuccaru)

Il termine di prescrizione per il recupero da parte dello Stato italiano, per il tramite dell'INPS, degli sgravi contributivi concessi a seguito di stipula contratti di formazione e lavoro - sgravi ritenuti aiuti di Stato dalla Commissione della Comunità europea -, in mancanza di una disciplina specifica nell'ordinamento italiano, è quello ordinario decennale previsto dal codice civile.
Il datore di lavoro che, nonostante la decisione della Commissione europea dell'11 maggio 1999, intenda fruire degli sgravi contributivi concessi dalla legislazione italiana per la stipula di contratti di formazione lavoro, deve dare la prova per ciascun contratto stipulato dei requisiti previsti dalla Commissione nella sua decisione.

FATTO - INPS appella la sentenza del Tribunale di Sassari che, accogliendo il ricorso della società G. I. R., ha annullato la cartella esattoriale da questa opposta.

Sostiene che la pronuncia è errata.

Premette la regolamentazione normativa della CE con riferimento agli aiuti di Stato alle imprese, le procedure che vanno seguite e il contenuto della decisione adottata

dalla Commissione Europea, confermata dalla Corte di Giustizia, con riferimento agli sgravi contributivi concessi dallo Stato italiano, con diverse leggi, sia con riferimento ai contratti di formazione e lavoro che alla loro stabilizzazione, il tenore delle decisioni sia della Corte di Giustizia che della Corte di Cassazione relativamente all'obbligo, non solo di ottemperanza, per lo Stato membro, ma anche di immediata attivazione e recupero degli aiuti pubblici dichiarati illegittimi.

Espone che l'oggetto della controversia era il riconoscimento del diritto in capo alla società opponente, di fruire degli sgravi contributivi, come riconosciuti da una serie di norme nazionali, in favore di datori di lavoro che avessero stipulato contratti di formazione e lavoro, successivamente trasformati in contratti a tempo indeterminato, con una riduzione della contribuzione ordinaria per quei datori di lavoro e che la domanda era stata accolta sulla scorta di un mancato assolvimento, da parte dell'Istituto, dell'onere probatorio. Riferisce che aveva sostenuto, il Tribunale, che essendo INPS attore in senso sostanziale, poiché la opposizione a cartella è assimilabile a quella a decreto ingiuntivo, i fatti costitutivi dell'indebito, da questo dovevano essere provati. Aveva anche affermato che anche nel settore previdenziale si applicano le regole ordinarie, dunque chi agisce in giudizio per la ripetizione di un pagamento non dovuto, colui che perciò si afferma creditore, ha l'onere di provare i fatti costitutivi della sua pretesa.

Detta affermazione era evidente frutto di un errore, infatti l'ente non agiva per il recupero di quanto indebitamente versato, ma i datori di lavoro avevano corrisposto i contributi dovuti in misura inferiore a quella dovuta e l'ente agiva per il recupero di somme mai pagate. Rilevava ancora l'appellante come inesatta fosse la affermazione che tale regola non era derogata in materia previdenziale o in virtù di decisioni della CE e dunque che sull'Istituto gravasse l'onere di provare la assenza delle condizioni oggettive o soggettive che conferiscono carattere indebito alla erogazione.

La giurisprudenza aveva però sempre sostenuto che il diritto allo sgravio si configura come una deroga al principio generale dell'obbligo contributivo, in virtù del quale l'INPS può limitarsi a dedurre l'inadempimento e il debitore deve invece dimostrare o di essere adempiente o il possesso dei requisiti di legge per andare esente dall'obbligo.

Esponeva ancora che qualunque società, per poter usufruire degli sgravi, compensa mensilmente il beneficio (di fatto versando una somma inferiore a quella della contribuzione intera) con la contribuzione ordinaria, senza alcuna autorizzazione dall'ente, contabilmente la operazione è esposta nelle denunce mensili, ove il datore di lavoro riporta il numero dei dipendenti per i quali fruisce dello sgravio e il codice di riferimento di questo, l'ente, mese per mese, conosce quale è il numero dei lavoratori per i quali si usufruisce dello sgravio e di quale tipo esso sia, il contribuente non è tenuto al deposito di nessuna documentazione e INPS ha solo un potere eventuale di verifica e controllo, da espletare o con accessi ispettivi o chiedendo al contribuente la produzione di documentazione che provi il diritto ad usufruire dello sgravio, se non ottempera l'ente può agire per il recupero della contribuzione ordinaria.

Nel caso in discussione nessuna documentazione era stata prodotta, l'Istituto per quanto sopra riferito non aveva alcunché, ad eccezione dei DM.

Si costituiva la società appellata per sostenere che correttamente il giudice di primo

grado aveva evidenziato che le agevolazioni contributive sono indebite solo se non sussistono le condizioni di cui alla decisione del maggio 99 e i fatti costitutivi dell'indebito contributivo devono essere provati dall'Istituto, che avrebbe perciò dovuto dimostrare la assenza dei presupposti necessari per potere legittimamente beneficiare dei benefici, mentre invece, con la cartella opposta, aveva indiscriminatamente preteso tutte le agevolazioni contributive fruite nel corso degli anni, come ammesso dallo stesso, senza perciò svolgere gli accertamenti ritenuti necessari dalla decisione della stessa Corte di Giustizia. L'onere della prova, secondo i principi generali, era a carico del preteso creditore e l'unico titolo sul quale INPS aveva fondato la sua pretesa era costituito dalla decisione della CE.

Né tali regole erano derogate dal D.L. 58, convertito nella L 101, che presupponeva già effettuate le necessarie verifiche amministrative e aveva il solo scopo di accelerare la definizione dei procedimenti. Riproponeva poi tutte le eccezioni già opposte in primo grado, ovvero violazione degli artt. 24 e 25 del D.Lgs 46 del 99, la impossibilità di incidenza diretta su diritti soggettivi di singoli riconosciuti da leggi nazionali con atti amministrativi, che essendo unico destinatario della decisione del maggio 99 lo Stato, solo tramite una legge potevano modificarsi le situazioni, rilevava che non vi era motivazione, dunque la cartella era nulla, che deve trovare applicazione il principio del legittimo affidamento e vi erano delle circostanze eccezionali da tenere in conto, ovvero leggi generali dello Stato, mai abrogate o modificate, e che al momento della loro emanazione non confliggevano con alcun principio comunitario, nemmeno in via indiziaria, vi era inoltre da rispettare il principio della certezza giuridica che nel caso in discussione veniva meno per atto amministrativo, affidamento che era rimasto fino alla pronuncia della Corte di Giustizia, che quanto meno doveva essere riconosciuto fino alla pubblicazione della decisione della Commissione, ovvero febbraio 2000. L'affidamento non poteva essere escluso dalla comunicazione del 1983 che non aveva riguardato la specifica materia, né vi era stata la comunicazione dalla Commissione ai potenziali beneficiari e la società ignorava che lo Stato avesse notificato il progetto ex art. 99 del Trattato, il credito era comunque prescritto, afferendo al periodo compreso tra il 1996 e il 2001, posto che il primo atto interruttivo era dell'agosto 2005 e altro del febbraio 2007.

Tra l'altro numerose volte la Corte di Giustizia aveva affermato il principio che il recupero si attua applicando la legislazione nazionale e deve avvenire in modo non discriminatorio e che i privati ben possono sollevare eccezioni, quali la prescrizione, come regolamentata dal diritto nazionale per limitare o bloccare le azioni di recupero di sgravi indebito almeno a condizione che il termine non sia troppo breve, con valutazione ex ante, e quello di cinque anni, previsto dalla l. 335, trattandosi di una parziale omissione contributiva, non poteva certo essere considerato troppo breve, e il termine di dieci anni previsto dall'art. 15 del Trattato, riguarda invece i rapporti tra Commissione e Stato membro e non trova applicazione ai beneficiari degli aiuti.

Infine occorreva tener conto di quella parte della decisione che aveva stabilito che non erano idonei a falsare la concorrenza gli aiuti "de minimis", ovvero quelli che non superavano il limite di 100.000 euro in un periodo di tre anni, non dovendosi computare in tale limite la riduzione base del 25% che trova uniforme applicazione, somma che

andava comunque detratta dall'intero, la pretesa di INPS non aveva né di ciò tenuto conto, né del rimborso dei costi sostenuti per lo svolgimento della formazione, che comprendeva sia la minor durata della prestazione che l'onere effettivo per il compimento dell'obbligo di formazione e degli oneri fiscali versati sugli aiuti.

La causa era decisa in data odierna.

DIRITTO - Ritiene la Corte l'appello fondato.

Contesta l'Ente appellante la decisione del Tribunale che, dopo aver sostanzialmente affermato che la società appellata non aveva diritto agli sgravi contributivi applicati, equiparando il giudizio a quello di opposizione a decreto ingiuntivo, laddove il preteso creditore è onerato della prova, ha accolto la opposizione alla cartella impugnata, perché il creditore non aveva fornito prova dell'indebito.

Non concorda la Corte con tale ricostruzione sistematica, invero essendo stato più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità l'esatto contrario.

Il principio è che allorquando INPS agisce per il pagamento della obbligazione contributiva, sul cui ammontare dell'intero non vi è contestazione (e qui non vi è, atteso che i conteggi e la determinazione del dovuto discendono direttamente dalle denunce mensili predisposte dall'appellato, con l'indicazione del tipo di sgravio, dunque della percentuale di detrazione dall'intero, numero dei lavoratori e codice di riferimento della agevolazione, dunque pacifico è che l'impresa abbia applicato in suo favore gli sgravi nelle sue denunce indicati e facilmente identificabile è la somma che sarebbe dovuta quale contribuzione intera, in assenza della agevolazione contributiva), occorre accertare la sussistenza o meno del diritto allo sgravio ed è dunque la azienda che invoca l'indicato diritto a dovere dare dimostrazione che ne ricorrono i presupposti. Ma parte appellata su ciò neppure solleva contestazioni, dunque è pacifico tra le parti che la contribuzione intera avrebbe dovuto essere quella che INPS pretende, infatti la contestazione riguarda unicamente il "modus". In particolare si afferma che l'Istituto previdenziale, con la cartella opposta, ha domandato tutti indistintamente gli sgravi beneficiati nel corso degli anni, senza preventivamente accertare quali fossero rimasti compatibili con la regolamentazione europea.

D'altronde si tratta di una regola generale, sempre in materia di opposizione a cartella esattoriale, laddove non venga in contestazione l'argomento della esistenza dei rapporti di lavoro subordinato o, ad esempio, del corretto inquadramento del contribuente, la contribuzione va pagata con la commisurazione prevista, laddove esista una agevolazione, subordinata a determinati requisiti, è la parte che pretende di beneficiarne che deve provare la sussistenza dei presupposti cui la norma subordina il beneficio, regola che non cambia anche laddove i presupposti o i requisiti, invece che derivare dalla norma interna sono derivati da una decisione della CE. L'onere probatorio a carico di INPS non altro poteva essere se non che l'appellato ha versato una contribuzione inferiore a quella ordinaria per un certo numero di lavoratori e nel concorso di una serie di presupposti, che sono quelli a suo tempo identificati dalla legislazione nazionale, dunque è stato il contribuente stesso che attraverso i DM confessa di essersi applicato e di avere beneficiato degli sgravi, sgravi disciplinati da regole diverse da quelle successivamente identificate

dalla CE (lo indica il codice di riferimento dello sgravio), e dunque non conformi alle regole di cui tener conto, se vi sono delle ragioni che rendono quello stesso sgravio legittimo, a norma della disciplina stabilita in sede comunitaria, deve sostenerlo e provarlo l'impresa, che risulta essersi applicata un beneficio allo stato illegittimo. Dunque a carico dell'appellante vi è, da un lato, la prova che la regola per beneficiare dell'aiuto statale non è quella che ha fondato il beneficio goduto dall'imprenditore, dall'altro che la parte in giudizio ne ha beneficiato secondo presupposti e regole diverse da quelle che devono trovare applicazione, altro onere non pare potersi ravvisare a carico di INPS, ma sarà a carico del beneficiario la prova che il suo sgravio è legittimo anche per la regolamentazione comunitaria.

Spetta dunque alla parte appellata dare positiva dimostrazione della sussistenza delle condizioni positive alla cui esistenza conserva il diritto ad usufruire degli sgravi, nella controversia si discute difatti di "sgravi contributivi", regolamentati con diverse norme succedutesi nel tempo e che sostanzialmente comportano una notevole diminuzione del carico contributivo gravante sul datore di lavoro e vengono pacificamente identificati come aiuti pubblici all'impresa.

La Commissione europea, con la decisione 128 del 2000, ha statuito la legittimità degli aiuti "illegittimamente concessi dall'Italia" , ex leggi 863, 407, 169 e 451 a condizione che i contratti di formazione e lavoro di riferimento riguardino la creazione di nuovi posti di lavoro nei beneficiari e a favore dei lavoratori che non hanno ancora trovato impiego, come specificato dagli orientamenti comunitari in materia di aiuti all'occupazione, o alla assunzione di lavoratori che incontrano difficoltà specifiche ad inserirsi nel mercato del lavoro, cioè giovani di meno di 25 anni, di 29 se laureati, disoccupati di lunga durata, vale a dire persone disoccupate da almeno un anno e stabilito che gli aiuti concessi in situazioni diverse sono incompatibili con il mercato comune.

Ancora ha affermato che gli aiuti concessi sulla previsione della 1196, per la trasformazione di contratti di formazione e lavoro in contratti a tempo indeterminato, sono compatibili purché rispettino la condizione della creazione netta di posti di lavoro, come definiti dagli orientamenti comunitari in ordine agli aiuti all'occupazione. Il numero dei dipendenti dell'impresa è calcolato al netto dei posti che beneficiano della trasformazione e dei posti creati per mezzo di contratti a tempo determinato o che non garantiscono una certa stabilità dell'impiego. Gli altri aiuti sono incompatibili con il mercato comune. L'Italia prende i provvedimenti necessari per recuperare presso i beneficiari, gli aiuti che non soddisfano le condizioni di cui sopra, già illegittimamente concessi, il recupero ha luogo conformemente alle norme di diritto interno.

La Corte di Giustizia, nel 2002 ha respinto il ricorso dello Stato avverso la indicata decisione e la stessa Corte, nel 2004, ha stabilito che lo Stato Italiano è venuto meno agli obblighi derivati dalle indicate pronunce, al cui rispetto è obbligato, si aggiunge, in virtù della adesione alla Comunità Europea.

Ricollegando quanto appena evidenziato a quanto sopra esposto corretta è la affermazione che solo gli sgravi contributivi che hanno i requisiti indicati conservano vigenza e legittimità, gli altri sono illegittimi e che la prova della esistenza delle condizioni di legittimità deve essere fornita dal contribuente che la invochi. La difficoltà di fornire

la prova, (che comunque non si ravvisa ad esempio per la trasformazione dei contratti di formazione e lavoro in rapporti a tempo indeterminato e che solo dall'impresa può essere fornita quella dell'aumento netto dei posti di lavoro), posto che all'epoca della stipula dei contratti le indicate condizioni di legittimità non esistevano, non modifica la regola, almeno laddove se ne controverta in giudizio, d'altro canto solo le imprese sono in possesso dei dati relativi a nominativi e condizioni dei soggetti assunti con contratti di formazione e delle notizie necessarie a fornire i dati relativi alla propria occupazione, ben strano sarebbe pretendere che INPS, che tra l'altro è in possesso solo dei DM, dovesse dare la prova negativa del "non diritto".

Si è più volte affermato che la decisione della CE vincola non solo lo Stato, ma anche i giudici nazionali e in diverse occasioni la Corte di Giustizia ha affermato l'obbligo di questi di interpretare le norme di diritto interno conformemente alla esigenza di dare attuazione al diritto comunitario, eventualmente disapplicando quelle contrastanti.

Nel 2002 la Corte di Cassazione, inoltre, proprio sul tema degli aiuti di Stato, ha affermato che il giudice nazionale è vincolato alla decisione della Commissione e il contrasto tra la norma comunitaria e quella interna va superato in favore della prima. Rileva il giudice di legittimità che trovando applicazione i principi del primato e degli effetti diretti del diritto comunitario, ogni norma di diritto comunitario identificata come sovraordinata rispetto a quelle interne, prevale ed ha diretta applicabilità e va trattata come diritto nazionale e che dalla applicazione di tali principi deriva la regola che il diritto comunitario, idoneo ad avere efficacia diretta (ovvero quello che stabilisca un obbligo chiaro, preciso e incondizionato e che non preveda un potere discrezionale dello Stato membro o della Comunità sulle modalità di attuazione o di esecuzione), va giuridicamente trattato come diritto interno prevalente, e dunque la norma interna che vi contrasti, sia essa anteriore o successiva, va disapplicata dal giudice nazionale.

Sempre il giudice di legittimità, in diverse e successive sentenze, ha affermato l'efficacia diretta, nell'ordinamento italiano, della decisione del 2000 n 128, in uno con la affermazione della illegittimità delle norme interne che riconoscono riduzioni degli oneri sociali al di fuori delle ipotesi riconosciute legittime in quella decisione, per violazione del diritto comunitario sulla concorrenza, inoltre non è necessario un intervento attuativo dello Stato perché la decisione possa trovare applicazione e che essa deve prevalere su qualunque norma interna confliggente.

Nel caso in discussione non si può che prendere atto della esistenza di tutti i presupposti affinché possa parlarsi di diretta applicabilità all'interno dello Stato membro, delle regole comunitarie in materia di sgravi sui contratti di formazione e lavoro, rilevando che la decisione della CE, del maggio 99 è chiara e precisa, stabilendo in maniera rigorosa e di immediata percettibilità, i limiti entro i quali gli aiuti devono considerarsi legittimi, non vi è necessità alcuna che lo Stato emani norme per la attuazione della decisione, trattandosi di obbligo incondizionato, né che abroghi la norma nazionale che ha disciplinato la materia.

Da quanto sopra esposto e da quella parte della statuizione della CE, secondo la quale lo Stato deve ristabilire la condizione di parità tra imprese eventualmente violata con la concessione di aiuti non compatibili, (ovvio che ciò può fare in modo diretto od

avvalendosi delle istituzioni a ciò deputate come appunto INPS) deriva l'obbligo del recupero delle somme di denaro che hanno costituito la agevolazione e la debenza contributiva secondo le regole ordinarie. Il recupero avviene secondo quanto previsto dalle norme del diritto interno, ma in maniera, come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, tale, da assicurare la effettività del recupero, che solo garantisce il ripristino della situazione precedente, ovvero quella prima della concessione degli aiuti, assicurando la parità delle condizioni di mercato. Tale premessa sottende la irrilevanza di tutti quegli argomenti portati da parte appellata per "bloccare" il recupero stesso.

Premesso che con la cartella opposta l'INPS ha domandato il pagamento della differenza tra la contribuzione piena e quella ridotta che la parte ha direttamente provveduto ad applicarsi, dedotto comunque il 25% che in quanto sgravio generale è stato ritenuto compatibile con il mercato comune, maggiorato degli interessi dal momento del godimento del beneficio, secondo le poste risultanti dai DM compilati, negli anni di interesse, dalla stessa parte appellata. Incidentalmente si osserva che detta operazione non pare particolarmente complicata, nelle denunce mensili sono difatti riportati il numero dei lavoratori per i quali sono dovute le contribuzioni e la sigla di riferimento del tipo di sgravio. Si assume che la richiesta sia illegittima perché l'Istituto non ha preventivamente verificato quali, tra gli sgravi, continuano a rimanere legittimi anche dopo la pronuncia più volte indicata, nemmeno tramite un accesso ispettivo. Si ritorna alla premessa. I contributi vanno pagati in maniera piena ed integrale, laddove esistano condizioni che consentono di ottenere uno "sconto", è onere del debitore, dapprima in sede amministrativa, quindi giudiziaria, se pende una lite, provare il diritto. Dunque la pretesa del pagamento integrale della contribuzione, per gli anni di riferimento e per il numero dei lavoratori risultati dalla documentazione inviata dall'impresa, è legittima, fino a prova contraria e nessun onere ha INPS di accertamento del diritto, nessun obbligo di accertamento preliminare alla emissione di avviso bonario o di cartella esattoriale, le norme di diritto interno, sulle quali è azionato il recupero trovano applicazione entro i limiti del principio di effettività, salve le deroghe stabilite dalla stessa Corte di Giustizia.

Perciò non si può tener conto delle norme che riguardano, ad esempio, la riscossione tramite ruoli e i termini da rispettare, ed eventuali decadenze, la necessità di motivazione che, formalità proprie del solo diritto interno e che non comportano violazioni di principi sovraordinati, anche ove esistenti, se non idonee a consentire il recupero, andranno semplicemente disapplicate dal giudice nazionale. A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione, fatta propria da molti giudici nazionali, secondo la quale tali vizi, che possono rilevare esclusivamente come vizi della opposizione agli atti esecutivi, dovevano esser fatti valere nei venti giorni successivi alla notifica della cartella, diversamente la regolamentazione avviene con le forme ordinarie e sulla decadenza si osserva anche che non troverebbe applicazione il termine decadenziale in quanto si tratta di contributi dovuti prima del 2004, decadenza rilevante solo per quelli successivi.

Nemmeno ritiene il Collegio possa ostare alla effettività del recupero il principio di affidamento. Si sostiene difatti che vi sarebbe violazione di detto principio ex art 3 della Costituzione e del principio della certezza del diritto.

Ma sin dal 1995 la Commissione aveva pubblicato gli orientamenti in ordine agli

aiuti alle imprese e nel 1998 disposto l'avvio del procedimento per la verifica della conformità delle agevolazioni in materia di contratti di formazione e lavoro, riportato sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, peraltro già nel 1993 aveva informato i potenziali beneficiari della possibilità di esser tenuti alla restituzione.

Dunque correva l'obbligo, sugli imprenditori, di tenersi informati, imprenditori che sapevano o dovevano sapere che potevano essere tenuti a restituire i maggiori contributi non versati. In ogni caso un operatore economico diligente è tenuto a sapere che l'Italia opera all'interno di una comunità che è regolamentata da un trattato e che qualunque sostegno all'impresa deve passare per il vaglio positivo dell'organismo sovranazionale e se non vi è passato ben può essere illegittimo.

Vero che la Corte di Giustizia ha affermato la rilevanza del principio di affidamento, laddove vengano riportate situazioni eccezionali sulle quali l'affidamento fondava, situazioni eccezionali che da un lato possono ritenersi escluse alla luce di quanto sopra riportato e dall'altro dovevano essere provate, rigorosamente, dalla parte che invoca la assoluzione dalla pretesa, e che nulla ha dedotto o provato sul punto. La conformità alla normativa interna non costituisce, difatti, una situazione eccezionale, ancorché esistente, la agevolazione non era conforme al diritto comunitario o almeno ciò non era sicuro, appartenendo l'Italia alla Comunità Europea e comunque il procedimento di accertamento non si era positivamente concluso. Solo l'accertato avvenuto rispetto da parte dello Stato concedente delle procedure previste dal Trattato può costituire il legittimo affidamento che consente di andare esenti dall'obbligo, ma tale non è la ipotesi in discussione, il controllo è stato attivato solo successivamente alla concessione dei benefici e di ciò le imprese dovevano tener conto.

Ritiene il Collegio che anche la prescrizione non possa essere utilmente invocata, da un lato perché, al pari di altre norme puramente interne, rappresenta un ostacolo formale alla inderogabile applicazione delle decisioni della Commissione, dall'altro che il principio di effettività, stabilito dalla Corte di Giustizia, impone di non applicare, in questa ipotesi, il diritto interno laddove, questo di fatto, impedisca il recupero dell'aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e ciò derivi da una decisione definitiva della CE, infine tenuto conto del principio, proprio della legislazione interna, secondo il quale la prescrizione non può iniziare a decorrere prima che il diritto cui si riferisce possa esser fatto valere e nel caso in discussione dunque non poteva cominciare a decorrere prima del 2002, quando si è pronunciata la Corte di Giustizia.

A parte tutte le considerazioni che precedono ritiene il Collegio trovi applicazione la regolamentazione comunitaria che ha stabilito in dieci anni dalla erogazione del contributo illegittimo, (con termine sospeso dalla azione della commissione e dalla controversia dinanzi alla Corte di Giustizia, e ripartenza da zero), il lasso di tempo occorrente per il maturare della prescrizione. Dunque quantomeno dal 1998 e fino al 2002 la prescrizione era sospesa o non poteva correre, ed ha cominciato a decorrere dal 2002.

Il decennio opera anche nei confronti dei beneficiari, tenuto conto del fatto che la decorrenza iniziale è quella della concessione dell'aiuto, evidentemente da conteggiare con riferimento ad ogni singolo beneficiario, che dunque sarà diversa per ciascuno e non si riferisce perciò allo Stato, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Inoltre, osserva il Collegio, si discute di contribuzione non versata tra il 1996 e il 2001, e nel luglio 2005 INPS ha interrotto la prescrizione con l'invio di accertamento bonario mentre nel luglio 2007 è stata notificata la cartella. Se è vero, come è vero, che l'avvio della procedura ex art. 88 del Trattato sospende la prescrizione in corso alla attivazione del procedimento, nel 1998, non erano decorsi i termini di cinque anni rilevanti ex l. 335, successivamente sono stati sospesi, fino alla pronuncia della Corte di Giustizia, del 2002, sono ripartiti da zero o meglio hanno cominciato a decorrere da tale momento e nel 2005, data di messa in mora della società, né i cinque anni della 335, né i dieci della regolamentazione comunitaria erano decorsi e neppure ciò era accaduto nel luglio 2007 alla notifica della cartella.

In ordine infine alla applicazione del "de minimis" valgano le seguenti osservazioni. La appellata la costruisce come un diritto allo sconto, ovvero stabilito che la società ha usufruito di agevolazioni pubbliche tramite l'omesso pagamento integrale di somme superiori ai 100.000 euro, questa vada comunque detratta dal dovuto. Ma non è questo il senso della decisone comunitaria, infatti le imprese che hanno usufruito di sgravi in misura non eccedente la somma indicata nel triennio, rilevato che non si tratta di una somma comunque idonea ad incidere sulla concorrenza, vanno esenti dall'obbligo di restituzione, anche se hanno usufruito di sgravi non legittimi, solo quelle che hanno beneficiato di aiuti di importo superore sono tenute al pagamento integrale, pagamento che ripristina la regola violata, senza possibilità di sconto. D'altro canto se l'intento è da un lato di assicurare la conformità delle norme interne ai principi e regole comunitarie in materia di commercio, regole che non si intendono violate laddove la consistenza dell'aiuto non sia idoneo alla loro violazione e dall'altro quello di non appesantire Stato e pubbliche amministrazioni con il recupero di "aiuti" a monte ritenuti inidonei a falsare la libera concorrenza, allora è evidente che il ragionamento di parte appellata non ha fondamento alcuno.

Riassumendo per capi specifici tutto quanto precedentemente esposto in termini assai poco schematici:

a. si discute di una opposizione a cartella esattoriale emessa su istanza dell'INPS e con la quale si richiedono le differenze tra la contribuzione agevolata beneficiata dall'Istituto appellato nel periodo 86/2001, sui contratti di lavoro di formazione e lavoro stipulati o su quelli stabilizzati e quella normalmente esigibile con l'inquadramento di impresa e lavoratori dati, che viene ricavata con una banale operazione matematica resa possibile dalla lettura dei DM ove accanto al numero dei lavoratori è identificato dal datore di lavoro, il tipo di sgravio, dunque la percentuale di riduzione applicata mese per mese.
b. La operazione di recupero si è resa necessaria a seguito della pronuncia della CE , confermata dalla Corte di Giustizia che ha stabilito i presupposti che positivamente devono esistere e riguardare ciascun lavoratore per i contratti di formazione e lavoro e ciascuna impresa per le loro trasformazioni in rapporti a tempo indeterminato, benefici che l'Italia aveva concesso e le imprese beneficiato prima del'esaurimento della procedura prevista dal Trattato (invero ancor prima della sua attivazione) per asseverare la legittimità di aiuti di Stato, che sono idonei a creare squilibri in un mercato di libera concorrenza.

c. Le decisioni della CE sulla materia sono vincolanti non solo per lo Stato ma anche per i privati che ne possono essere coinvolti e il giudice nazionale deve trattarli come diritto interno prevalente, dunque disapplicare la legge nazionale eventualmente incompatibile, almeno laddove quella comunitaria sia di immediata applicabilità e tale è la materia in oggetto che detta in modo chiaro ed esaustivo i presupposti, che non necessita dell'intervento del legislatore per la sua concreta attuazione e che non offre, per essa, margini di discrezionalità né allo Stato né alla Comunità.

d. La decisione della commissione che impone il recupero delle agevolazioni nonché degli interessi dal momento della percezione sino alla restituzione è l'unico sistema che riporta alla situazione iniziale, prima dell'aiuto, e che deve essere posta in essere secondo la legislazione nazionale, dovendo comunque ispirarsi al principio della effettività e non è ostacolata nemmeno da norme interne che afferiscono al sistema di "recupero", es. formalità della cartella o decadenza solo per essa previste, eccezione di prescrizione che è stabilita, nella materia in dieci anni e che comunque non è intervenuta, atteso il principio che non può cominciare a decorrere fino a che il diritto non può essere esercitato e nel caso in discussione non poteva esserlo fino al maggio 2002, data di decisione della Corte di Giustizia.

e. Nemmeno è di ostacolo il principio dell'affidamento che non può trovare applicazione laddove sia evidente la violazione della procedura imposta dalla Comunità alla validità degli aiuti di Stato.

Trattandosi di sottrazione ad un regime ordinario, quale quello del pagamento ordinario dei contributi, la prova della sussistenza dei presupposti idonei a legittimare il beneficio deve essere data dalla parte che pretende di avvalersene e deve essere rigorosa, non potendo consistere in un elenco di nomi o date di nascita. Vero è che ai fascicoli di parte è contenuta numerosa documentazione, relativa ai contratti di formazione e lavoro, alle date di nascita degli assunti e ad elementi della azienda. Peraltro oltre ad essere mancata qualunque formale istanza in ordine al suo esame ritiene la Corte di non poterne fare alcun uso, poiché prodotta successivamente alla decadenza, ed introdotta surrettiziamente, senza alcuna autorizzazione del Giudice né consenso di controparte, per quello che poteva rilevare, insieme alle note conclusive. Le regole processuali impongono di non tenerne conto, ma stupisce non poco che INPS, dopo aver affermato di aver tentato tutte le vie bonarie per una diversa soluzione della controversia, di aver domandato invano incontri e documentazione alla società, facendo quasi intendere di non concordare con un recupero di contributi peraltro reso obbligatorio, abbia semplicemente ignorato la documentazione stessa, tralasciandone l'esame e provvedendo ad una nuova determinazione della contribuzione posto che almeno per gli infraventicinquenni lo sgravio rimane legittimo e tutto ciò dopo aver, ancora con l'atto di appello, sollecitato la parte appellata ad una definizione per vie diverse da quelle del giudizio o almeno per una verifica congiunta dei benefici da conservare, anche a prescindere dalle decadenze. Peraltro nulla vieta di provvedervi anche successivamente a questa pronuncia, poiché l'ente non è certo costretto dalle maglie procedurali, ma tra i tanti soggetti coinvolti in simili processi la attuale appellata pare esser stata l'unica che ha messo a disposizione di INPS, anche in sede amministrativa tutta la documentazione occorrente e in suo possesso.

f. La regola dei minimis non può trovare applicazione perché solo la impresa che ha goduto del beneficio in misura non eccedente i 100.000 euro nel triennio è esclusa, in partenza, dalle regole dettate in ordine agli sgravi, per le altre non vi è alcuno sconto.

g. Nessuna rilevanza ha infine, anche ove provata, la circostanza che la società operi solo all'interno della regione, trattandosi comunque di una attività commerciale all'interno della quale altre aziende, rispetto alle quali bisogna assicurare parità di condizioni, potrebbero operare e infine che nessuna previsione autorizza lo sconto di eventuali e non provate somme spese da parte appellata per la esecuzione dei contratti di formazione.

L'appello va perciò accolto e respinta la domanda introduttiva di annullamento della cartella opposta.

Tenuto conto della difficoltà della materia e della legislazione nazionale, a norma della quale l'appellato ha operato a suo tempo, si ritiene opportuno compensare le spese.

(Omissis)

Processo civile - controversia in materia di benefici contributivi - onere della prova - a carico del datore di lavoro.

Corte d'Appello di Genova - 04.05.2009 n. 2219 - Pres. Russo - Rel. Ravera - N. s.p.a. (Avv. Sorda) - INPS-SCCI (Avv. Capurso) - Equitalia Polis

Qualora oggetto della controversia non sia l'an dell'obbligazione contributiva ma il quantum, come nel caso in cui l'opponente eccepisca di doversi applicare il regime contributivo agevolato delle trasferte e dei rimborsi, all'INPS è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'obbligazione, gravando sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento, e quindi di avere legittimamente accesso ai benefici contributivi spettanti in casi di trasferta o di rimborso per spese di viaggio.

FATTO - Con ricorso depositato il 17.6.2008 N. spa proponeva appello avverso sentenza del Tribunale di Genova che aveva accolto solo in parte l'opposizione a cartella esattoriale con cui Equitalia spa, nella qualità di Concessionario del servizio nazionale di riscossione per la Provincia di Genova, aveva intimato a N. spa di pagare all'INPS di Genova, la somma di € 68.974,42 a titolo di contributi previdenziali e sanzioni.

La cartella traeva origine da un accertamento ispettivo del 26.5.2000 compiuto in

Massa Carrara, presso la sede secondaria della società, accertamento all'esito del quale venivano rilevate le irregolarità indicate nel relativo verbale ed afferenti, per quanto riguarda il presente giudizio, il periodo dal maggio 1995 a tutto il 1996.

Il tribunale ha ritenuto fondate le contestazioni evidenziate dagli Ispettori (crediti contributivi la cui prova il tribunale ha ritenuto fondata sulla base del verbale ispettivo) accogliendo l'opposizione solamente per quanto riguarda il mese di agosto 2000 perché relativamente a tale periodo l'INPS nulla aveva dedotto in ordine alla propria pretesa.

L'appellante ritiene erronea la sentenza per l'erronea ed illegittima valutazione del valore certificativo e probatorio assegnato al verbale ispettivo contestando poi nel merito la pretesa dell'Istituto.

Si è costituito l'INPS che ritiene corretta la sentenza ed ha eccepito l'inammissibilità dell'appello per mancata specificità dei motivi e svolge appello incidentale in ordine al periodo contributivo relativo al mese di agosto 2000 ritenendo che nessuna contestazione sul punto era stata svolta dall'opponente.

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 principale è infondato mentre merita accoglimento l'appello incidentale.

La tesi oggetto del gravame si può riassumere nella doglianza relativa alla mancata prova da parte dell'Istituto previdenziale della sussistenza del credito contributivo. La tesi difensiva dell'appellante si fonda sulla consolidata giurisprudenza della Suprema Corte che vuole attore sostanziale l'ente convenuto in giudizio in sede di opposizione a decreto ingiuntivo (a cui è da equiparare l'opposizione alla iscrizione a ruolo) e che afferma l'efficacia probatoria dei verbali ispettivi, che farebbero fede fino a querela di falso, solo per i fatti accaduti in presenza degli ispettori.

Peraltro, come correttamente rilevato dall'INPS, il verbale ispettivo ha registrato anche altre circostanze (le dichiarazioni dei lavoratori) che possono essere vinte solo da una prova contraria che nel caso in esame non risulta. Non a caso il tribunale ha rilevato che <a fronte di tali precise contestazioni (quelle contenute nel verbale ispettivo, ndr) l'azienda ha assunto una difesa troppo generica, eccependo in modo apodittico di non aver commesso alcuna irregolarità e senza dimostrare la erroneità degli accertamenti ispettivi>.

Il Tribunale ha quindi elencato le circostanze fattuali evidenziate dagli Ispettori (da intendersi di seguito ritrascritte) e su tale punto anche in questo grado di appello l'appellante si è limitato a riproporre generici motivi di gravame riportando ampi passi del ricorso di primo grado (si veda ad esempio da pag. 6 a pag. 8 atto di appello).

Ma ciò che convince ulteriormente dell'infondatezza dell'atto di appello, e più in generale della infondatezza della opposizione alla cartella esattoriale, è che, come rilevato dall'INPS, oggetto della controversia non è l'an della prestazione di lavoro che costituisce il presupposto dell'obbligazione contributiva, bensì il quantum della stessa, perché <fermo restando l'obbligo contributivo - la società ricorrente ritiene di avere legittimamente accesso ai benefici contributivi spettanti in casi di trasferta o di rimborso per spese di viaggio>. Ed allora riguardando l'opposizione non la legittimità della

pretesa contributiva ma la legittimità del beneficio contributivo invocato, l'onere della prova spetta non all'INPS ma alla Società opponente. In altre parole, anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento (pagamento dei contributi in misura inferiore al dovuto) al creditore, cioè all'INPS, è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, gravando sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

La rigorosa prova della conformità alle norme delle trasferte effettuate non è stata data e quindi l'iscrizione a ruolo deve essere confermata.

In particolare i motivi esposti dal tribunale e confermativi di quanto accertato dal tribunale neppure hanno costituito oggetto di specifica doglianza atta a contrastare le circostanze fattuali espresse dal primo giudice. Sul punto l'appello è del tutto generico e ripetitivo di quanto già esposto nel ricorso di primo grado non sostanziandosi in quella specificità richiesta dalla vigente normativa.

Merita invece accoglimento l'appello incidentale proposto dall'INPS perché in effetti il credito contributivo relativo all'anno 2000 non risulta per nulla contestato nell'atto di opposizione alla cartella esattoriale sicché per effetto del principio di non contestazione l'INPS nulla doveva al riguardo provare (in sostanza nulla dicendo l'opposizione sull'anno 2000 sul punto si è verificata la decadenza dall'impugnazione e quindi tale questione non poteva essere esaminata dal primo giudice).

Per le sovraesposte ragioni pertanto la cartella deve trovare conferma e l'opposizione ad essa deve essere rigettata.

Le spese del grado nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

Processo civile - Dichiarazioni rese dal datore di lavoro agli ispettori - Natura confessoria

Lavoro (Rapporto di) - Collaborazione coordinata e continuativa - Lavoro occasionale - Superamento del limite di trenta giorni - Qualificazione del rapporto come di lavoro subordinato

Corte d'Appello di Genova - 17.06.2009 n. 297 - Pres. e Rel. Haupt - L.S. bar trattoria sas (Avv. Bennati) - INPS-SCCI (Avv. Capurso)

1. La dichiarazione rilasciata dal datore di lavoro all'ispettore ha natura confessoria, sicché il fatto deve ritenersi provato.

2. Non può essere considerato di lavoro occasionale - superando il termine di trenta giorni annuali - il contratto di collaborazione che prevede un'attività di

circa due giorni alla settimana. Ne consegue che, in mancanza di progetto, il rapporto deve essere qualificato come di lavoro subordinato.

FATTO - L'appellante ha impugnato la sentenza del Tribunale di Genova con la quale è stata riconosciuta la legittimità della cartella e del ruolo relativi al recupero dei contributi omessi, con riguardo al lavoratore L.T., nipote della socia accomandataria, quali accertati come dovuti a seguito della visita ispettiva condotta da personale della DPL il 13/9/1996. E' stato allora accertato che il predetto lavoratore era formalmente inquadrato come prestatore di lavoro occasionale (art. 61 comma 2° d. lgs. 276/2003), ma, dalle informazione assunte è risultato che le giornate lavorate nel corso dell'anno erano superiori a 30, talché quella fattispecie non poteva ritenersi integrata e quindi, neppure potendosi configurare un'ipotesi di collaborazione continuativa a progetto, il rapporto doveva considerarsi subordinato, con ogni conseguenza in ordine alla contribuzione dovuta.

Con il primo motivo di appello si censura la sentenza per avere ritenuto provato che il T. abbia lavorato continuativamente dal dicembre 2005 al giugno 2006, e quindi per oltre 30 giorni; dette circostanze sono state infatti contestate dall'attrice in opposizione, deducendo sul punto istanze istruttorie, seppure senza inversione dell'onere della prova.

Con il secondo motivo la sentenza viene criticata per avere escluso la riconducibilità del rapporto intercorso con il T. all'ipotesi prevista dall'art. 61 comma 2° d lgs. 276/2003.

INPS e SCCI hanno resistito all'impugnazione, rilevando come dalle dichiarazione assunte in sede ispettiva, che neppure la ricorrente ha contestato nella loro genuinità e che la stessa ha richiamato nelle proprie difese, emerga il superamento del limite di 30 giornate e l'impossibilità quindi di inquadrare la fattispecie nel secondo comma dell'art. 61 d. lgs. 276/2003 (c.d. mini co.co.co.); e comunque la tipologia del lavoro svolto (cameriere) esclude che esso sia riconducibile ad alcuna ipotesi di lavoro autonomo.

All'udienza del 3 aprile 2009 i difensori delle parti hanno illustrato le loro difese e, all'esito la Corte ha pronunciato sentenza dando lettura del dispositivo.

DIRITTO - L'appello non è fondato.

E' in atti, infatti, la dichiarazione resa dalla sig.ra A.P., amministratrice della società appellante, all'ispettore della DPL, la quale riconosce che il nipote L.T. veniva impiegato quale cameriere mediamente due volte la settimana.

Tale dichiarazione ha natura confessoria e il fatto pertanto deve ritenersi provato.

Il periodo in contestazione è di sette mesi, per due dei quali l'opponente e odierna appellante deduce che il T. non avrebbe lavorato perché fuori Italia.

Ma anche assumendo come effettivamente lavorati solo cinque mesi, non di meno il rapporto non poteva essere ascritto all'ipotesi prevista dall'art. 61 comma secondo del d. lgs. 276/2003, il quale considera prestazioni occasionali solo quelle di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare.

Nella specie il rapporto aveva una previsione di durata almeno annuale, come rico-

nosciuto dalla stessa P. la quale ha dichiarato che il T. veniva retribuito regolarmente tutti i fine settimana e che avrebbe rilasciato fattura a fine anno.

Il rapporto pertanto prevedeva prestazioni per oltre trenta giornate e non rientrava perciò nella fattispecie del lavoro occasionale.

Da ciò deriva che la disciplina del rapporto deve essere reperita nel comma 1° del citato art. 61, e nell'art. 69 della stessa legge, in forza del quale *"I rapporti di collaborazione coordinata* e *continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto"*.

Nella specie, l'inquadramento del T. come lavoratore occasionale, presuppone che le modalità della prestazione fosse quella della collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale; ed essendo inoltre pacifico che tra le parti non è avvenuta alcuna definizione di un progetto specifico cui rapportare detta collaborazione, e comunque nella necessaria forma scritta, ne consegue che, in forza della norma richiamata, il rapporto deve essere qualificato come di lavoro subordinato.

La sentenza impugnata merita pertanto integrale conferma.

Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

(Omissis)

Contributi - Prescrizione - Azione di condanna del datore di lavoro alla costituzione della rendita vitalizia - Prescrizione - Termine di dieci anni decorrente dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS

Corte d'Appello di Genova - 05.05.2009 n. 245 - Pres. Haupt - Rel. Ravera - A.L. (Avv.ti Alunni, Pagliettini) - INPS (Avv. Capurso) - F. spa (Avv. Bosio)

L'azione diretta alla condanna del datore di lavoro alla costituzione della rendita vitalizia per intervenuta prescrizione dei contributi previdenziali è anch'essa soggetta a prescrizione, di dieci anni, decorrente dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS

FATTO - Con ricorso depositato il 20 luglio 2007 il signor A.L. conveniva in giudizio dinnanzi al tribunale del lavoro di Genova la F. e l'INPS promuovendo azione di regolarizzazione contributiva nei confronti di F., allegando il mancato versamento della

contribuzione relativa ad alcune indennità percepite durante il rapporto di lavoro (indennità sede estera per trasferte effettuate in Baharain, Iran, Venezuela e Libia). In subordine chiedeva la condanna del datore di lavoro F. alla costituzione della rendita vitalizia ovvero in via ulteriormente subordinata il risarcimento del danno ex art. 2116 c.c..

Si costituivano in giudizio F. spa, e l'INPS che in via preliminare eccepivano la prescrizione delle domande azionate.

Il Tribunale di Genova rigettava le domande per intervenuta prescrizione e comunque per infondatezza nel merito perché il datore di lavoro all'epoca delle trasferte era tenuto a versare la contribuzione non sulla retribuzione effettiva ma su quella convenzionale.

Avverso la sentenza ha proposto appello il signor A. che ritiene errata la sentenza sia in ordine alla dichiarata prescrizione sia a quanto statuito in ordine al merito.

F. ed INPS si sono costituiti in giudizio ed hanno chiesto la conferma dell'impugnata sentenza.

All'odierna udienza i difensori delle parti illustravano le rispettive difese e la Corte pronunciava la presente sentenza dando lettura del dispositivo.

DIRITTO - L'appello è infondato.

Il ricorrente ha proposto tre domande (in stretto subordine tra loro):

a) di regolarizzazione contributiva in relazione all'indennità sede estera percepita in occasione dei periodi lavorativi nei paesi esteri sopra indicati;
b) di costituzione della riserva matematica ex art. 13 l. 1338/62;
c) di risarcimento del danno ex art. 2116 c.c.

Il tribunale ha ritenuto prescritte tutte e tre le domande.

Preliminarmente occorre chiarire in generale per ogni tipo di azione i relativi termini prescrizionali ed i relativi possibili intrecci tra le varie azioni:

A) il credito contributivo gravante sul datore di lavoro si estingue con il decorso di cinque anni dal giorno in cui il versamento andava eseguito (art. 3 comma 9 l. 335/95): l'avvenuta prescrizione impedisce al lavoratore di esperire l'azione di regolarizzazione della posizione assicurativa perché l'ente previdenziale non può ricevere contributi prescritti;
B) l'azione risarcitoria ex art. 2116, secondo comma, cod. civ. si prescrive in dieci anni a far tempo dal momento in cui si verifica il duplice presupposto dell'inadempienza contributiva del datore di lavoro e della perdita, totale o parziale, della prestazione previdenziale o assistenziale (cfr. Cass. 26.8.2003, n. 12517);
C) il decennio estintivo dell'azione *ex* art. 13 L. 1338/1962, decorre invece dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS (Cass. 13.3.2003, n. 3756).

In concreto, verificatasi l'estinzione dei contributi, il lavoratore ha a disposizione più tempo per chiedere il risarcimento dei danni al datore di lavoro e meno tempo per domandare la costituzione della rendita vitalizia.

D'altronde, l'autonomia di tali azioni, anche se si fondano sul presupposto comune dell'omissione contributiva del datore di lavoro, le rende separatamente esperibili dal lavoratore in due distinti giudizi nei confronti dei rispettivi legittimati (Cass. 13/6/1990, n. 5742).

Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale sopra delineato occorre verificare i fatti per cui è causa e soprattutto le critiche alla sentenza di primo grado che, seppure in maniera assi sintetica, ha fatto governo dei principi di diritto sopra enunciati.

L'appellante ritiene infatti errata la sentenza perché la facoltà di costituire la rendita vitalizia sarebbe un diritto potestativo imprescrittibile e comunque il tribunale avrebbe errato nel determinare il dies a quo da cui fare decorrere la prescrizione tenuto conto che i contributi si prescrivono non in cinque anni ma in dieci anni, sicché essendo l'A. in pensione dal 31.3.1992 i dieci anni utili per il versamento dei contributi sarebbero spirati il 31.3.2002 e quindi solo da quest'ultima data poteva invocarsi l'inizio di un nuovo termine prescrizionale, per l'estinzione della domanda di costituzione della rendita vitalizia o risarcitoria ex art. 2116 c.c.; conseguentemente le domande, fondandosi sull'esistenza di crediti previdenziali prescritti, vedrebbero la relativa prescrizione maturare non prima del 31.3.2012.

Il ragionamento svolto dall'appellante non è condivisibile perché parte da un dato fattuale e normativo errato.

Infatti ai sensi dell'art. 3 l. 335/95 i contributi si prescrivono non più in 10 anni, ma in cinque anni. Lo stesso appellante del resto afferma apoditticamente la prescrizione decennale senza sviluppare alcuna critica alla sentenza (cfr. art. 342 c.p.c. sulla specificità dei motivi): sul punto, cioè sulla ritenuta prescrizione quinquennale, si è formato comunque il giudicato non essendo stato formulato apposito motivo di gravame sulla decisione del tribunale di ritenere la prescrizione quinquennale.

Comunque in assenza di atti interruttivi della prescrizione (il cui onere di prova era a carico dell'appellante) in applicazione dell'art. 3 l. 335/95 i contributi non versati nel quinquennio devono considerarsi prescritti e pertanto non sono ricevibili dall'INPS per la disposizione di legge che fa divieto all'INPS di ricevere contributi prescritti (art. 3 comma 9 l. 335/95).

Pertanto il termine prescrizionale per l'azione sub a) è ampiamente prescritto tenuto conto che comunque dal 1.1.1996 (da quando cioè la prescrizione è divenuta quinquennale) la prescrizione relativa all'ultima trasferta (in Libia dal 6.9.1990 al dicembre 1991) maturava proprio nel 1996.e la notifica del ricorso è avvenuta in data 20.7.2007.

A non diversa conclusione deve giungersi per le azioni ex art. 13 l. 1338/62 e 2116 c.c.: infatti il ricorrente è andato in pensione in data 1.4.1992 e quindi da quella data ha raggiunto l'età pensionabile con perdita del diritto o sua riduzione a causa dell'omissione contributiva, (cfr. Cass. 13997/07) e quindi la prescrizione decennale si è verificata nell'aprile 2002 prima cioè della notificazione del ricorso nel 2007.

Sostiene l'appellante che l'azione ex art. 13 l. 1362/62 sarebbe imprescrittibile e cita al riguardo precedente della Suprema Corte.

Deve al riguardo darsi atto che sussiste un contrasto nella giurisprudenza della Cassazione.

Infatti alcune pronunce ritengono la prescrizione dell'azione *ex* art. 13 L. 1338/1962 decennale (Cass. 13/3/2003, n. 3756; Cass. 4/12/1984, n. 6361), e che decorra già a partire dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS (Cass. 29/12/1999, n. 14680), potendo l'assistibile far valere il diritto da tale momento (art. 2935 cod. civ.).

La tesi sostenuta dall'appellante è invece ammessa da Cass. 19.5.2003, n. 7853(1) che configura la rendita come un diritto imprescrittibile.

Il contrasto era già stato rimesso alle Sezioni Unite, che però non si sono pronunziate, perché nella fattispecie concreta difettava la prova scritta in ordine all'esistenza del rapporto di lavoro subordinato nel periodo d'omissione contributiva (vedi Cass., Sez. Unite, 18/01/2005, n. 840).

Ritiene il Collegio di aderire alla tesi (invero prevalente) secondo cui si applica il termine ordinario di prescrizione, decorrente dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'I.N.P.S.

Occorre al riguardo precisare, come rilevato anche da autorevole dottrina, che la prescrizione operi quantomeno con riferimento ai rapporti tra lavoratore e datore di lavoro *<Nella citata ipotesi (cioè quella ex art. 13 l. 1362/62) è possibile selezionare una serie di rapporti e sottostanti interessi, precisamente:*

a) il rapporto fra datore di lavoro inadempiente e lavoratore, rapporto all'interno del quale si pone la richiesta del secondo di pagamento a carico del primo delle somme necessarie alla costituzione della rendita vitalizia;

...c) il rapporto fra lavoratore che, quale extrema ratio, provvede al pagamento delle somme richieste per la riserva matematica, e l'ente previdenziale destinatario delle stesse e, successivamente obbligato, al pagamento della rendita vitalizia.

La disaggregazione delle posizioni individuali ruotanti attorno all'istituto in esame consentono una visione più chiara della vexata quaestio in tema di prescrizione del diritto a costituzione della rendita vitalizia.

Nella prima delle ipotesi è chiaro che a una pretesa patrimoniale da parte del lavoratore corrisponde, dal lato opposto, l'interesse del datore di lavoro-debitore di non sopportare un onere economico costituito dall'esborso delle somme di denaro necessarie per la riserva matematica dell'art. 13 legge n. 1338 del 1962.

La contrapposizione di interessi economici che si riscontra porta a concludere che il diritto del lavoratore a cui fa da contraltare la posizione di soggezione del datore di lavoro non può che essere soggetto all'ordinario termine prescrizionale decennale non potendosi immaginare una soggezione «senza termine finale» del datore di lavoro ….

Si può pertanto conclusivamente affermare che:

l'eccezione di prescrizione ha una sua utilità all'interno del rapporto che vi è fra datore di lavoro e lavoratore in quanto tesa a non lasciare indefinitivamente sottoposto alla scelta discrezionale del lavoratore il datore di lavoro;

all'opposto nei confronti dell'ente previdenziale l'ordinaria prescrizione, tipica di ogni diritto, non opera per la constatazione che alcun costo economico, immediato o che possa sorgere durante il periodo in cui si eroga la prestazione pensionistica, è addossato all'INPS a causa dell'inadempimento contributivo, nel momento in cui si costituisce la rendita vitalizia ex art. 13 legge n. 1338 del 1962, avendo l'ordinamento previsto l'allocazione dei costi solo in capo ad altri e distinti soggetti a cui è discrezionalmente affidata la possibilità o meno di accedere al modello delineato dalla citata disposizione">.

In altri termini l'azione ex art. 13 l. 1338/1962 coinvolge l'obbligo di un terzo (il datore di lavoro) e quindi, per la certezza dei diritti che deve presiedere ai rapporti, tale

facoltà deve ragionevolmente esaurirsi in un lasso di tempo che assicuri proprio tale certezza: secondo i principi in tema di estinzione dei diritti, secondo il corso normale della prescrizione.

Nel caso in esame, in cui F. è stata chiamata in giudizio, perché operi il versamento della riserva matematica, il termine prescrizionale è ampiamente prescritto sia con riferimento al momento in cui i contributi andavano versati sia con eventuale riferimento al momento in cui il ricorrente è andato in pensione.

Infatti l'ultimo periodo per il quale si chiede la regolarizzazione contributiva risale al dicembre 1991 (ultima trasferta in Libia) ed il decennio è quindi ampiamente decorso prima del 2007.

Per l'azione ex art. 2116 c.c., invece la prescrizione ha cominciato a decorrere da quando il ricorrente è andato in pensione (aprile 1992) e quindi il decennio anche in questo caso è decorso prima del 2007.

Per le sovraesposte ragioni l'appello è infondato.

Comunque, per completezza, anche nel merito le domande non meritano sorte migliore.

Infatti dai contratti in atto (v. clausola 12) è espressamente indicato che il trattamento previdenziale ed assistenziale avverrà sulla base della retribuzione convenzionale.

Le spese del grado nella misura indicata in dispositivo seguono la soccombenza.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 818

Contributi - Retribuzione imponibile - Provenienza da soggetto estraneo al rapporto di lavoro - Rilevanza - Esclusione

Corte d'Appello di Genova - 29.01.2009 n. 8 - Pres. Russo - Rel. Ravera - P.G. e T.G. (Avv.ti Cassinelli, Pasinetti) - INPS (Avv.ti Fuochi, Cappiello) - A.G. (Avv.ti Morsico, Roghi)

Nella nozione di retribuzione imponibile ai fini contributivi rientrano tutte le utilità economicamente valutabili corrisposte al dipendente, anche se materialmente erogate da altro soggetto.

FATTO - G.P. e G.T. proponevano opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 1777/97 con il quale il Tribunale di Cuneo aveva ingiunto loro di pagare all'INPS la somma di 290.689.739 lire per omissioni contributive, come risultanti dal verbale di

accertamento del 19.6.1995. In tale verbale l'ente previdenziale contestava agli opponenti l'omesso versamento dei contributi assicurativi sul premio di produzione corrisposto dalla Direzione generale INA per gli anni 1981/1987 a C.B. e W.G., produttori dell'Agenzia INA di Cuneo, società di fatto, composta dai ricorrenti P. e T..

Il Tribunale con sentenza del 13.6.2000, nell'accogliere l'opposizione, dichiarava che nessuna domanda era stata proposta nei confronti del terzo chiamato INA spa e revocava il decreto ingiuntivo opposto.

La Corte di Appello di Torino dichiarava improcedibile il gravame incidentale e rigettava quello principale. Secondo la Corte i premi di produzione erogati agli agenti B. e G. non rientravano nella previsione dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, in quanto il soggetto elargitore dei premi (Direzione Generale INA) era diverso dal datore di lavoro (sdf Agenzia INA di Cuneo).

L'INPS ricorreva per cassazione e la Corte cassava la sentenza rinviando a questa Corte l'applicazione del seguente principio di diritto:

«la retribuzione imponibile ai fini previdenziali ai sensi dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969 è costituita da qualsiasi prestazione economicamente valutabile ricevuta dal lavoratore, purché sia riconducibile al rapporto di lavoro, non rilevando il fatto che la prestazione stessa sia erogata da soggetto diverso dal datore di lavoro».

La causa veniva riassunta dai soci P. e T.. INPS e Assicurazioni Generali spa si sono costituite ed hanno concluso come in atti.

Alla odierna udienza il Collegio decideva la causa come da separato dispositivo di cui veniva data pubblica lettura.

DIRITTO - II concetto di retribuzione imponibile, nel tempo, ha subito una radicale trasformazione: si è infatti passati da un concetto di retribuzione imponibile legata ad un nesso di corrispettività con la prestazione eseguita dal lavoratore (art. 12 del R.D.L. 17-6-37 n. 1048, ed artt. 1 e 2 del D.L. 1-8-45 n. 692, recepiti negli arti 27 e 28 del D.P.R. 30-5-55 n. 797), ad un concetto di retribuzione da essa sganciato. Proprio nel quadro costituzionale delineato dall'articolo 38 (principio solidaristico, "in forza del quale il datore di lavoro, in quanto soggetto che trae comunque beneficio dalla disponibilità delle energie lavorative, è chiamato a contribuire al finanziamento del sistema di sicurezza sociale") il legislatore ha accolto, con l'art. 12 della legge 30.4.1969, n. 153, un concetto omnicomprensivo di retribuzione, con ciò intendendosi "tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in danaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza del rapporto di lavoro".

Tale nozione è stata da ultimo abbandonata a seguito dell'esercizio, da parte del Governo, della delega ricevuta dal Parlamento, e della conseguente riscrittura dell'art. 12 che, come osservato dalla dottrina, ha incorporato la nozione di imponibile previdenziale in quella di imponibile fiscale (cfr. art. 6 d. lg. 2.9.1997, n. 314).

Al caso in esame è però applicabile, *ratione temporis,* l'art. 12 nella versione ante 1997, con riferimento al quale si era formato un orientamento giurisprudenziale di legittimità (puntualmente richiamato nella sentenza che ha rinviato a questa Corte, la n. 5520/01(1)), secondo il quale non rileva il fatto che la retribuzione possa essere erogata

da un soggetto diverso dal datore di lavoro, rilevando viceversa lo stretto collegamento con la prestazione lavorativa (Cass. 12.4.2001, n. 5520; Cass. 23.7.2001, n. 9995).

Il dato complessivo, nonché letterale dell'art. 12 ("tutto ciò che riceve dal datore di lavoro"), è nel senso infatti che, atteso che si collocano fuori della retribuzione (in senso per così dire "ontologico") soltanto le attribuzioni patrimoniali estranee al rapporto di lavoro, l'ordine logico-giuridico delle questioni impone di accertare innanzi tutto, per il carattere assorbente del risultato dell'indagine, se vi sia il nesso di derivazione dal rapporto di lavoro.

Del resto l'obbligo contributivo, rispondendo a ragioni di diritto pubblico, non può essere lasciato nella disponibilità del datore di lavoro, che potrebbe facilmente spogliarsene, attribuendo ad un terzo l'onere di corrispondere la retribuzione. In altre parole, la corrispettività soggettiva, non deve essere intesa in senso "soggettivo formale", cioè nel sen*so* che debbano essere materialmente erogate dal datore di lavoro, ma in senso oggettivo, cioè come somme inerenti al rapporto di lavoro subordinato.

Ecco perché l'ordine logico-giuridico impone di accertare (nel caso in esame) se i premi di produzione siano stati erogati avendo stretto collegamento con la prestazione lavorativa (v. la sentenza di rinvio pag. 6 §2 ultimo capoverso).

Non è quindi condivisibile quanto sostenuto, nella discussione orale, dalla difesa degli odierni ricorrenti in ordine al dato della non provenienza, da un punto di vista soggettivo, della retribuzione dal datore di lavoro. E ciò anche con riferimento ad un successivo pronunciamento del Supremo Collegio che avrebbe escluso, in un caso sovrapponibile a quello in esame, la natura retributiva dei premi di produzione (Cass. 17045/08).

Invero, quest'ultima pronuncia conferma, invece, quanto sinora esposto, in ordine alla riferibilità della corresponsione delle utilità economiche al datore di lavoro, laddove si afferma che "la sentenza impugnata si basa sullo stesso presupposto, perché esclude la riferibilità delle erogazioni, compiute da un soggetto diverso, al rapporto di lavoro del produttore con l'agenzia di assicurazioni". Come dire, il principio di diritto è lo stesso, differenti sono solo le conseguenze perché legate all'accertamento di fatto, che in quel caso attribuzioni economiche provenienti da un terzo non erano però state ricondotte al rapporto di lavoro.

Occorre allora, come demandato dalla sentenza di rinvio a questa Corte, verificare se le prestazioni economiche erogate dalla Direzione Generale INA ai dipendenti della INA agenzia di Cuneo, siano riconducibili o meno al rapporto di lavoro.

E' innanzitutto pacifico in causa che la Direzione generale INA ha corrisposto ai dipendenti dell'Agenzia INA di Cuneo signori B. e G. premi di produzione. E' altresì pacifico che Direzione Generale INA e Agenzia Ina di Cuneo siano soggetti giuridici del tutto distinti, ma che siano tra loro legati da un rapporto di agenzia.

Risulta peraltro che i premi di produzione siano stati erogati dalla Direzione Generale INA in ragione del rapporto di lavoro che lega i due produttori con l'Agenzia INA di Cuneo.

Giova al riguardo richiamare innanzitutto i seguenti dati documentali.

E' agli atti il Regolamento per l'assegnazione premi di produzione ai collaboratori di produzione delle Agenzie generali. L'art. 1 è del seguente tenore:

"la direzione Generale dell'INA istituisce a proprio carico e per ogni esercizio un premio di produzione per ciascuno dei collaboratori di produzione che siano in possesso di determinati requisiti. Il premio di produzione ha carattere di incentivo alla produzione delle Agenzie generali da parte della Direzione Generale ed è indipendente dalle condizioni economiche riconosciute dall'Agenzia generale al collaboratore. La liquidazione del premio di produzione ha luogo annualmente, dopo la verifica dei risultati dell'esercizio ed in quanto il collaboratore abbia realizzato le condizioni previste".

Già da questa disposizione emerge la stretta connessione tra l'erogazione del premio di produzione e l'attività lavorativa svolta dai produttori dell'agenzia generale.

Il premio è infatti costituito quale "incentivo alla produzione" e viene erogato verificando i risultati dell'esercizio e il raggiungimento delle condizioni previste.

Significativo è poi l'art. 4 che è del seguente tenore:

"*il premio di produzione viene assegnato ai singoli collaboratori delle categorie previste all'art. 2, in funzione della produzione raccolta nell'esercizio considerato separatamente per i rami individuali e per il ramo Collettive.*

Per ciascun esercizio la Direzione generale determinerà i criteri da seguire nella assegnazione e nella liquidazione dei premi di produzione".

Ancora una volta si precisa che il premio di produzione è in funzione della produzione raccolta e che verrà liquidato secondo criteri predeterminati.

Se poi si analizzano le condizioni di premiazione, ad esempio per l'anno 1980 (v. lettera circolare 29.5.1980 produzioni ricorrenti), può apprezzarsi che il premio di produzione è calcolato parte con riferimento ad una produzione base, e parte con riferimento alla produzione raggiunta sulla base di una aliquota crescente, in relazione ai livelli di produzione conseguiti rispetto alla produzione-base.

Il che vuole dire, in altri termini, che il premio viene erogato proprio con specifico riferimento ai risultati raggiunti dal produttore e quindi al suo rendimento complessivo.

Sussiste quindi quella riconducibilità delle attribuzioni patrimoniali in questione al rapporto di lavoro, perché ad esso strettamente collegato.

Non giova in senso contrario di certo la clausola n. 8 del regolamento che definisce il premio di produzione un atto di liberalità della Direzione Generale *"e pertanto non può influire in alcun modo nei rapporti esistenti fra i produttori e gli Agenti Generali, rapporti rispetto ai quali la Direzione generale dell'INA è e continua a rimanere estranea"*.

Tale clausola infatti è più che altro diretta a chiarire e prevenire rivendicazioni di un rapporto di lavoro con la Direzione Generale INA, da parte dei produttori delle Agenzie generali.

Comunque, tenuto conto che la qualificazione giuridica operata dalle parti non vincola mai il giudice (tanto più nella materia previdenziale, in quanto tale sottratta alla disponibilità dei privati, cfr. Cass. 7.6.2003, n. 9155(2)), deve farsi riferimento alla reale natura e funzione che l'elargizione economica assume. Ed al riguardo il premio di produzione non può che avere natura squisitamente retributiva, proprio perché legato al raggiungimento, da parte del produttore, di risultati di esercizio (V. art. 1 del Regolamento per i premi di produzione ai collaboratori di produzione delle Agenzie Generali, che espressamente ricollega il riconoscimento del premio ai meriti professionali dei pro-

duttori e lo subordina alla realizzazione delle condizioni di premiazione previste dagli stessi artt. 1 e 2 del Regolamento, cioè al conseguimento nell'anno precedente a quello di premiazione del minimo di produzione indicato dalla Direzione Generale).

Si tratta quindi di elargizioni che non hanno avuto carattere di discrezionalità (o di liberalità concessa "una tantum" e non collegata al rendimento del lavoratore o all'andamento aziendale), ma sono state invece corrisposte proprio sulla base di parametri predeterminati e nel concorso delle condizioni prestabilite dai regolamento afferenti la materia. Determinatezza, continuità e collegabilità con il complessivo rendimento del lavoratore sono le caratteristiche oggettive del premio in questione che è quindi retribuzione imponibile ex art. 12 l. 153/69 (che i premi siano stati riconosciuti per il superamento di una determinata produzione in relazione alla normale attività svolta dai due produttori per l'agenzia di Cuneo, che inseriva tali importi nel modello 101 ai fini del conguaglio delle ritenute IRPEF, risulta dal verbale di accertamento INPS del 19.6.1995, la cui efficacia probatoria non è stata incisa da alcuna prova contraria né risulta impugnato per falso).

In conclusione, nel caso in esame rileva la circostanza, del tutto pacifica, che il premio di produzione, sebbene avesse carattere di "incentivo alla produzione delle agenzie generali" (art. 1 regolamento), fosse destinato ai produttori in ragione dell'attività svolta e dei risultati da loro conseguiti in dipendenza del rapporto di lavoro che intercorreva tra essi produttori e l'Agenzia INA di Cuneo, attività e risultati strettamente collegati alla loro prestazione lavorativa, a nulla rilevando che le somme venissero erogate da un soggetto diverso dal datore di lavoro, ma a quest'ultimo comunque legato da un vincolo contrattuale (contratto di agenzia), e comunque destinatario della maggiore produttività realizzata dai dipendenti dell'Agenzia generale di Cuneo.

Sussisteva cioè un collegamento diretto, tra le elargizioni stesse, il rendimento dei lavoratori e l'andamento aziendale (cfr. Cass. 19.11.2002, n. 16305(3)), non risultando invece un titolo autonomo, diverso e distinto dal rapporto di lavoro, che ne giustificasse la corresponsione (cfr. Cass. 9.5.2002, n. 6663(4)).

Risulta quindi accertato che i lavoratori hanno ricevuto una prestazione, non rilevando il fatto che la stessa sia stata erogata da soggetto diverso dal datore di lavoro, prestazione strettamente riconducibile al rapporto di lavoro, sicché il decreto ingiuntivo è stato emesso legittimamente e deve pertanto essere confermato.

Quanto alla posizione delle Assicurazioni Generali spa, come già rilevato dal tribunale di Cuneo, (v. pag. 6) nessuna domanda è stata formulata nei suoi confronti il che esime appunto dal dovere prendere in considerazione i motivi sviluppati da quest'ultima Società nelle proprie difese.

Quanto alle spese ritiene il Collegio che, nei rapporti tra i ricorrenti e l'INPS, vadano compensate quelle di primo grado, di appello e di cassazione tenuto conto di come la vicenda processuale ha avuto svolgimento (doppia conforme di merito e annullamento da parte del Supremo Collegio). Nella misura indicata in dispositivo seguono la soccombenza per quanto riguarda questo grado di giudizio.

Quanto al rapporto tra i ricorrenti e Assicurazioni Generali spa, terza chiamata, sebbene nei suoi confronti non risulti essere stata svolta alcuna domanda, il debito con-

tributivo risulta cagionato a seguito di elargizioni dirette ad incentivare i produttori e quindi a determinare una maggiore produttività delle Agenzie generali e maggiori premi per la mandante, che pertanto non può considerarsi del tutto estranea alla vicenda, cagionata invece da proprie determinazioni, sicché si ravvisano giusti motivi per compensare integralmente le spese del giudizio.

(Omissis)

_____

V. in q. Riv., 2001, p. 770
Idem, 2003, p. 802
Idem, idem, p. 248
Idem, 2002, p. 1059

Impiego (pubblico) – Dipendente INPS – Passaggio a seguito di mobilità da altro ente – Giudizio per differenze retributive per superiore inquadramento promosso nei soli confronti del precedente datore di lavoro dopo l'immissione nei ruoli INPS – Opponibilità del giudicato all'INPS – Esclusione.

Corte di Appello di Milano - 20.03.2009 n. 249 - Pres. Salmieri - Rel. Trogni - INPS (Avv.ti Omodei Zorini, Guerrera) - U.M. (Avv.ti Cavagna, Pozzi) – ENAC (Avv. Stato)

Poiché gli aventi causa nei cui confronti, a norma dell'art. 2909 cod. civ., fa stato l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, sono quei soggetti che, dopo la proposizione della domanda e la formazione del giudicato, sono subentrati alle parti nella titolarità delle correlative situazioni giuridiche, attive e passive, dedotte in giudizio e sulle quali incide il comando giurisdizionale passato in giudicato, non è opponibile all'INPS, neppure per efficacia "riflessa", un giudicato formatosi a seguito di un giudizio introdotto da un dipendente, dopo l'immissione nei ruoli dell'INPS a seguito di mobilità, nei soli confronti del precedente datore di lavoro ed attinente a pretese differenze retributive per acclarato diritto ad un inquadramento superiore inerenti il periodo anteriore al passaggio al nuovo Ente.

FATTO - Con ricorso depositato in data 14 luglio 2008 l'INPS ha appellato la sentenza del Tribunale di Milano n. 2776/08, notificata il 1° luglio 2008, che ha accertato il diritto di U.M. a fruire, all'atto del passaggio da ENAC all'INPS, del trattamento

economico corrispondente al superiore inquadramento al quarto livello della seconda qualifica professionale come accertato dalla sentenza n. 1535/05 del Tribunale di Milano intervenuta tra gli stessi, e ha condannato l'INPS al pagamento delle differenze retributive maturate dal 16 novembre 2002, data del passaggio alle dipendenze dell'istituto.

Il Tribunale ha ritenuto l'efficacia di giudicato esterno della sentenza con il quale veniva riconosciuto il diritto al superiore inquadramento e, richiamati i principi in tema di mobilità nel settore pubblico, ha affermato il diritto del ricorrente alla prosecuzione del rapporto di lavoro alle stesse condizioni in essere con ENAC, come accertate dalla precedente sentenza del Tribunale di Milano.

Con il primo motivo l'INPS contesta l'efficacia del giudicato esterno, rilevando che la domanda nei confronti di ENAC è stata proposta con ricorso depositato in data 18 settembre 2004, quindi oltre due anni dopo l'immissione nei ruoli dell'istituto, avvenuta il 15 novembre 2002: non essendo stato l'Istituto parte della causa, non gli è opponibile, secondo la difesa dell'Istituto, il giudicato, essendo esso soggetto estraneo al giudizio, non qualificabile come avente causa, ex art. 2909 c.c., categoria riferibile esclusivamente a coloro che assumono tale veste dopo la proposizione della domanda. D'altro canto correttamente la sentenza ha pronunciato esclusivamente sulle differenze retributive maturate nel periodo dal 18 novembre 1998 al 15 novembre 2002 e anche per questo motivo non può aver efficacia nel presente giudizio. In ogni caso il primo giudice sarebbe incorso in errore anche nell'interpretazione dell'art. 16, comma primo, della legge n. 246/05, interpretativa dell'art. 3 del D.Lgs. n. 165/2001, in applicazione del quale non possono essere opposte a distanza di anni all'Istituto cessionario pretese retributive da avanzare nei confronti del cedente, in considerazione del fatto che la procedura di mobilità volontaria prevede una serie di atti, fra i quali l'accettazione dell'istituto di destinazione, che presuppongono la cognizione della posizione di carriera dell'interessato.

Si è costituito l'appellato M. e ha resistito.

Con memoria depositata in data 23 febbraio 2009 si è costituito ENAC associandosi alle conclusioni dell'INPS.

All'udienza del 27 febbraio 2009, in esito alla discussione, la causa è stata decisa con lettura del dispositivo in udienza.

DIRITTO - L'appello dell'INPS deve essere accolto.

Va premesso che con il ricorso ex art. 414 c.p.c. U.M. ha esposto di essere dipendente dell'INPS dal 15 novembre 2002 proveniente da ENAC e che con sentenza n. 1535/2005 il Tribunale di Milano aveva accolto, nel contraddittorio con ENAC, la sua domanda di accertamento del diritto al superiore inquadramento al quarto livello della seconda qualifica professionale, con condanna di ENAC a pagare le differenze retributive dal 18 novembre 1998 al 15 novembre 2002. Allegando come titolo l'efficacia esterna del giudicato, con la presente causa M. ha chiesto l'accertamento nei confronti dell'INPS del diritto al superiore inquadramento riconosciuto dalla sentenza n. 1535/2005 del Tribunale di Milano e al trattamento economico corrispondente e la condanna dell'INPS al pagamento delle differenze retributive maturate dal 16 novembre 2002, data del passaggio alle dipendenze dell'Istituto.

Ha errato il primo giudice laddove ha riconosciuto l'efficacia nei confronti dell'INPS del giudicato intervenuto nel giudizio promosso da M. nei confronti di ENAC.

Si rileva anzitutto che la domanda introduttiva del giudizio promosso nei confronti di ENAC, conclusosi con la sentenza n. n. 1535/05, è stata proposta con ricorso depositato in data 18 settembre 2004, quindi oltre due anni dopo l'immissione nei ruoli dell'Istituto, avvenuta il 15 novembre 2002.

Questa circostanza è rilevante sotto più profili.

Anzitutto ai fini dell'interpretazione del giudicato. Correttamente nel dispositivo della sentenza n. 1535/2005 il Tribunale ha dichiarato che *"il ricorrente tra il 18.11.98 ed il 13.11.02 ha svolto attività lavorativa inquadrabile nel IV livello II qualifica professionale"* e ha condannato ENAC *"a pagare al ricorrente le relative differenze retributive oltre interessi …"*. Non vi è traccia nel dispositivo di un accertamento del diritto al superiore inquadramento, né nella motivazione è svolta qualsivoglia argomentazione in diritto che induca a ritenere che il Tribunale abbia ritenuto che la domanda di accertamento del diritto al superiore inquadramento fosse svolta in via principale e non via meramente incidentale, al solo fine della pronuncia della condanna al pagamento delle differenze retributive per il periodo dal 18 novembre 1998 al 31 novembre 2002. La circostanza che M., già dipendente INPS, avesse chiamato in giudizio soltanto ENAC, rendeva effettivamente la questione priva di rilevanza, poiché la pronuncia di condanna esauriva tutto il periodo di dipendenza di M. da ENAC. D'altro canto la pronuncia di accertamento del diritto al superiore inquadramento non avrebbe potuto essere opposta al nuovo datore di lavoro che non era stato convenuto nel giudizio.

Né il giudicato potrebbe spiegare efficacia nei confronti di INPS, come vorrebbe l'appellato, nella sua qualità di successore a titolo particolare nel rapporto di lavoro. Gli *aventi causa* nei cui confronti, a norma dell'art. 2909 cod. civ., fa stato l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, sono quei soggetti che, *dopo la proposizione della domanda e la formazione del giudicato*, sono subentrati alle parti nella titolarità delle correlative situazioni giuridiche, attive e passive, dedotte in giudizio e sulle quali incide il comando giurisdizionale passato in giudicato. (Cass. 23/10/1985 n. 5194). Il che non è avvenuto nel caso in esame, in cui, come s'è detto, la domanda è stata proposta quando il rapporto di lavoro con INPS era in essere da circa due anni.

Per le medesime ragioni non può parlarsi di efficacia "riflessa" del giudicato, problematica che si pone, pacificamente, con riferimento a soggetti estranei al rapporto processuale, non a un soggetto terzo che, come nel caso in esame, vanti un proprio diritto autonomo rispetto al rapporto in ordine al quale il giudicato interviene (non essendo ammissibile che quegli ne possa ricevere un pregiudizio giuridico - così Cass. n. 5320 del 04/04/2003; Cass. n. 5381 del 11/03/2005) e che avrebbe potuto essere convenuto in giudizio in quanto legittimato passivo di un'autonoma, anche se collegata, pretesa giuridica.

Discutendosi, come s'è detto, dell'efficacia del giudicato nei confronti dell'INPS, è ultronea rispetto al presente giudizio la tematica relativa all'interpretazione dell'art. 30 D.Lgs. n. 165 del 2001, in particolare se la mobilità volontaria si sostanzi o meno in una cessione del contratto di lavoro, in quanto, si ripete, non è contestato in causa che all'epoca della cessione del contratto fosse stata garantita la continuità del suo contenuto,

e quindi la conservazione dell'anzianità, della qualifica e del trattamento economico. La non opponibilità del giudicato all'INPS esclude, in questa causa, il rilievo di fatti precedenti, concomitanti o successivi alla cessione del contratto stesso, di cui nella presente causa non è chiesto un autonomo accertamento nei confronti dell'INPS.

La natura delle questioni trattate giustifica la compensazione fra le parti delle spese di entrambi i gradi.

(Omissis)

Pensioni - Misura - Valutazione gratuita presso l'INPDAI dei periodi di pregressa contribuzione al Fondo speciale di previdenza per i dipendenti dell'Enel e delle aziende elettriche private - Limite massimo - Commisurazione - Alla pensione massima erogabile dall'INPDAI al momento della maturazione del diritto - Sussistenza

Corte di Appello di Roma - 24.03.2009 n. 3228 - Pres. Marasco - Rel. Scotto di Carlo - INPS (Avv. Petrucciano) - C.T., A.L., T.B. (Avv. Boer)

Ai sensi dell'articolo 2 del d.P.R. 58/1976 l'importo della pensione da corrispondere a coloro che si siano avvalsi della facoltà di ottenere la valutazione gratuita presso l'INPDAI dei periodi di pregressa contribuzione a forme di previdenza sostitutive, esclusive od esonerative dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti (nel caso di specie: fondo di previdenza elettrici) non può essere superiore alla pensione massima erogabile dall'INPDAI.

FATTO - Con ricorso depositato il 13.12.04 gli attuali appellati hanno convenuto l'INPS innanzi al Tribunale di Latina. Hanno esposto di avere maturato il diritto a pensione cumulando ai sensi dell'art. 5 della legge n. 44 del 1973 la contribuzione INPDAI con quella precedentemente versata al Fondo previdenza elettrici, sostitutivo dell'AGO; che l'INPDAI pur avendo applicato i parametri di rendimento del Fondo Elettrici, aveva altresì applicato il limite soggettivo rappresentato dalla misura massima della pensione spettante ai titolari di sola contribuzione INPDAI, in tal modo azzerando gli effetti in primo tempo salvaguardati, scaturenti dalla contribuzione alla forma di previdenza sostitutiva; che tale limite, privo di fondamento normativo, opera la sterilizzazione ovvero la compressione del coefficiente di rendimento applicabile ai periodi trasferiti; che l'unico limite posto dal DPR n. 58 del 1976 e dall'art. 3 del D.Lgs. n. 181 comporta che il trattamento pensionistico

determinato per il concorso della contribuzione proveniente da altra gestione non possa essere superiore all'80% della retribuzione pensionabile determinata secondo le norme dell'AGO e della retribuzione annua media pensionabile INPDAI. Hanno chiesto la declaratoria del diritto alla riliquidazione della pensione in misura per ciascuno indicata e la condanna dell'INPS al pagamento delle relative differenze, oltre accessori di legge.

La sentenza in epigrafe indicata ha accolto la domanda sul rilievo che l'unico limite previsto dalla normativa di riferimento (art. 3 D.Lgs. n. 181 del 1997) era costituito dall'80% della retribuzione pensionabile AGO per i lavoratori dipendenti e che era arbitrario il limite della massima misura pensionistica INPDAI.

L'INPS ha proposto tempestivo appello e ha chiesto in riforma della sentenza, il rigetto delle originarie domande; vinte le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Hanno resistito gli appellati che hanno concluso per il rigetto dell'impugnazione anche in riferimento alla collocazione della contribuzione trasferita, tutta anteriore al D.M. n. 422 del 1988.

All'odierna udienza la causa è stata decisa come da dispositivo in calce del quale è stata data lettura alla pubblica udienza.

DIRITTO - Preliminarmente la Corte da atto che non è stata accolta la richiesta formulata da parte appellata di rinvio della discussione della causa in attesa della decisione della S.C. investita ancora da ultimo di questione analoga.

Lo spostamento dell'udienza è stato impedito, tenuto conto della già intervenuta pronuncia del giudice di legittimità in materia, dal costituzionalizzato principio di ragionevole durata del processo e dal rispetto del programmato ordine di trattazione dei giudizi di appello.

I motivi di censura possono essere così riassunti:

1 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 D.M. 7 luglio 1973 (art. 2, co. 3: "Ai fini della determinazione della pensione, per le anzianità contributive acquisite in forza dei trasferimenti di cui ai commi precedenti si applica la stessa retribuzione annua pensionabile stabilita per le anzianità contributive maturate presso l'Istituto Nazionale di Previdenza per i Dirigenti Industriali");

2 - Violazione e falsa applicazione del DPR n. 58 del 1976 (art. 1, co. 2: "L'ammontare della pensione comprensiva della quota parte derivante dall'esercizio della facoltà di cui all'art. 5 della legge 15 marzo 1973 n. 44, non può essere in ogni caso superiore a quello della pensione massima erogabile dall'INPDAI ai sensi del comma precedente");

3 - Inapplicabilità dell'art. 3, commi 1 e 4 del D.Lgs. n. 181 del 1997, secondo cui l'importo complessivo del trattamento pensionistico liquidato esclusivamente in base al metodo retributivo non può essere superiore all'80% della retribuzione pensionabile determinata secondo le norme in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti (co. 1) e l'importo del trattamento pensionistico complessivo non può comunque risultare inferiore a quello previsto, alle medesime condizioni, dall'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità la vecchiaia ed i superstiti (co. 4).

Gli appellati sostengono invece la correttezza della decisione, in base all'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 181 del 1997 intesa come l'unica disposizione che a partire dal 10.7.97 contiene la disciplina relativa al massimale di retribuzione pensionabile essendo

stata emanata tale normativa al fine di attuare la graduale armonizzazione della disciplina vigente nei Fondi speciali sostitutivi con quella vigente nell'AGO.

Come gli stessi appellati evidenziano analoga questione è stata decisa con la sentenza Cass. n. 2223/07(1) che rende conto della fondatezza delle ragioni dell'INPS.

La S.C. ha affermato che "In tema di anzianità contributiva maturata presso l'INPDAI e presso ordinamenti previdenziali diversi dall'INPDAI, alla stregua della disciplina che regola la materia - art. 1 D.P.R. n. 58 del 1976, art. 5 l. n. 44 del 1973, D.M. 7 luglio 1973 - sono previsti due distinti calcoli, operanti su piani diversi (art. 1 del citato D.P.R. n. 58), l'uno rilevante per il calcolo della pensione, l'altro introdotto come limite "in ogni caso" all'importo della pensione, per cui questa non può essere superiore a quello della pensione massima erogabile dall'INPDAI "ai sensi del comma precedente", cioè secondo il regime generale dell'INPDAI, che non può non essere quello in vigore al momento della maturazione del diritto a pensione, con rinvio necessariamente formale, comprensivo dello "ius superveniens", nella specie l'introduzione del tetto pensionabile ed i coefficienti di rendimento decrescenti della retribuzione eccedente il massimale …". In motivazione ha puntualizzato che "Il D.Lgs. 24 aprile 1997, n. 181, art. 3, comma 1, conferma il carattere formale del rinvio; esso costituisce attuazione della delega affidata al governo dalla L. 8 agosto 1995, n. 335, art. 2, comma 22, e fa parte del programma di armonizzazione dei regimi pensionistici sostitutivi dell'assicurazione generale obbligatoria, voluto dalla riforma Dini. Pertanto da esso nessun argomento può trarsi a favore della pretesa abrogazione implicita dell'altro limite previsto dal D.P.R. 8 gennaio 1976, n. 58, art. 1, comma 2, ad opera del D.Lgs. 24 aprile 1997, n. 181, suscettibile di nuove disarmonie tra assicurati INPDAI".

E' pertanto legittimo il comportamento dell'Istituto che dopo avere provveduto al ricalcolo delle pensioni rispettando le scale di accrescimento e i coefficienti di rendimento della gestione di provenienza Fondo elettrici, ha ricondotto la misura di esse nel limite esistente per il trattamento pensionistico INPDAI, pur se ciò ha comportato la lamentata compressione del coefficiente di rendimento applicabile alla contribuzione trasferita.

Neppure argomenti di segno contrario possono trarsi dalla successiva sentenza Cass. n. 1444/08(2) relativa alla diversa fattispecie di pensione di vecchiaia erogata con il metodo retributivo dal Fondo elettrici presso l'INPS e alla determinazione di essa, con particolare riferimento alla questione circa il sistema di computo del tetto rappresentato dall'80% della retribuzione pensionabile determinata secondo le norme in vigore nell'AGO per i lavoratori dipendenti dovuta al diverso sistema di retribuzione imponibile vigente presso l'AGO e quello vigente presso il Fondo Elettrici.

In riforma della impugnata sentenza, vanno pertanto respinte le originarie domande degli appellati.

La articolazione della fattispecie conduce a compensare per intero tra le parti le spese di lite.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2007, p. 162

(2) Idem, 2008, p. 485

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Contributi - Contributi ex CUAF e maternità - Personale addetto a società municipalizzate e confluito nella previdenza INPDAP - Riduzione ex art. 41 L. 488/1999 - Non spetta

Tribunale di Brescia - 25.03.2009 n. 301 - Dott. Alessio - A.S.M. E. e A. srl (Avv. La Gioia) - INPS-SCCI (Avv. Nivola) - ESATRI-Esazione Tributi

La riduzione ex art. 41 L. 488/1999 dell'aliquota contributiva dei versamenti dovuti per le prestazioni temporanee dei lavoratori dipendenti (ex Cassa Unica Assegni Familiari e maternità) che, per il principio dell'invarianza del carico contributivo, mirava a compensare l'aumento delle aliquote della contribuzione destinata al finanziamento del Fondo pensioni lavoratori dipendenti, non spetta a quelle società il cui personale non sia confluito il tale fondo, ma abbia optato per l'iscrizione nel regime pensionistico dei dipendenti pubblici (INPDAP).

FATTO - Col ricorso in esame ASM E. e A. s.r.l. (ASMEA) chiede l'annullamento dell'iscrizione a ruolo del credito di €. 114.947,92 con la cartella esattoriale n. 022 2007 001241351 000, vantato dall'INPS a titolo di contributi previdenziali per cuaf (Cassa Unica Assegni Familiari) e per maternità, relativo ai propri dipendenti del settore elettrico che hanno optato per l'iscrizione ad INPDAP.

DIRITTO - Il ricorso va respinto.

Costituisce dato non controverso che nel 2002 parte del settore elettrico di ASM con i relativi dipendenti transitava nell'attuale ASMEA. Nella gran parte degli addetti, esercitando una facoltà loro concessa dall'art. 5 della legge 8 agosto 1991 n. 274, rimanevano iscritti al "Fondo elettrici" costituito presso l'INPDAP, nel quale era confluita la CPDEL, Cassa Previdenza dei dipendenti degli Enti locali, in tale modo non optando per la confluenza dei contributi nel FLPD (Fondo Pensione dei lavoratori dipendenti): ne conseguiva che la società opponente avesse continuato a versare.

Pertanto, come già ASM, anche ASMEA versava all'INPDAP i contributi a fini pensionistici e quelli dovuti alla gestione prestazioni temporanee lavoratori dipendenti, compresi i contributi di maternità e cuaf, questi ultimi nella misura ridotta, prevista dall'art. 41 della legge 23 dicembre 1999 n. 488, nella misura rispettivamente di 0,57 punti percentuali e di 3,72 punti percentuali, con effetto dal 1° gennaio 2000, applicando la riduzione a partire dalla denuncia contributiva di gennaio 2002; e versando in tale

modo per il periodo da gennaio a giugno 2002, i cuaf nella misura ridotta del 2,48% (applicando una riduzione del 3,72% rispetto al 6,20% dovuto) e, per il periodo da gennaio 2002 ad aprile 2005, la contribuzione per maternità nella misura dello 0,24% (applicando una riduzione del 0,57% rispetto al 0,81 % dovuto).

Nel costituirsi l'Istituto convenuto ha precisato preliminarmente che gli importi addebitati con le note di rettifica, a seguito delle quali è stato iscritto il credito per cui vi è controversia, sono già stati compensati con i crediti di ASMEA, emersi in sede di controllo delle denunce contributive, per complessivi €. 502,00.

La lettura della disciplina di riferimento, operata dalla difesa della società ricorrente non può essere condivisa. Argomento di particolare controversia è quello della conformità alla disciplina legale (l'art. 3, co. 23° della legge 8 agosto 1995 n. 335) delle disposizioni attuative con le quali era regolato l'aumento, a partire dal 1° gennaio 1996 dell'aliquota contributiva dovuta al Fondo pensioni lavoratori dipendenti gestito dall'INPS fino al 32% e la contestuale riduzione delle aliquote dovute alla gestione prestazioni temporanee. Il decreto ministeriale 21 febbraio 1996, nel disporre l'aumento dell'aliquota per il FPLD in misura pari al 4,43% (tale da elevare l'aliquota del detto fondo dal 27,57% al 32%), prevedeva la contestuale riduzione delle aliquote per le gestioni temporanee in pari misura, escludendo però esplicitamente da tale riduzione le categorie di dipendenti iscritti a regimi pensionistici diversi dal FPLD. Ritiene il giudicante la disposizione attuativa sia coerente con le premesse e con i limiti della delega legislativa.

L'art. 3, co. 23° della legge n. 335 del 1995 nel prevedere l'aumento dell'aliquota destinata al finanziamento del Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti gestito dall'INPS, aveva disposto *"la contestuale riduzione delle aliquote contributive di finanziamento per le prestazioni temporanee a carico della gestione di cui all'art. 24 della legge 9 marzo 1989 n. 89"*.

La ragione di tale perfetta corrispondenza era, evidentemente, quella di mantenere inalterato il carico contributivo. In attuazione di tale finalità era intervenuto il citato decreto che all'art. 1, aveva previsto l'elevazione dell'aliquota di contribuzione al Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti (comma 1 °), riducendo l'aliquota per le prestazioni temporanee (comma 5°). L'art. 2 aveva poi previsto che tali riduzioni contributive non fossero estese alle categorie iscritte a regimi pensionistici obbligatori diversi dal Fondo pensioni lavoratori dipendenti.

Sul punto va osservato che la norma del 1995 vincola il perseguimento dell'obbiettivo dell'invarianza del carico contributivo, di cui sopra, esclusivamente alla gestione del FPLD: ciò si evince dallo stesso contenuto letterale della prima parte del periodo del comma 23° che prevede l'aumento dell'*"aliquota contributiva a favore del Fondo pensioni lavoratori";* si tratta, quindi di intervento che ha ragione di essere in quanto ridistribuisca l'inalterato carico contributivo complessivo in favore del fondo pensionistico. L'estensione di tale meccanismo, al di fuori del meccanismo compensativo in parola non ha ragione di essere rispetto all'evidente scopo del legislatore del 1995, (è noto che la cosiddetta riforma pensionistica ha la finalità di assicurare le risorse finanziare perché il sistema pensionistico possa fare fronte nel tempo all'erogazione del trattamento pensionistico rispetto alla vasta platea di beneficiari).

Come sottolineato dalla difesa dell'Istituto, riprendendo il precedente giurisprudenziale nell'atto di costituzione citato (sentenza Corte d'Appello di Brescia n. 332 del 2007(1)), il richiamo all'art. 6, co. 1° del d.l. 28 marzo 1996 n. 166, più volte reiterato, e convertito con legge 28 febbraio 1997 n. 30, secondo cui *"nei casi in cui, per effetto del decreto ministeriale attuativo dell'art. 3, comma 23, della legge 8 agosto 1995, n. 335, conseguano aumenti contributivi effettivi a carico dei datori di lavoro, i predetti aumenti sono applicati mediante un incremento di 0,50 punti percentuali ogni due anni con inizio al 10 gennaio 1997"*, citato dall'opponente per sostenere che la ragione fondante della disciplina era quella dell'invarianza del costo del lavoro, offre spunti per l'argomento di segno opposto, dal momento che è prevista solamente una dilazione nell'imposizione degli aumenti contributivi previsti dal decreto ministeriale, con ciò presupponendo la sussistenza di un maggior onere contributivo a carico del datore di lavoro.

D'altra parte ha buon gioco la difesa dell'Istituto nell'evidenziare che l'art. 1, co. 238° della legge 23 dicembre 1996, n. 662, ha previsto l'elevazione dell'aliquota pensionistica applicabile agli iscritti all'INPDAP senza prevedere il meccanismo di riduzione. Non si ravvisa, pertanto, alcun trattamento disomogeneo tra le diverse categorie di lavoratori e le rispettive gestioni previdenziali tale da giustificare il dubbio di legittimità costituzionale come, invece, prospettato dalla difesa della società.

Coerente con tale assetto del sistema pensionistico è pure l'art. 41 della legge 23 dicembre 1999 n. 488 che nel regolare la soppressione dal gennaio 2000 del Fondo di previdenza per i dipendenti dell'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL) e delle aziende elettriche private e il Fondo di previdenza per il personale addetto ai pubblici servizi di telefonia e la confluenza degli iscritti nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, ha anche previsto: *"Con la stessa decorrenza, in relazione al processo di armonizzazione al regime generale delle aliquote dovute dal settore elettrico, sono ridotti di 3,72 punti percentuali il contributo dovuto per gli assegni al nucleo familiare e di 0,57 punti percentuali il contributo per le prestazioni economiche di maternità, ove dovuto"*. Si tratta, evidentemente di una disposizione che interessa quei lavoratori già iscritti al fondo speciale elettrici confluiti nel FPLD, con conseguente rideterminazione degli obblighi contributivi, prevedendo, al secondo comma, che per le maggiori esigenze finanziarie derivanti dalle modifiche di cui al comma 1, con riferimento al fondo di previdenza elettrici, è stabilito un contributo straordinario a carico dei datori di lavoro che include il minor onere contributivo corrispondente alle riduzioni di cui allo stesso comma 1.

Con l'art. 68 della legge 23 dicembre 2000 n. 388, di interpretazione autentica della superiore disposizione è stato previsto: *"il comma 3 dell'art. 41 della L. 488/1999 si interpreta nel senso che ciascuna rata annuale del contributo straordinario va ripartita tra i datori di lavoro i quali, alla fine del mese antecedente la scadenza del pagamento delle rate medesime, abbiano in servizio lavoratori che risultavano già iscritti al 31 dicembre 1996 ai Fondi speciali soppressi, in misura proporzionale al numero dei lavoratori stessi, ponderato con le relative anzianità contributive medie risultanti a detta data"*.

Neppure il richiamo all'art. 78, co. 2° del d.l.vo 23 marzo 2001, n. 151, (il Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della

paternità) appare decisivo per sostenere la tesi contraria, dovendo essere letto in relazione con l'art. 79 del medesimo d.l.vo n. 151/2001, relativo alla misura del contributo maternità in attuazione della riduzione degli oneri di cui all'articolo 78, norma che ripropone la previsione dell'art. 21 della legge 30 dicembre 1971 n. 1024, prevedendo in via generale l'aliquota di finanziamento della contribuzione di maternità per i vari settori, tenuto conto della riduzione già precedentemente operata per effetto del decreto interministeriale sopra citato. La disciplina non intacca quella speciale dell'art. 3, co. 23°, della legge n. 335, lasciando impregiudicata la possibilità di regolare mediante decreto interministeriale la misura della contribuzione.

Quanto alla riduzione dell'aliquota cuaf nella misura del 0,80% ai sensi dell'art. 120 della legge n. 388 del 2000, si tratta di previsione che l'Istituto riconosce ed ha applicato.

Non ha pregio, infine, l'ulteriore richiamo svolto dalla difesa della società con la memoria conclusiva del 13 febbraio 2009: l'art. 20, co. 2°, lett. a) d.l. 2 giugno 2008 n. 112 (l. conv. 6 agosto 2008 n. 133) si limita ad estendere il solo obbligo contributivo per maternità alle *"imprese dello Stato degli enti pubblici e degli enti locali privatizzate e a capitale misto"*, appare, quindi, un'ingiustificata forzatura sul piano logico, quella operata dalla difesa della società ricorrente, nel volere munire la norma di portata espansiva fino ad attribuire al legislatore la volontà di non avere mai previsto prima l'obbligo contributivo in parola: invero si tratta di norma che ha esteso in via generalizzata l'obbligo contributivo (ma solo quello, congiuntamente all'obbligo contributivo per malattia per gli operai) senza intaccare il previgente sistema. In sostanza la norma del 2008 si legge coerentemente con le disposizioni previgenti senza che possa dirsi esclusa per tale motivo la sussistenza dell'obbligo contributivo nei termini più sopra descritti per cuaf e maternità, per la verità, in tale modo, per la prima volta totalmente esclusa per quanto riguarda la posizione della ricorrente (essendosi fino ad ora discusso esclusivamente sulla misura e non sulla debenza o meno).

In difetto di specifici rilievi, a fronte della documentazione dei conteggi posti a fondamento della pretesa delle somme aggiuntive, si deve ritenere correttamente liquidato il loro importo. Ciò vale anche per quanto riguarda le sanzioni civili o rispetto delle norme di legge dettate in materia di calcolo delle stesse dall'art. 116, comma 8, lett. a) della legge n. 388 del 2000. L'art. 116, co. 10° della legge cit. prevede sul presupposto dell'integrale pagamento dei contributi e dei premi dovuti alle gestioni previdenziali e assistenziali, che l'ente impositore fissi criteri e modalità per la riduzione delle sanzioni civili di cui al comma 8 fino alla misura degli interessi legali, con meccanismo di riduzione delle sanzioni operante attraverso un apposito procedimento amministrativo, per il quale non risulta essere stata presentata istanza.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano nella misura indicata nel dispositivo della sentenza.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2007, p. 980

Pensioni - Totalizzazione - Domanda di riliquidazione - Pro rata a carico della Cassa Geometri e a carico INPS - Qualità di litisconsorte necessario dell'INPS

Tribunale di Como - 18.06.2009 n. 196 - Dott. Fargnoli - M.P. (Avv.ti Cervelli, Sarda) - Cassa Italiana Previdenza e Assistenza Geometri (Avv.ti Cinelli, Sconocchia, Mastice) - INPS (Avv. Mogavero)

In una controversia previdenziale in cui si contesti l'importo della pensione liquidata in regime di totalizzazione, per errata applicazione dei coefficienti di riduzione, anche se la questione dedotta inerisca alla corretta commisurazione del pro rata a carico di una Cassa Professionale e la quota a carico dell'INPS sia invece incontroversa, la partecipazione al giudizio dell'INPS è necessaria, nella qualità di ente erogatore.

FATTO - Con ricorso, depositato in data 24.3.2009, M.P. evocava in giudizio Cassa Geometri e INPS. Esigeva, infatti, che il proprio trattamento pensionistico fosse quantificato come pensione di vecchiaia e, quindi, senza le riduzioni applicate da Cassa ai sensi dell'art. 3, comma 1, Regolamento interno della convenuta.

Lamentava che Cassa avesse praticato i coefficienti di riduzione in contrasto con l'art. 3 comma 12 L. 335/95, dell'art. 45 DLL 42/2006. Interpretava l'art. 4 DLL 42/2006 nel senso che la pensione di vecchiaia spettava alla maturazione dei trent'anni di servizio. Requisito che egli aveva ampiamente provato. Osservava, in ogni caso che Cassa Previdenza ed Assistenza, avrebbe dovuto applicare le migliori condizioni previste dal Regolamento all'art. 3, punto 1 lettera a) e, non già, punto 1, lettera b).

Chiedeva, quindi, il ricalcolo della propria pensione a carico dell'INPS e di Cassa.

Si costituiva Cassa Italiana di Previdenza e Assistenza dei Geometri Liberi Professionisti e affermava che il trattamento di quiescenza di M.P. era stato correttamente quantificato, secondo un'interpretazione nomofilattica delle norme.

Si costituiva l'INPS ed eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva e, comunque, l'infondatezza del ricorso.

All'udienza del 9.6.2009, veniva sentito il ricorrente e il rappresentante INPS, indi i difensori concludevano come da verbale in atti.

DIRITTO - Nella liquidazione della pensione, Cassa Previdenza ed Assistenza ha applicato a M. il proprio Regolamento interno. Il potere regolamentare è stato attribuito alla Cassa dall'art. 4 comma 6° DLL 42/2006 confermando precedenti normative.

Il dott. P.M. asserisce di aver avuto diritto alla pensione di vecchiaia, alla maturazione dei trent'anni di versamento contributivo. Invero, è risultato in udienza, che M. è stato un impiegato per quattordici anni e, quindi, iscritto all'INPS. Per due anni, poi, è stato iscritto contemporaneamente all'INPS e alla Cassa Previdenza e Assistenza Geometri e per trentuno anni solo alla Cassa Geometri. Attuata la totalizzazione, egli al momento della quiescenza, aveva 47 anni di contributi. Percepisce ancora la pensione

di anzianità totalizzata, poiché non ha ancora compiuto sessantacinque anni, *dies a quo* della pensione di vecchiaia.

L'attore pretende la pensione di vecchiaia dal momento della domanda della pensione (13.1.2007), allorché aveva maturato trentuno anni di contributi in Cassa.

Il diritto è preteso ai sensi dell'art. 4, comma 5 DLL 42/2006 che recita: *"In deroga a quanto previsto ai commi 3 e 4, qualora il requisito contributivo maturato nella gestione pensionistica sia uguale o superiore a quello minimo richiesto per il conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia, si applica, per il periodo contributivo relativo a tale gestione, il sistema di calcolo della pensione previsto dall'ordinamento della gestione medesima"*.

L'attore interpreta il comma nel senso che al momento della maturazione dei trent'anni, egli avrebbe avuto diritto alla pensione di vecchiaia, ancorché non ancora sessantacinquenne. Tale tesi non può essere accolta per una serie di convergenti argomentazioni.

La prima, è di carattere ermeneutico - letterale. Il comma 5 cit. attribuisce al neopensionato la pensione secondo i calcoli previsti dall'ordinamento di Cassa; non attribuisce *sic et simpliciter* la pensione di vecchiaia. Se il legislatore avesse voluto attribuire la pensione di vecchiaia indipendentemente la pensione dei 65 avrebbe detto: *"qualora il requisito maturato .... sia uguale … a quello della pensione di vecchiaia, si applica il calcolo della pensione di vecchiaia"*. Invece, la norma rinvia per il calcolo, al Regolamento interno di Cassa.

A questa prima argomentazione di carattere letterale, se ne aggiunge una seconda. La pensione di vecchiaia è indefettibilmente connessa all'età: 65 anni per gli uomini. La pensione di anzianità è, invece, collegata soprattutto ad un periodo di sevizio. Orbene, l'attribuzione di una pensione di vecchiaia sconnessa con il dato anagrafico, abbisognerebbe di una deroga espressa e chiaramente proclamata. Il principio della pensione di vecchiaia, ancorata al dato anagrafico, è una norma che deve essere derogata *expressis verbis;* ciò non è, nella fattispecie. L'interpretazione sistematica, dunque, collima con quella letterale.

Infine, si osserva che la pensione di anzianità, a differenza della pensione di vecchiaia, è mal considerata dal legislatore, perché comporta esborsi a favore del pensionato, che, per definizione, é ancora in grado di lavorare.

Pertanto, ritenere una pensione di anzianità quantificata come una pensione di vecchiaia in assenza di una deroga chiara, appare come uno iato giuridico. In definitiva, la norma invocata da M. non gli dava il diritto di ottenere una pensione di vecchiaia prima dei sessantacinque anni.

Una seconda obiezione del ricorrente concerne l'applicabilità della lettera a) e non già, della lettera b) dell'art. 3, punto 1 del Regolamento di Cassa. La norma recita: *"La pensione di anzianità è corrisposta: a) a coloro che abbiano maturato almeno quaranta anni di effettiva iscrizione e contribuzione alla cassa indipendentemente dall'età anagrafica; b) a coloro che abbiano maturato almeno trentacinque anni di effettiva iscrizione e contribuzione alla Cassa e abbiano i requisiti di età anagrafica previsti dalla legge n. 335/95 e sue integrazioni e modifiche. Alla pensione, determinata con applicazione dell'art. 2, secondo, terzo, quarto e quinto comma, viene applicato il coefficiente di riduzione desunto dalla seguente tabella …"*.

Come si vede, la lettera a) della norma si applica a chi abbia maturato quarant'anni di contributi. M. P. ne ha maturati trentuno. *Ergo,* la norma invocata non gli si attaglia.

La disposizione adeguata per M. è la lettera b) dell'art. 3 punto 1, Regolamento di Cassa.

Infine, l'attore lamenta che la pensione attribuita non abbia rispettato il precetto di cui all'art. 3 comma 12 L. 335/95. La norma stabilisce: *"…Gli enti possono adottare, "provvedimenti di variazione delle aliquote contributive, di riparametrazione dei coefficienti di rendimento o di ogni altro criterio di determinazione del trattamento pensionistico nel rispetto del principio del pro rata in relazione alle anzianità già maturate rispetto alla introduzione delle modifiche derivanti dai provvedimenti suddetti"*.

Pare al decidente che il rispetto del principio di pro-rata, non sia stato violato da Cassa e dall'INPS. Invero, la pensione di M. non è stata ridotta rispetto ad un precedente trattamento di quiescenza. La norma, infatti, si applica solo per attribuzioni di pensioni diverse nel corso del tempo. In questi casi, il legislatore vieta che la pensione successiva non tenga conto dell'anzianità maturata.

In definitiva, tutte le argomentazioni attrici appaiono infondate. Egualmente inaccoglibile è l'eccezione di carenza di legittimazione passiva dell'INPS. Infatti, l'attore non poteva non evocare in giudizio l'ente pagatore della pensione. Una controversia con la sola Cassa Geometri, nell'ipotesi di accoglimento, sarebbe stato un *telum imbellum sine ictu*. Infatti, la pensione a M. è pagata, in base ai contributi versati a Cassa, dall'INPS, non da Cassa.

Ne deriva che le domande vanno rigettate.

Poiché ricorrono giustificati motivi, si dispone la totale compensazione delle spese processuali.

(Omissis)

Processo civile - Opposizione alla cartella per vizi formali e per motivi di merito - Iscrizione a ruolo dei crediti contributivi - Decadenza - Natura procedimentale - Necessità di accertamento giudiziale relativo alla fondatezza delle pretese vantate

Tribunale di Genova - 19.05.2009 n. 540 - Dott.ssa. Melandri - Restauri Edili di S.&C. s.a.s. (Avvti. Bertolini, Fusco) - INPS-SCCI (Avv. Capurso) - Equitalia Sestri s.p.a.(avv. Calisi)

Qualora venga proposta opposizione sia alla cartella esattoriale che all'iscrizione a ruolo, la decadenza dalla iscrizione a ruolo dei crediti contributivi si ripercuote sull'atto successivo conseguente, e cioè sulla cartella esattoriale, che deve pertanto essere annullata, ma non esclude la necessità di procedere ad un accertamento giudiziale relativo alla fondatezza delle pretese vantate.

FATTO - Con ricorso depositato in Cancelleria il 9.3.2009 la RESTAURI EDILI di S.G. s.a.s G. ha proposto opposizone alla cartella di pagamento notificata a mezzo posta in data 25.2.2009 dal concessionario EQUITALIA POLIS s.p.a. relativa ad asseriti crediti iscritti a ruolo dall'INPS sede di Genova per contributi relativi al periodo dal 2001 al 2005 accertati a seguito di ispezione di cui al verbale della D.P.L. Genova notificato in data 12.7.2005.

Eccepiva preliminarmente la nullità della cartella opposta per carenza di motivazione nonché la decadenza dall'iscrizione a ruolo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 25 D.Lgs. n. 46 del 1999 in base al quale "i premi dovuti agli enti pubblici previdenziali sono iscritti nei ruoli resi esecutivi, a pena di decadenza … B) per i contributi o premi dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici, entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla data di notifica del provvedimento".

Nel caso in esame il verbale di accertamento era stato notificato al ricorrente in data 12.7.2005, mentre l'iscrizione a ruolo dei crediti fatti valere è avvenuta in data 9.12.2008.

Nel merito sosteneva comunque la non debenza della contribuzione richiesta, per i motivi tutti esposti in ricorso.

Chiedeva, pertanto, nel contraddittorio con il concessionario Equitalia Polis spa, l'annullamento della cartella opposta previa sospensione della stessa.

Si è costituito in giudizio l'INPS, chiedendo il rigetto dell'eccezione di decadenza, quanto meno per i contributi iscritti a ruolo anteriormente al 1.1.2004, relativamente ai quali nessuna decadenza può essersi verificata in virtù dello slittamento della normativa attuato con legge n. 350 del 2003 (art. 4 comma 24). In subordine comunque sosteneva che - anche qualora l'eccezione risultasse fondata - il giudice ciononostante avesse il potere-dovere di accertare nel merito la debenza della pretesa contributiva. Chiedeva pertanto - previa l'ammissione dei capitoli di prova sulle circostanze dedotte in memoria - che il giudice dichiarasse dovuta la contribuzione richiesta con la cartella opposta.

Si è altresì costituita in giudizio EQUITALIA SESTRI s.p.a., quale subentrante ad Equitalia Polis s.p.a., contestando l'eccezione di nullità della cartella opposta, contenente tutti i dati previsti dalla legge (art. 25 DPR 602 del 1973) necessari per la formazione dell'atto, i cui vizi possono essere impugnati nelle forme e nei termini previsti dall'art. 617 c.p.c..

All'udienza del 12.5.2009 si è proceduto alla discussione sulle eccezioni preliminari, in cui le parti hanno concluso come in atti e la causa è stata decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO - In applicazione della normativa prevista dal D.Lgs. n. 46/1999 in materia di cessione e cartolarizzazione dei crediti previdenziali, deve ritenersi la sussistenza di un litisconsorzio necessario tra INPS (asserito creditore), SCCI (società di cartolarizzazione cui sono stati ceduti per legge i crediti previdenziali) e società concessionaria che provvede alla riscossione dei crediti mediante cartelle esattoriali (oggi Equitalia SESTRI spa - concessionario); tutti soggetti legittimati passivi a stare in giudizio nella presente controversia in cui sono state preliminarmente mosse doglianze anche sulla validità della cartella emanata dall'ente di riscossione.

L'eccezione di nullità della cartella appare tuttavia infondata. Trattandosi di una doglianza che si ripercuote anche sulla validità del ruolo, è stata correttamente fatta valere con ricorso in opposizione all'esecuzione, come previsto dall'art. 24 D.Lgs. n. 46/99, e non con un'opposizione agli atti esecutivi.

L'art. 3 della L. n. 241 del 1990 impone la motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi, tra cui va annoverata la cartella esattoriale.

Trattandosi di un atto avente natura esecutiva che presuppone la sussistenza di un titolo, è sicuramente ammissibile una motivazione "ob relationem", in cui si faccia riferimento non solo al ruolo (che è un mero codice di regola non conosciuto dal contribuente sinché non viene per l'appunto notificata la cartella esattoriale), ma anche al fatto generatore del credito azionato.

Occorre quindi l'indicazione del verbale di accertamento ispettivo, se sussistente, nel quale siano state accertate le omissioni contributive o comunque i periodi cui si riferiscono i crediti vantati.

Trattasi di dati tutti contenuti nella cartella opposta che pertanto contiene una motivazione sufficiente.

Per quanto riguarda l'eccezione di decadenza, essa si basa su quanto disposto dall'art. 25 D.Lgs n. 46 del 1999, secondo cui "i premi dovuti agli enti pubblici previdenziali sono iscritti nei ruoli resi esecutivi, a pena di decadenza ... b) per i contributi o premi dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici, entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla data di notifica del provvedimento".

L'operatività di tale regime decadenziale è stata differita agli accertamenti e ai contributi relativi a periodi successivi alla data del 1.1.2004 (art. 4 comma 25 L n. 350 del 2003).

Nel caso in esame il verbale di accertamento ispettivo è successivo a tale data, per cui deve ritenersi applicabile la normativa in esame, anche se la maggior parte dei crediti si riferisce a periodi anteriori, dovendo assumere rilevanza la data in cui è stato effettuato l'accertamento ispettivo.

E' pacifico che i crediti azionati in cartella siano stati iscritti a ruolo in data 9.12.2008, per cui l'eccezione sollevata deve essere accolta.

Il vizio della iscrizione a ruolo si ripercuote sull'atto successivo conseguente, e cioè sulla cartella esattoriale che deve pertanto essere annullata.

Ciò non toglie che nel presente giudizio, in cui il ricorrente ha impugnato la cartella anche per motivi di merito attinenti alla debenza della contribuzione accertata nel verbale ispettivo, permanga un interesse giuridico delle parti - come giustamente rilevato in memoria dall'INPS - ad ottenere un accertamento giudiziale relativo alla fondatezza delle pretese vantate dall'ente previdenziale, cui spetta l'onere di provare i crediti contributivi e sanzionatori accertati in sede ispettiva.

La causa va pertanto rimessa in istruttoria per le incombenze probatorie di cui alla separata ordinanza.

Spese al definitivo.

(Omissis)

Prestazioni - Invalidità civile - Extracomunitario - Requisito della permanenza stabile nel territotio italiano - Necessità

Tribunale di Genova - 24.04.2009 n. 466 - Dott.ssa Scotto – E.S.X. (Avv. Pieri) - INPS (Avv. Fuochi) - Ministero dell'Economia e delle Finanze

Pur a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale (30 luglio 2008, n. 306 e 23 gennaio 2009, n. 11), che hanno fatto venir meno la necessità - per il riconoscimento delle prestazioni di invalidità civile - della carta di soggiorno (oggi permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo) ove tali documenti siano stati rifiutati esclusivamente per motivi attinenti il reddito, resta fermo il requisito della permanenza stabile all'interno dello Stato italiano, sicché la prestazione non può essere riconosciuta in mancanza della prova del regolare soggiorno da almeno cinque anni.

FATTO - Con depositato in data 8 agosto 2007 la sig.ra E.S.X. esponeva:
- di essere cittadina della Repubblica Dominicana;
- di aver presentato in data 21 giugno 2006 domanda di assegno di invalidità civile;
- di essere stata riconosciuta invalida in misura pari all'80%;
- di non essere titolare di alcun reddito;
- di non avere peraltro ottenuto la liquidazione dell'assegno di invalidità, per il fatto di non essere cittadina italiana e di non essere in possesso di carta di soggiorno;
- che il rigetto della domanda era illegittimo perché in contrasto con l'art. 1 Regolamento CEE n. 859 del 2003, che imponeva l'estensione del regime di sicurezza sociale a tutti i lavoratori legalmente residenti sul territorio, a parità di trattamento.

La ricorrente conveniva pertanto in giudizio l'INPS e il Ministero dell'Economia e delle Finanze per sentirli condannare, in solido o pro parte, al pagamento in suo favore dell'assegno di invalidità civile a decorrere dalla data della domanda amministrativa, oltre rivalutazione ed interessi.

Si costituiva ritualmente in giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva, ai sensi del D.P.C.M. 30 marzo 2007, essendo stato il ricorso depositato l'8 agosto 2007.

Si costituiva altresì in giudizio l'INPS sostenendo che la ricorrente non era in possesso del requisito sanitario e reddituale per il riconoscimento dell'assegno di invalidità civile e chiedendo pertanto il rigetto della domanda.

La causa veniva istruita con l'acquisizione di informative presso la Questura di Genova.

All'udienza del 25 marzo 2009, dopo la discussione orale, la causa veniva quindi decisa, come da dispositivo letto in udienza.

DIRITTO - La domanda è infondata e deve essere respinta.

Si pone preliminarmente il problema della legittimazione passiva.

La causa è stata, infatti, introdotta con ricorso depositato successivamente al 1 aprile 2007 (e precisamente l'8 agosto 2007).

Deve in proposito richiamarsi l'art. 10 del D.L. n. 203/2005, convertito dalla legge n. 248/2005, che ha così disposto:

"1. L'Istituto nazionale della previdenza sociale (I.N.P.S.) subentra nell'esercizio delle funzioni residuate allo Stato in materia di invalidità civile, cecità civile, sordomutismo, handicap e disabilità, già di competenza del Ministero dell'economia e delle finanze. Resta ferma la partecipazione nelle commissioni mediche di verifica dei medici nominati in rappresentanza dell'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili, dell'Unione italiana dei ciechi e dell'Ente nazionale per la protezione e l'assistenza dei sordomuti.

2. Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, è stabilita la data di effettivo esercizio da parte dell'I.N.P.S. delle funzioni trasferite e sono individuate le risorse, umane, strumentali e finanziarie da trasferire. ...

4. Fino alla data stabilita con i decreti di cui al comma 2, resta fermo, in materia processuale, quanto stabilito dall'articolo 42, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326. ...

6. A decorrere dalla data di effettivo esercizio da parte dell'I.N.P.S. delle funzioni trasferite, gli atti introduttivi dei procedimenti giurisdizionali in materia di invalidità civile, cecità civile, sordomutismo, handicap e disabilità, nonché le sentenze ed ogni provvedimento reso in detti giudizi devono essere notificati anche all'I.N.P.S. La notifica va effettuata sia presso gli Uffici dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 11 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, sia presso le sedi provinciali dell'I.N.P.S. Nei procedimenti giurisdizionali di cui al presente comma l'I.N.P.S. è litisconsorte necessario ai sensi dell'articolo 102 del codice di procedura civile e, limitatamente al giudizio di primo grado, è rappresentato e difeso direttamente da propri dipendenti".

Tale previsione è stata attuata con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 marzo 2007 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 121 del 26 maggio 2007), che all'art. 1 così testualmente dispone: "1. *Ai sensi dell'art. 10 del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 230, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, a decorrere dal 1 aprile 2007, l'Istituto nazionale della previdenza sociale (I.N.P.S.) subentra nell'esercizio delle funzioni residuate allo Stato in materia di invalidità civile, cecità civile, sordomutismo, handicap e disabilità, già di competenza del Ministero dell'economia e delle finanze. A decorrere dalla medesima data, l'I.N.P.S. subentra al Ministero dell'economia e delle finanze nei rapporti giuridici relativi alle funzioni ad esso trasferite".*

Il successivo art. 5 precisa che *"L'I.N.P.S. subentra al Ministero dell'economia e delle finanze nelle controversie instaurate a decorrere dalla data del 1° aprile 2007, ancorché riferite a rapporti sorti anteriormente alla medesima data".*

Poiché tutte le residue funzioni in materia del Ministero dell'Economia e delle Finanze sono state trasferite all'INPS, ne consegue il sopravvenuto difetto di legittimazione passiva del Ministero.

Infatti, a seguito del trasferimento all'INPS della competenza sostanziale, vi è oggi coincidenza tra legittimazione processuale e legittimazione sostanziale sia in fase di accertamento del requisito sanitario, sia in fase di erogazione delle provvidenze (anche se l'ASL rimane competente per le visite e l'INPS opera un controllo sanitario soltanto successivo).

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, attualmente privo di ogni competenza amministrativa, perde anche la legittimazione passiva per effetto del venir meno della disciplina stabilita dall'art. 42, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

I commi 4° e 5° dell'art. 10 D. L. n. 203/2005 disciplinano la fase transitoria tra l'entrata in vigore della novella del 2005 e il D.P.C.M. di effettivo trasferimento delle commissioni di verifica.

II 6° comma della medesima disposizione disciplina ipotesi residuali, riferite a giudizi nei quali non fosse in precedenza prevista la legittimazione passiva dell'INPS (ad esempio giudizi per handicap e disabilità), stabilendo per i giudizi in corso che *"le sentenze e ogni altro provvedimento reso in detti giudizi"* devono essere notificati anche all'INPS, il quale diventa litisconsorte necessario, e che in futuro per gli atti introduttivi di detti giudizi legittimato passivo è anche l'INPS.

Il Ministero dell'Economia e Finanze resta legittimato passivo nei soli giudizi in corso alla data del 1 aprile 2007, giudizi nei quali, ai sensi dell'art. 10 co. 6° D. L. n. 203/2005 le notifiche devono avvenire quanto al Ministero presso l'Avvocatura dello Stato e quanto all'INPS presso le sedi territoriali.

Unico soggetto legittimato passivo nel presente giudizio è dunque l'INPS.

La novità della modifica legislativa relativa alla legittimazione passiva giustifica la compensazione integrale delle spese tra parte ricorrente e il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Nel merito la domanda è peraltro infondata.

La ricorrente agisce in giudizio per ottenere il riconoscimento dell'assegno di invalidità civile, richiesto con domanda amministrativa presentata in data 21 giugno 2006.

La ricorrente è stata, in effetti, riconosciuta invalida all'80% dalla competente commissione medica.

La ricorrente è stata altresì ritenuta non collocabile al lavoro nella competente sede medica.

Dalla documentazione dell'Agenzia delle Entrate la ricorrente risulta altresì priva di redditi.

L'INPS ha peraltro negato alla ricorrente la prestazione richiesta perché la ricorrente, cittadina dominicana, non è titolare di carta di soggiorno (oggi permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo).

E', in effetti, pacifico tra le parti che la ricorrente, pur coniugata con un cittadino italiano dal 6 ottobre 2005, non sia titolare di carta di soggiorno (oggi permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo).

Non consta, né è stato dedotto, che la ricorrente, pur se - come si è detto - coniugata con un cittadino italiano, abbia ottenuto e/o richiesto la cittadinanza italiana.

Come è noto, l'art. 80, comma 19° legge 23 dicembre 2000 n. 388 (applicabile *ratione temporis,* dato che la domanda amministrativa è stata presentata in data 21 giugno 2006) dispone che *"ai sensi dell'articolo 41 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno; per le altre prestazioni e servizi sociali l'equiparazione con i cittadini italiani è consentita a favore degli stranieri che siano almeno titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno. Sono fatte salve le disposizioni previste dal decreto legislativo 18 giugno 1998, n. 237, e dagli articoli 65 e 66 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, e successive modificazioni"*.

L'art. 41 D.Lgs. 286/1998 dispone a sua volta che *"gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti"*.

Il raccordo tra le due norme rende palese che la finalità perseguita dal legislatore è stata quella di innovare il quadro normativo previgente, riducendo la platea dei beneficiari delle prestazioni assistenziali e limitandola ai soli titolari di carta di soggiorno.

La ricorrente sostiene che la norma sarebbe in contrasto con l'art. 1 Regolamento CE n. 859/2003 del 14 maggio 2003 che dispone che le disposizioni del Regolamento CE 1408/71 e del Regolamento CE 574/72 si applichino anche ai cittadini dei paesi terzi ed ai loro familiari purché *"siano in situazione di soggiorno legale nel territorio di uno stato membro"*.

Il Regolamento CEE n. 1408/71 del 14 giugno 1971, di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nazionale, si applica, secondo quanto indicato dall'articolo 4, paragrafo 1, alle legislazioni concernenti le prestazioni per invalidità, vecchiaia e superstiti, alle prestazioni di malattia e maternità, alle prestazioni familiari e per disoccupazione, agli assegni per morte nonché alle prestazioni per infortuni sul lavoro e malattie professionali.

La disciplina del Regolamento 1408/71 è stata ampliata dal Regolamento CE 647/05 del 13 aprile 2005, in vigore dal 5 maggio 2005 (e dunque applicabile *ratione temporis* alla fattispecie).

L'art. 1 co. 2° e 5° del regolamento CE n. 647/2005 ha previsto una nuova disciplina in materia di prestazioni speciali in denaro non contributive secondo l'orientamento espresso al riguardo dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nelle sentenze Jauch dell'8 marzo 2001 nella causa C-215/99 e Leclere, Deaconescu del 31 maggio 2001 nella causa C-43/99.

Tale nuova disciplina assimila l'assegno per l'assistenza personale e continuativa al titolare di pensione di inabilità ad una prestazione per malattia in denaro, con la conseguenza che detto assegno deve essere corrisposto - ove ne sussistano i presupposti - al beneficiario, titolare di pensione di inabilità, anche se residente in uno Stato membro diverso.

L'art. 1 del regolamento CE n. 859/2003 del 14 maggio 2003 invocato dalla ricorrente estende effettivamente le previsioni dei regolamenti CEE 1408/71 e 574/72 (ed

oggi del regolamento CE 547/05) ai cittadini di paesi terzi e ai loro familiari e superstiti, cui tali disposizioni non siano applicabili unicamente in ragione della loro nazionalità e che si trovino in situazione di soggiorno legale nel territorio di uno Stato membro.

Il medesimo articolo esclude peraltro espressamente tale estensione per le situazioni in cui non tutti gli elementi si collochino all'interno dello Stato medesimo.

La portata della previsione è chiarita dal dodicesimo considerando, in cui si ribadisce che non opera l'estensione in una situazione i cui elementi si collochino tutti all'interno di uno Stato membro e in cui la situazione del cittadino di un paese terzo presenta unicamente legami con un paese terzo e uno Stato membro.

I regolamenti comunitari invocati dalla ricorrente non possono dunque trovare applicazione alla presente fattispecie, perché, a quanto consta, la situazione della ricorrente non presenta legami con altri paesi dell'Unione Europea.

La ricorrente invoca poi le recenti pronunce della Corte Costituzionale 30 luglio 2008, n. 306(1) e 23 gennaio 2009 n. 11(2).

Con la prima pronuncia la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80 co. 19° legge 23 dicembre 2000, n. 388 e dell'art. 9, co. 1° D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dall'art. 9, co. 1° legge 30 luglio 2002, n. 189 e poi sostituito dall'art. 1, co. 1° d. lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 nella parte in cui escludevano che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 legge 11 febbraio 1980, n. 18 potesse essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

Con la seconda pronuncia la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionale dell'art. 80 co. 19° legge 23 dicembre 2000, n. 388 e dell'art. 9, co. 1° D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dall'art. 9, co. 1° legge 30 luglio 2002, n. 189 e poi sostituito dall'art. 1, co. 1° D.Lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 nella parte in cui escludevano che la pensione di inabilità, di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118 potesse essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultavano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del D.Lgs. n. 3 del 2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

Le due sentenze hanno fatto venir meno la necessità - per il riconoscimento delle prestazioni di invalidità civile - della titolarità della carta di soggiorno (oggi permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo) ove tali documenti siano stati rifiutati esclusivamente per motivi attinenti al reddito.

Le due pronunce non hanno peraltro minimamente toccato la previsione che condiziona il riconoscimento delle prestazioni di invalidità civile ad un cittadino extracomunitario ad una permanenza stabile all'interno dello Stato italiano.

In particolare nella sentenza 30 luglio 2008 n. 308 la Corte Costituzionale ha affermato che *"al legislatore italiano è certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia (da ultimo, sentenza n. 148 del 2008). E' possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni - non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza - alla circostanza*

che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini.

Le disposizioni censurate sono, pertanto, illegittime nella parte in cui - oltre ai requisiti sanitari e di durata del soggiorno in Italia e comunque attinenti alla persona, già stabiliti per il rilascio della carta di soggiorno ed ora (per effetto del D.Lgs. n. 3 del 2007) del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, non sospettati di illegittimità dal remittente - esigono, ai fini dell'attribuzione dell'indennità di accompagnamento, anche requisiti reddituali, ivi compresa la disponibilità di un alloggio, avente le caratteristiche indicate dal nuovo testo dell'art. 9, comma 1, del D.Lgs. n. 286 del 1998".

Nella specie sulla base delle informazioni acquisite presso la Questura di Genova la ricorrente non risulta in possesso né di carta di soggiorno, né - oggi - di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, perché non è soggiornante sul territorio nazionale da almeno 5 anni, avendo richiesto il primo permesso di soggiorno in data 24 ottobre 2005.

In mancanza del periodo di soggiorno minimo nel territorio nazionale, legittimamente richiesto dallo Stato italiano per il riconoscimento delle prestazioni di invalidità civile, la domanda non può pertanto trovare accoglimento.

La natura della controversia e l'esistenza di precedenti in senso favorevole alla ricorrente giustificano la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2008, p. 714

(2) Idem, 2009, p. 120

Lavoro (Rapporto di) - Contratto a progetto - Carenza dei requisiti - Fattispecie
Lavoro (Controversie individuali di) - Prove - Interrogatorio libero delle parti - Utilizzabilità da parte del giudice come fonte, anche unica, di convincimento

Tribunale di Genova - 03.04.2009 n. 333 - Dott.ssa. Scotto - G.Z. srl (Avv. Figheti) - INPS-SCCI (Avv. Fuochi) - Equitalia Polis spa

Non può configurarsi un lavoro a progetto laddove il prestatore non sia impegnato a fornire un opus *predeterminato, bensì a mettersi a disposizione per soddisfare le esigenze contingenti e di volta in volta mutevoli del datore di lavoro (fattispecie di commessa).*

Nel rito del lavoro, le risposte rese dalle parti in sede di interrogatorio libero ex art. 420 c.p.c. sono liberamente utilizzabili dal giudice come elemento di convincimento, soprattutto se riguardino fatti che possono essere conosciuti solo dalle parti medesime, o non siano contraddette da elementi probatori contrari, e possono arrivare a costituire anche l'unica fonte di convincimento.

FATTO - Con ricorso depositato in data 23 ottobre 2007 G.Z. s.r.l. presentava opposizione avverso la cartella esattoriale n. 048 2007 0017929105 notificatele in data 14 settembre 2007 da Equitalia Polis s.p.a. e relativa a crediti dell'INPS.

L'opponente eccepiva in primo luogo la nullità della cartella per omessa precisazione delle indicazioni necessarie a consentire al destinatario della stessa di apprestare un'efficace difesa.

Nel merito l'opponente affermava che la cartella esattoriale traeva origine dal verbale di accertamento in data 22 luglio 2006 con il quale la Direzione Provinciale del lavoro di Genova aveva disconosciuto il contratto di lavoro a progetto stipulato dalla società con la sig.ra G.T., qualificando, invece, il rapporto come un rapporto di lavoro subordinato.

La società sosteneva la genuinità del contratto di lavoro a progetto e chiedeva dichiararsi la nullità della cartella o, in subordine, l'inesistenza del debito per crediti iscritti a ruolo dall'INPS.

Si costitutiva tardivamente in giudizio l'INPS, in proprio e nella sua qualità di mandatario di SCCI s.p.a., società cessionaria dei crediti INPS, contestando la fondatezza dell'opposizione e chiedendone pertanto la reiezione.

Sosteneva in particolare l'Istituto il proprio difetto di legittimazione passiva in relazione ad ogni questione attinente alla regolarità formale della cartella. Nel merito affermava la nullità del contratto a progetto stipulato dalla società opponente con la sig.ra T. e la conseguente qualificabilità del rapporto come un rapporto di lavoro subordinato. Aggiungeva che i crediti iscritti a ruolo comprendevano anche contributi - non contestati - relativi al mese di novembre 2006, per i quali l'azienda aveva presentato regolare denuncia mensile.

Equitalia Polis s.p.a., Agente per la riscossione per la provincia di Genova, pur avendo ricevuto tempestiva notifica del ricorso e del pedissequo decreto di fissazione dell'udienza, non si costituiva in giudizio e veniva pertanto dichiarata contumace.

Sentito liberamente il legale rappresentante della società opponente, ritenuta la causa matura per la decisione senza necessità di istruttoria, all'udienza del 3 marzo 2009 la causa veniva quindi discussa e decisa, come da dispositivo letto in udienza.

DIRITTO - L'opposizione è infondata e deve essere rigettata.

Deve peraltro essere in primo luogo rilevata la tardività dell'eccezione di nullità della cartella per omessa determinazione delle indicazioni necessarie a consentire al destinatario della stessa di apprestare un'efficace difesa.

Deve in proposito evidenziarsi che qualora si censuri la cartella esattoriale per vizi

formali del titolo, ricorre un'ipotesi di opposizione agli atti esecutivi da proporsi nel termine di cinque giorni dalla notifica della cartella a pena di inammissibilità, da controllare pregiudizialmente d'ufficio (Cass., 3 agosto 2001 n. 10711; Cass., 20 luglio 2001, n. 9912).

Invero, con riferimento alla cartella esattoriale emessa ai fini della riscossione di sanzioni amministrative pecuniarie è ormai consolidato l'orientamento della Suprema Corte per cui sono esperibili, a seconda dei casi, tre tipi di azioni: a) l'opposizione di merito laddove si contesti la legittimità della pretesa sanzionatoria, con applicazione della competenza e delle regole procedimentali dettate per l'opposizione al provvedimento sanzionatorio (opposizione ammissibile, con riferimento alle sanzioni amministrative, soltanto allorché sia mancata la notificazione dell'ordinanza - ingiunzione o del verbale di accertamento); b) l'opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 c.p.c. allorché si contesti la legittimità dell'iscrizione a ruolo per la mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione a ruolo, o si adducano fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo; c) l'opposizione agli atti esecutivi, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., allorché si contesti la ritualità formale della cartella esattoriale o si adducano vizi di forma del procedimento esattoriale, compresi i vizi strettamente attinenti alla notifica della cartella e quelli riguardanti i successivi avvisi di mora (Cass., 28 novembre 2003, n. 18207; Cass., 6 giugno 2003, n. 9087; Cass., 28 giugno 2002, n. 9498; Cass. Sez. Un., 10 agosto 2000, n. 562).

Con specifico riferimento alla cartella esattoriale relativa a crediti previdenziali la Suprema Corte ha poi affermato che *"nella disciplina della riscossione mediante iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, di cui al D. Lgs. n. 46 del 1999, l'opposizione agli atti esecutivi è prevista dall'art. 29, secondo comma, che per la relativa regolamentazione rinvia alle "forme ordinarie", e non dall'art. 24 dello stesso D. Lgs., che si riferisce, invece, all'opposizione sul merito della pretesa di riscossione. Ne consegue che l'opposizione agli atti esecutivi prima dell'inizio dell'esecuzione deve proporsi entro cinque giorni dalla notificazione del titolo esecutivo, che, ai sensi dell'art. 49 del d.P.R. n. 602 del 1973, si identifica nella cartella esattoriale"* (Cass., 18 novembre 2004, n. 21863; Cass., 8 luglio 2008, n. 18691; cfr. anche Cass. Sez. Un., 13 luglio 2000, n. 489)

L'opposizione alla cartella esattoriale fondata sulla nullità della cartella per difetto di motivazione costituisce dunque un'opposizione agli atti esecutivi, che nella specie risulta inammissibile perché proposta dopo la scadenza del termine perentorio di 20 giorni dalla data di notifica della cartella.

Infatti la cartella esattoriale opposta è stata notificata - come indicato in ricorso - in data 14 settembre 2007 ed il ricorso in opposizione è stato depositato soltanto in data 23 ottobre 2007.

E' poi pacifico che l'inosservanza del termine perentorio previsto dall'art. 617 cod. proc. civ. per l'opposizione agli atti esecutivi - che comporta l'inammissibilità dell'opposizione - è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo (Cass., 20 febbraio 2004, n. 3404; Cass., 30 marzo 1999, n. 3045; 27 giugno 2000, n. 8738; Cass., 11 luglio 2000, n. 9185).

L'eccezione di nullità della cartella non può dunque essere presa in considerazione.

Nel merito l'opposizione è infondata e deve essere respinta.

I crediti iscritti a ruolo dall'INPS si riferiscono a due diverse inadempienze, indivi-

duate nella cartella esattoriale con i numeri 503 e 504.

L'inadempienza n. 503 trae origine dal verbale di accertamento in data 22 luglio 2006 con il quale la Direzione Provinciale del lavoro di Genova ha disconosciuto il contratto di lavoro a progetto stipulato dalla società con la sig.ra G.T., qualificando il rapporto come un rapporto di lavoro subordinato.

L'inadempienza 504 deriva, invece, come indicato nella cartella, da "modelli DM 10 insoluti" e precisamente dalla denuncia mensile del personale dipendente (mod. DM 10) presentata dalla società opponente per il mese di novembre 2006.

Questo secondo addebito deve ritenersi incontestato e quindi oramai incontestabile.

Devono, infatti, ritenersi applicabili anche all'opposizione a cartella esattoriale i principi affermati dalla Suprema Corte con riferimento prima al giudizio tributario e poi all'opposizione ad ordinanza-ingiunzione.

Si deve dunque in primo luogo rilevare che, benché il giudizio di opposizione sia costruito, formalmente, come giudizio d'impugnazione dell'atto (art. 24, comma 5° D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46: *"contro l'iscrizione a ruolo il contribuente può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento)"*, esso tende in realtà all'accertamento negativo della pretesa dell'ente (nella specie previdenziale), nel senso che l'atto è il veicolo d'accesso al giudizio di merito, al quale si perviene per il tramite appunto dell'impugnazione dell'atto.

In tal senso è chiaro il disposto dell'art. 24 comma 6° D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, che prevede che nel giudizio di opposizione al ruolo possa essere affrontato anche il merito della pretesa contributiva.

Tale giudizio concerne, quindi, innanzitutto, la legittimità sostanziale della cartella esattoriale, in mancanza della quale la cartella deve essere annullata a prescindere da ogni indagine circa il merito della pretesa dell'ente previdenziale.

Da un punto di vista procedimentale l'opposizione si configura infatti innanzitutto come un procedimento impugnatorio, nel quale il ricorso in opposizione si configura come l'atto introduttivo di un processo civile, le cui regole generali - in difetto di espressa contraria disposizione di deroga ed anzi in presenza dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 24 comma 6° D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46 alla disciplina processuale prevista per le controversie previdenziali - non possono non applicarsi.

Orbene, nel giudizio civile, i limiti dell'esame giudiziale sono segnati dal contenuto della domanda introduttiva e dall'inerente effetto devolutivo, mediato, questo, dall'indicazione dell'oggetto e parimenti finalizzato alla delimitazione della controversia.

Tale principio - applicabile anche al giudizio in esame in virtù della sua struttura - non è superato dall'omissione di una esplicita enunciazione circa la necessità della specificità dei motivi di impugnazione, trattandosi di indicazione non necessaria in quanto insita nella stessa struttura del procedimento.

Proprio perché si è in presenza di un processo civile, la parte privata è onerata di presentare le sue richieste (petitum), con indicazione delle ragioni che le suffragano (causa petendi) con l'atto di opposizione e il giudice non può decidere la controversia sulla base di una causa petendi diversa da quella enunciata nell'atto introduttivo.

Così la circostanza che il giudizio possa vertere anche sul merito della pretesa con-

tributiva, sull'infrazione e non soltanto sulla regolarità formale dell'atto, non comporta però il potere del giudice di decidere sulla prima ove la parte abbia impugnato solo il secondo, attesi i limiti devolutivi dell'opposizione.

Nel corso del giudizio la parte può modificare la causa petendi inizialmente prospettata con i limiti di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c, senza che a ciò sia di ostacolo l'esistenza di un termine perentorio per la proposizione del giudizio, in quanto non esiste un collegamento necessario fra perentorietà del termine e preclusione all'attività che le parti possono svolgere nel giudizio medesimo.

Pertanto, una volta evitata l'inoppugnabilità del provvedimento sanzionatorio il contraddittorio si svolge secondo le regole proprie del processo civile ordinario, se non derogate esplicitamente o implicitamente, analogamente, del resto, a quanto previsto in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, ove si ammette, malgrado la perentorietà del termine per l'opposizione, la facoltà per l'opponente di avvalersi di tutte le facoltà di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c..

Oltre gli anzidetti limiti la parte non può dunque proporre domande nuove che, se proposte, non possono essere esaminate dal giudice (cfr. in materia di opposizione ad ordinanza-ingiunzione Cass., Sez. Un., 19 aprile 1990, n. 3271(1)).

Poiché l'opponente nulla ha eccepito in ordine all'addebito n. 504, tale addebito deve ritenersi incontestato in causa.

Soltanto per completezza si rileva che tale addebito deriva dalla denuncia mensile del personale dipendente - mod. DM 10 - presentata dalla società opponente per il mese di novembre 2006 e che le denunce mensili per il versamento dei contributi (mod. DM/10) trasmesse all'INPS costituiscono espresso ed univoco riconoscimento del diritto, che, ai sensi dell'art. 1988 c.c, dispensa colui a favore del quale è stato fatto dall'onere di provare il rapporto fondamentale, che si presume sino a prova contraria.

Per quanto riguarda invece il credito iscritto a ruolo derivante dall'omissione contributiva contestata alla società opponente con verbale di accertamento della Direzione Provinciale del Lavoro del 22 luglio 2006, è pacifico tra le parti che la società opponente abbia instaurato un rapporto di lavoro con la sig.ra G.T. nel periodo dal febbraio al marzo 2006 (essendo pacifico in tal senso l'errore materiale contenuto nella cartella esattoriale, che fa invece riferimento al periodo dal febbraio all'aprile 2005).

E' pure pacifico che il rapporto con la sig.ra T. sia stato formalizzato come un contratto di lavoro a progetto.

Secondo tale contratto, il progetto consisteva *"nel porre in essere tutte le attività necessarie al riordino dei negozi aziendali di via Lomellini 24r 16124 Genova e via S. Luca 88r 16124 Genova dell'azienda G. Z. s.r.l.*

Il lavoratore su proposta del datore dovrà porre in essere tutte le attività necessarie al fine di realizzare un riassetto polifunzionale della struttura dei punti vendita aziendali, attraverso il ricollocamento e il riassetto della merce, al fine di rendere più agevole e veloce la classificazione della merce stessa.

Inoltre il collaboratore sarà chiamato a prendere parte all'attività di confezionamento di capi di abbigliamento a supporto del personale dipendente già adibito a tale mansione.

L'organizzazione ed il coordinamento del progetto sarà di competenza dell'amministratore unico che indicherà le linee guida in merito agli obiettivi progettuali.

Il lavoratore svolgerà l'incarico garantendo la propria presenza presso la sede dell'azienda committente ovvero in qualunque altro luogo ove ritenga utile ed opportuna la stessa in relazione al miglior risultato dell'incarico e potrà utilizzare le attrezzature e quant'altro necessario messo a disposizione dal committente, movendosi in sintonia con le eventuali indicazioni del committente e coordinando il proprio operato con quello di eventuali dipendenti o collaboratori".

Ai sensi dell'art. 61 D.Lgs. n. 276/2003, *"… i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personali e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409 n. 3 del codice di procedura civile devono essere riconducibili ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa".*

Il legislatore non chiarisce che cosa debba intendersi per progetto, programma o fasi di lavoro.

Secondo un'interpretazione, si potrebbe distinguere tra l'esposizione di un'idea da realizzare ("progetto") ed il piano di attuazione di tale idea ("programma"): il progetto sarebbe proprio di prestazioni dotate di alta qualificazione, ben determinate, non standardizzate, caratterizzate da un contenuto ideativo particolareggiato, mentre nel programma prevarrebbe una fase meramente esecutiva, rappresentando il programma l'enunciazione di ciò che si è concordato di fare.

Secondo una diversa opinione, la nozione di progetto andrebbe invece riferita all'ipotesi di uno schema di collaborazione totalmente estraneo rispetto all'attività aziendale e/o dotato di originalità assolutamente più marcata ed evidente rispetto agli altri due termini, mentre il riferimento al programma consentirebbe di inserire quale oggetto del contratto a progetto anche un'attività costituente una fase o un segmento dell'attività aziendale, purché potenzialmente isolabile e di fatto distinta. Infine, il concetto di fase potrebbe essere utilmente interpretato per permettere alle aziende di realizzare progetti di grandi dimensioni tramite l'adibizione agli stessi di un numero rilevante di collaboratori, ognuno dei quali incaricato di svolgere singole e determinate fasi dell'unico progetto.

Secondo la circolare ministeriale n. 1/2004 per progetto dovrebbe intendersi un'attività produttiva ben identificabile, funzionalmente collegata alla realizzazione di un determinato risultato finale, cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione, e connessa all'attività principale o accessoria dell'impresa committente. Il programma di lavoro consisterebbe, invece, in un tipo di attività cui non è direttamente riconducibile un risultato finale ma piuttosto un risultato intermedio o parziale, destinato ad essere integrato, in vista di un risultato finale, da altre lavorazioni e risultati parziali.

Infine secondo altri studiosi, i due termini sarebbero, invece, sinonimi o, comunque, complementari e il riferimento contenuto nella norma ad un progetto o ad un programma (termini che secondo il vocabolario della lingua italiana possono essere utilizzati anche come sinonimi) costituirebbe un'endiadi, da interpretarsi nel senso di necessaria

esposizione o enunciazione di ciò che il committente intende realizzare, a prescindere da qualsiasi altro attributo.

In realtà non sembra necessario stabilire le nozioni di progetto, di programma e di fase di esso e/o se esse coincidano, essendo sufficiente, per quanto qui rileva, evidenziare che la dottrina e le prime pronunce di merito intervenute in materia concordano nell'individuare quantomeno due requisiti minimi richiesti perché si possa parlare di progetto o programma o fase di lavoro e cioè che l'attività affidata al consulente sia in primo luogo specifica ed in secondo luogo temporanea.

Per quanto riguarda il primo requisito, deve rilevarsi l'art. 61 D.Lgs. n. 276/2003 stabilisce che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale, debbano essere riconducibili a uno o più *"specifici"* progetti o programmi di lavoro o fasi di esso e il successivo art. 69 prevede poi che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno "specifico" progetto, programma di lavoro o fase di esso siano da considerarsi rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Inoltre l'art. 62, nell'introdurre un requisito di forma scritta, sia pure soltanto *ad probationem,* impone alle parti, e in specie al committente, un onere descrittivo rigoroso, richiedendo *"l'indicazione del progetto o programma di lavoro, o fasi di esso, individuata nel suo contenuto caratterizzante"* (lettera b) e la specificazione delle *"forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa, che in ogni caso non possono essere tali da pregiudicare l'autonomia nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa"* (lettera d).

La previsione della specificità del progetto e/o programma di lavoro è del tutto coerente con l'autonomia che deve caratterizzare la prestazione lavorativa del collaboratore. Quest'ultimo, infatti, non mette a disposizione le proprie energie lavorative, come nel lavoro subordinato, ma un'opera o un servizio, che devono essere predeterminati dalle parti e che, essendo per definizione continuativi nel tempo, ipotizzano una pianificazione dell'attività che sarà poi prestata dal lavoratore in autonomia.

Il progetto o programma di lavoro di cui all'art. 61, co. 1° devono poi essere anche intrinsecamente limitati nel tempo, come si evince dall'intera disciplina dell'istituto.

Già l'art. 4 della legge delega 14 febbraio 2003 n. 30 richiedeva che i nuovi contratti rientranti nel novero delle collaborazioni coordinate e continuative dovessero essere stipulati con *"atto scritto da cui risultino la durata, determinata o determinabile, della collaborazione"*.

In applicazione di tale principio l'art. 62 co. 1 lett. a) D.Lgs. n. 376/2003 prescrive che il contratto di lavoro a progetto debba contenere l'indicazione scritta, sempre *ad probationem, "della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro"*.

Il successivo art. 67 co. 1° stabilisce che "i *contratti di lavoro di cui al presente capo si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto"*.

Tali dati normativi risultano decisivi al fine di configurare il lavoro a progetto come un rapporto necessariamente a tempo determinato.

La collaborazione deve dunque essere finalizzata alla realizzazione di una specifica

opera o servizio, il cui raggiungimento esaurisce il rapporto (ad esempio, lo sviluppo di un software aziendale) oppure deve essere funzionale ad un'attività (e ad un'esigenza) del committente temporalmente definita o definibile (ad esempio, l'esecuzione di un appalto).

In altre parole, il contratto di lavoro a progetto deve avere ad oggetto o prestazioni che per loro natura sono destinate a terminare con l'esecuzione dell'opera o del servizio oppure prestazioni suscettibili di esecuzione continuativa, per le quali il termine finale del rapporto a progetto deriva dal carattere temporaneo della esigenza del committente.

Alla luce di quanto si è sin qui argomentato, il contratto di lavoro a progetto per cui è causa non risulta conforme allo schema legale sia per difetto del requisito della specificità, sia per difetto del requisito della temporaneità.

Sotto il primo profilo ora detto, la descrizione del progetto contenuta nel contratto risulta del tutto insufficiente.

Come già rilevato, nel contratto il progetto è individuato da un lato in *"tutte le attività necessarie al fine di realizzare un riassetto polifunzionale della struttura dei punti vendita aziendali, attraverso il ricollocamento e il riassetto della merce, al fine di rendere più agevole e veloce la classificazione della merce stessa"* dall'altro nel *"prendere parte all'attività di confezionamento di capi di abbigliamento a supporto del personale dipendente già adibito a tale mansione"*.

Il progetto non è dunque specifico sia perché non è chiaro che cosa debba intendersi per *"riassetto polifunzionale della struttura",* sia perché l'attività richiesta alla lavoratrice non è unica, bensì duplice (il riassetto polifunzionale e il confezionamento dei capi di abbigliamento) e il contratto non indica in quale parte e con quali criteri la lavoratrice debba occuparsi dell'una e dell'altra attività.

Mancando dunque un'adeguata individuazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso, il rapporto deve considerarsi (o, più propriamente, deve presumersi) subordinato, con spostamento a carico del committente dell'onere di provare che esso si è svolto con modalità proprie del lavoro autonomo.

Si aggiunga che l'attività di riassetto della merce e l'attività di confezionamento dei capi di abbigliamento costituiscono parte essenziale ed imprescindibile dell'attività aziendale, sicché non sussiste neppure il requisito della temporaneità dell'esigenza del committente.

La proroga del contratto a progetto dopo la prima scadenza (individuata dopo soli 15 giorni) con prosecuzione della medesima attività costituisce una spia significativa della inesistenza di un risultato predeterminato, individuabile e temporalmente delimitato.

Il termine apposto al contratto di lavoro a progetto non risulta quindi in alcun modo correlato (né è stato dedotto che sia correlato) ad una necessità di carattere temporaneo della società ricorrente.

Anche sotto questo secondo, ma ugualmente dirimente, profilo, il rapporto intercorso tra le parti non risulta riconducibile ad uno specifico progetto o programma di lavoro.

Ed allora deve richiamarsi il disposto dell'art. 69 co. 1° D.Lgs. n. 276/2003 (rubricato *"divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto"),* ai cui sensi *"i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase*

di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto".

Si discute se la presunzione di subordinazione introdotta dalla norma sia assoluta o soltanto relativa, ovvero se la disposizione consenta al committente di fornire al contrario la prova dell'esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo.

Tale complessa questione non rileva in questa sede, essendo sufficiente evidenziare come il legislatore in presenza di una prestazione lavorativa prestata con i caratteri della personalità, della continuità e della coordinazione e senza l'individuazione di uno specifico progetto abbia stabilito doversi - quantomeno - presumere la natura subordinata del rapporto.

Nella specie il legale rappresentante della società ricorrente, in sede di libero interrogatorio, ha dichiarato che la sig.ra T. si occupava:

- di mettere a posto il negozio di via S. Luca;
- di insegnare al commesso di via S. Luca come fare le vetrine ed avviare il negozio;
- saltuariamente, di collaborare all'allestimento della vetrina del negozio di via Lomellini;
- saltuariamente, di servire i clienti del negozio di via S. Luca in modo da insegnare al commesso come rapportasi con il cliente.

Per quanto riguarda il valore processuale da attribuire a tali dichiarazioni, deve rilevarsi che, secondo l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza, l'interrogatorio libero delle parti previsto dall'art. 420 c.p.c. per il rito del lavoro, analogamente a quello previsto, per il rito ordinario, dall'art. 117 c.p.c., non costituisce un mezzo di prova, non essendo preordinato a provocare la confessione della parte, ma a chiarire e precisare i fatti di causa.

Tuttavia, specie nelle controversie di lavoro, nelle quali l'interrogatorio libero è previsto quale un atto istruttorio obbligatorio del giudice di primo grado, le dichiarazioni rese in tale sede dalla parte possono costituire il fondamento, anche unico, del convincimento del giudice.

"Pervero, pur non assurgendo a prova legale (cioè con efficacia formalmente confessoria) le ammissioni della parte in sede di interrogatorio libero, non può essere negata una qualche efficacia probatoria alle dichiarazioni in esame e non ritenere che scopo dell'istituto sia proprio quello di individuare le questioni effettivamente controverse, di valutare in conseguenza le necessità istruttorie e di ricavare ove possibile argomenti di prova circa i fatti controversi dalle risposte delle parti, anche perché resta valido il principio a mente del quale la prova è irrilevante ove abbia ad oggetto fatti pacifici per essere stati ammessi dalle parti e per avere la parte interessata basato il suo sistema decisivo su argomenti logicamente incompatibili con il loro disconoscimento " (Cass., 2 aprile 2002, n. 4685).

Il libero interrogatorio nel processo del lavoro *"ha molteplici funzioni: mettere a fuoco, attraverso il rapporto diretto con le parti, il tema oggetto della controversia, sfrondare il fatto e le esigenze istruttorie dalle circostanze ridondanti o non più necessarie di prova a seguito delle ammissioni o non contestazioni del convenuto; richiedere alle parti i chiarimenti necessari (art. 183 comma 3 c.p.c.) e quindi anche la precisazio-*

ne di circostanze dedotte in maniera non chiara, e tutto ciò nella maniera più efficace e produttiva, perché svolto dal giudice nel contraddittorio con le parti e i loro difensori (Cass. 27 febbraio 1990 n. 1519). La giurisprudenza di questa Corte più recente (sent. 2 aprile 2002 n. 4685) ne ha rivalutato anche la funzione probatoria, corroborando con nuovi argomenti l'indirizzo giurisprudenziale che ammette che le risposte rese dalle parti possano essere liberamente utilizzate dal giudice come elementi di convincimento (Cass. 4145/87), soprattutto se riguardano fatti che possono essere conosciuti soltanto dalle parti in causa (Cass. 8879/87), o non siano contraddette da elementi probatori contrari (Cass. 1205/90), cosi da poter essere anche unica fonte di convincimento del giudice, con la conseguenza che possono venire ammessi ulteriori mezzi di prova in relazione a fatti che non siano direttamente percepibili dalla stessa parte (Cass. 5590/99)" (Cass., 6 dicembre 2004, n. 22829).

Del resto, secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761), nel rito del lavoro il limite per la contestabilità dei fatti costitutivi originariamente incontestati si identifica con quello previsto dall'art. 420 co. 1° c.p.c. per la modificazione delle domande, eccezioni e conclusioni già formulate.

Nella specie le circostanze esplicitamente ammesse dal legale rappresentante della società ricorrente in sede di libero interrogatorio non possono che ritenersi definitivamente incontestabili.

Orbene, non vi è dubbio che, sulla base di quanto dichiarato dal legale rappresentante della società opponente, la sig.ra T. non si fosse impegnata a fornire alla società un *opus* predeterminato, bensì - sostanzialmente - a mettersi a disposizione per soddisfare le esigenze contingenti e di volta in volta mutevoli della società di mettere a posto il negozio di via S. Luca e/o di insegnare al commesso di via S. Luca come fare le vetrine ed avviare il negozio e/o di collaborare saltuariamente all'allestimento della vetrina del negozio di via Lomellini e/o di servire saltuariamente i clienti del negozio di via S. Luca in modo da insegnare al commesso come rapportasi con il cliente.

In altre parole, la lavoratrice, non essendo stata investita di un incarico predeterminato, ma essendo, invece, richiesta di attività mutevoli in ragione delle esigenze della società, era sottoposta agli ordini ed alle direttive dei responsabili della società, cioè, infine ed in sostanza, esisteva un potere di supremazia gerarchica del datore di lavoro.

Risultano dunque smentiti i capitoli dedotti dalla opponente in ordine al fatto che la sig.ra T. fosse esonerata da vincoli gerarchici e godesse di autonomia gestionale nello svolgimento della propria attività (capitolo quest'ultimo peraltro del tutto valutativo e perciò stesso inammissibile).

Sussistono poi nella fattispecie una serie di criteri sintomatici dell'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente, quali:

- l'inesistenza di una sia pur minima organizzazione imprenditoriale da parte della lavoratrice;
- la continuità della prestazione;
- la retribuzione in misura fissa mensile;
- l'incidenza del rischio attinente all'esercizio dell'attività esclusivamente sulla società;
- l'inserimento della lavoratrice nell'organizzazione aziendale.

Nel contesto sopra descritto risulta quindi irrilevante l'ulteriore capitolo di prova dedotto dalla società ricorrente in ordine al fatto che la sig.ra T. non fosse soggetta ad un vincolo di orario e ciò in quanto l'assoggettamento ad un rigido orario di lavoro integra un indice soltanto sussidiario e non decisivo della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

L'opposizione deve pertanto essere integralmente respinta.

La novità della questione giustifica peraltro la compensazione tra le parti delle spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1990, p. 1394

Prestazioni - Invalidi civili - Esenzione dal ticket - Legittimazione passiva dell'INPS - Carenza

Tribunale di Genova - 10.02.2009 n. 245 - Dott.ssa Melandri - M.L. (Avv. Fava) - INPS (Avv. Capurso) - Ministero dell'Economia e delle Finanze

Non sussiste la legittimazione passiva dell'INPS nei giudizi diretti ad ottenere esclusivamente la prestazione sanitaria (non prettamente assistenziale) dell'esenzione del ticket, previo accertamento dei requisiti sanitari previsti dalla legge per ottenere tale beneficio.

FATTO e DIRITTO - La ricorrente, sostenendo di essere affetta da gravi patologie, certificate nella documentazione medica in atti, e pertanto invalida civile ai sensi di legge, ha chiesto nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dell'INPS l'accertamento del proprio stato di invalidità nella misura del 100%, o in subordine del 67%, ai fini del riconoscimento dell'esenzione del TICKET.

Si è costituito in giudizio l'INPS eccependo il difetto della propria legittimazione passiva, trattandosi di controversia non rientrante tra quelle trasferite dallo Stato all'INPS, come sancito costantemente dalla Corte di Cassazione che ha individuato quale soggetto legittimato passivo l'Azienda Sanitaria tenuta ad erogare la prestazione stessa, ai sensi dell'art. 3 D.L. n. 502 del 1992 (Cass. n. 35000 dei 2001). Nel merito ha chiesto il rigetto del ricorso per insussistenza del requisito sanitario.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze non si è costituito in giudizio ed il giudice ne ha dichiarato la contumacia.

La causa è stata istruita con l'espletamento di C.T.U. medico-legale.

A seguito di discussione sulla legittimazione passiva, il giudice ha disposto l'integrazione del contraddittorio con la ASL n. 3 Genovese che si è costituita in giudizio eccependo a sua volta la carenza di legittimazione passiva, essendo la prestazione richiesta automaticamente conseguente al riconoscimento dello stato di invalidità, il cui giudizio di accertamento deve essere promosso, secondo la normativa vigente, nei confronti dell'INPS, quale soggetto cui la legge (L. n. 248 del 2005) ha attribuito le funzioni residuate allo Stato (e in particolare al MEF) in materia di invalidità civile dal 1.4.2007.

All'odierna udienza le parti hanno concluso come in atti e la causa viene decisa da questo giudice ex art 281 sexies c.p.c..

Per quanto riguarda il problema della legittimazione passiva, si rileva che la domanda della ricorrente è volta ad ottenere esclusivamente la prestazione sanitaria (non prettamente assistenziale) dell'esenzione del Ticket, previo accertamento dei requisiti sanitari previsti per legge per ottenere tale beneficio.

Al riguardo la Cassazione si è sempre orientata nel senso che in queste controversie la legittimazione passiva spetti solo al soggetto tenuto per legge ad erogare la prestazione, in quanto lo stato di invalidità costituisce un presupposto di fatto da accertarsi in via incidentale senza la necessità di partecipazione al giudizio del Ministero competente (prima Ministero degli Interni, poi del Tesoro - MEF e dal 1.4.22007 l'INPS).

Non si tratta quindi di una causa in materia di invalidità civile, ma di una causa avente ad oggetto l'erogazione di una prestazione sanitaria erogata per legge dalla ASL territorialmente competente.

Va pertanto dichiarato il difetto di legittimazione passiva di MEF ed INPS, con compensazione delle spese.

Esaminando il merito della questione, va rilevato che il C.T.U. ha concluso nel senso che la ricorrente deve considerarsi invalida civile nella misura del 100% a decorrere dal giugno 2007.

Tali conclusioni meritano di essere condivise, in quanto fondate su accurati esami clinici e sorrette da corretta ed esauriente motivazione, che deve intendersi qui integralmente trascritta.

Va pertanto dichiarato il diritto della ricorrente ad ottenere dall'ASL n. 3 Genovese l'esenzione totale del ticket dalla predetta data.

Le spese di lite seguono la soccombenza parziale della ASL n. 3 Genovese, essendo stata l'invalidità riconosciuta dal CTU in epoca successiva alla visita collegiale.

(Omissis)

Pensione - Invalidità ex INPDAI - Contribuzione figurativa riconosciuta ai fini della pensione di invalidità - Utilità ai fini della pensione di vecchiaia - Infondatezza

Tribunale di Genova - 07.03.2009 n. 238 - Dott.ssa. Scotto - V.C. (Avv. Bassoli) - INPS (Avv. Fuochi)

In assenza di specifica previsione normativa, la contribuzione figurativa riconosciuta ai fini della liquidazione della pensione di invalidità nella gestione ex INPDAI non può essere anche considerata utile ai fini della liquidazione della pensione di vecchiaia.

FATTO

Con ricorso depositato in data 13 dicembre 2006 il dott. V.C. esponeva:

- di essere titolare di pensione di invalidità con decorrenza dal 1 marzo 1986, liquidata dall'ex gestione INPDAI;
- di aver diritto alla conversione di detta pensione in pensione di vecchiaia al compimento del 65° anno di età, il 2 luglio 2003;
- di avere infatti maturato i requisiti anagrafici e contributivi per la pensione di vecchiaia;
- di essersi visto rifiutare tale conversione con la motivazione che egli avrebbe già goduto di una pensione più favorevole per importo e decorrenza;
- che i conteggi elaborati dall'INPS erano errati, in quanto erroneamente l'Istituto in sede di trasformazione della pensione aveva sottratto l'anzianità figurativa, che doveva invece essere mantenuta.

Il ricorrente conveniva pertanto in giudizio l'INPS per sentirlo condannare ad operare la conversione della pensione di invalidità in suo godimento in pensione di vecchiaia a decorrere dal compimento dei 65 anni di età e quindi dal 2 luglio 2003.

Si costituiva in corso di giudizio l'INPS, affermando di aver rifiutato la conversione della prestazione non perché ne mancassero i presupposti di età e contribuzione, ma perché la conversione della pensione avrebbe comportato un danno economico al pensionato e ciò in quanto la maggiorazione contributiva riconosciuta al ricorrente ai fini della liquidazione della pensione di invalidità non poteva essere utilizzata ai fini della liquidazione della pensione di vecchiaia.

Esperita CTU contabile e successivo supplemento di CTU, all'udienza del 6 febbraio 2009 la causa veniva discussa e decisa, come da dispositivo letto in udienza.

DIRITTO - Le domande sono infondate e devono essere respinte.

I fatti dedotti in giudizio sono pacifici tra le parti.

E' in particolare pacifico tra le parti:

- che il ricorrente sia titolare dal 1 marzo 1986 di pensione di invalidità liquidata dall'ex INPDAI;

- che ai fini della liquidazione di tale pensione sia stato riconosciuto al ricorrente un numero considerevole di contributi figurativi;
- che in data 2 ottobre 2003 il ricorrente abbia chiesto la conversione di tale pensione in pensione di vecchiaia, avendo compiuto in data 2 luglio 2003 i 65 anni di età ed avendo dunque raggiunto l'età della pensione di vecchiaia;
- che il ricorrente abbia in effetti maturato i requisiti contributivi ed anagrafici per la pensione di vecchiaia;
- che dunque la pensione di invalidità di cui è titolare il ricorrente sia astrattamente convertibile in pensione di vecchiaia.

Sostiene peraltro l'INPS che la conversione della pensione comporterebbe un danno economico per il ricorrente e che soltanto per tale motivo l'Istituto ha mantenuto l'originaria pensione di invalidità.

Essendo il ricorrente un pensionato appartenente all'ex INPDAI, la pensione di invalidità è stata liquidata secondo la normativa INPDAI allora vigente.

L'art. 12 D.P.R. 17 agosto 1955 n. 914, a differenza della normativa oggi vigente per gli assicurati INPS, non distingueva tra assegno e pensione di invalidità, ma, in caso di invalidità superiore al 50%, riconosceva il diritto alla pensione di invalidità, assicurando altresì un accredito contributivo variabile in ragione dell'età e del grado di invalidità.

Secondo noti principi giurisprudenziali, benché l'art. 1 della legge 12 giugno 1984, n. 222 disciplini esclusivamente la conversione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia (e non anche la conversione della pensione di inabilità in pensione di vecchiaia), *"nel vigente ordinamento previdenziale non è configurabile né un principio generale di immutabilità del titolo della pensione né il principio inverso, di portata ugualmente generale, del diritto al mutamento del suddetto titolo, atteso che il carattere frammentario del sistema normativo impone soluzioni diverse in relazione alla disciplina dei singoli istituti. Pertanto deve ritenersi consentita la conversione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, ove di questa siano maturati tutti i requisiti anagrafici e contributivi, e ciò sia in forza del disposto dell'art. 1 della legge n. 222 del 1984 (che ha introdotto la regola della trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia), sia per la natura del rischio protetto, che accomuna le due forme di tutela, le quali in attuazione dell'art. 38 Cost. garantiscono il diritto dei lavoratori a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per i casi di invalidità e vecchiaia"* (Cass., Sez. Un., 19 maggio 2004, n. 9492).

Non risultando, peraltro, espressamente disciplinata la conversione della pensione di inabilità in pensione di vecchiaia, non esiste alcuna norma che precisi se ai fini del calcolo della pensione di vecchiaia si debba tener conto oppure no della contribuzione figurativa riconosciuta al momento della liquidazione della pensione di inabilità.

Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 2 co. 3° legge 12 giugno 1984, n. 222, ai fini della liquidazione della pensione di inabilità l'anzianità contributiva del pensionato è aumentata di un periodo pari a quello compreso tra la data di decorrenza della pensione di inabilità e la data di compimento dell'età pensionabile.

Come già detto, anche la pensione di invalidità del ricorrente, liquidata dall'ex

INPDAI ai sensi della normativa all'epoca vigente per tale gestione previdenziale (e precisamente ai sensi dell'art. 12 D.P.R. n. 914/55), ha beneficiato del riconoscimento di una considerevole maggiorazione contributiva.

Si tratta dunque di stabilire se, in assenza di una specifica previsione normativa, la contribuzione figurativa riconosciuta al ricorrente al fine della liquidazione della pensione di invalidità possa essere considerata utile anche ai fini della pensione di vecchiaia.

Ritiene il giudicante che la risposta a questo quesito debba essere senz'altro negativa.

Non constano precedenti sul punto della Corte di Cassazione, ma lo stesso contrasto esistente in seno alla Suprema Corte sulla accreditabilità o meno - ai fini della trasformazione della pensione di inabilità in pensione di vecchiaia - di contributi figurativi per i periodi di godimento della pensione di invalidità nei quali non sia stata prestata attività lavorativa, secondo quanto previsto dall'art. 1, co. 10° legge n. 222/84 per l'assegno di invalidità (in senso favorevole Cass. 7 febbraio 2008, n. 2875, in senso contrario Cass., 7 luglio 2008, n. 18580(1)) presuppone la non computabilità ai fini della pensione di vecchiaia della contribuzione figurativa riconosciuta ai fini della liquidazione della pensione di inabilità.

Infatti, la questione della accreditabilità o meno di contributi figurativi per i periodi di godimento della pensione di inabilità nei quali non sia stata prestata attività lavorativa può porsi soltanto in quanto si dia per scontata la non accreditabilità della maggiorazione contributiva riconosciuta per la liquidazione della pensione di inabilità, giacché non sembra seriamente ipotizzabile che il periodo compreso tra la data di decorrenza della pensione di inabilità e la data di compimento dell'età pensionabile possa dare luogo ad un accredito figurativo addirittura doppio, uno in ragione della maggiorazione prevista per la pensione di inabilità e un altro in ragione del godimento della pensione di inabilità (tenuto conto che, ai sensi dell'art. 5 co. 2° legge n. 222/84, i titolari di pensione di inabilità non possono prestare attività lavorativa).

La sentenza della Corte di Cassazione 7 luglio 2008, n. 18580, da ultimo citata, afferma peraltro principi generali propri dell'assicurazione A.G.O., che possono essere utilmente richiamati anche per la fattispecie per cui è causa.

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

sulla pensione di invalidità e quella sull'assegno di invalidità, là dove quest'ultimo, segnatamente, è sottoposto a condizioni più rigorose, anche e soprattutto rispetto al trattamento dei superstiti.

Ne consegue che è ben possibile la trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia al compimento dell'età pensionabile, giacché la contribuzione indistinta e globale versata specifica i suoi effetti rispetto ad eventi che si succedono cronologicamente durante il rapporto assicurativo, per cui è coerente con il sistema l'utilizzazione della posizione assicurativa secondo il verificarsi degli eventi, ed anche se l'assicurato ha accettato la prestazione conseguente al verificarsi del primo evento, non per questo perde il diritto alla prestazione prevista per un secondo evento, stante che la prima non ha esaurito il rapporto previdenziale e che i contributi sono versati senza distinzione per tutti i rischi coperti dall'assicurazione.

Tuttavia, in mancanza di disposizioni specifiche che prevedano interferenze e collegamenti tra il diritto all'una e l'altra prestazione, ciascuna di queste non può che restare subordinata al verificarsi dei fatti costitutivi rispettivamente prescritti, e quindi, ai fini del diritto a pensione di vecchiaia è necessario il conseguimento sia del requisito anagrafico, sia del requisito contributivo, a nulla rilevando la titolarità di altra prestazione, come la pensione di invalidità" (Cass., 7 luglio 2008, n. 18580).

Sulla base dei principi sopra richiamati la sussistenza dei requisiti contributivi per la pensione di vecchiaia deve essere valutata senza tener conto della titolarità della pensione di inabilità e dunque senza tener conto della contribuzione figurativa prevista per la liquidazione di tale pensione.

Espletata CTU contabile, è emerso chiaramente che la pensione di vecchiaia, liquidata senza la contribuzione figurativa, sarebbe di importo inferiore a quella attualmente in godimento del ricorrente.

Le domande del ricorrente devono pertanto essere respinte.

La novità della questione giustifica la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite.

Essendo stata fatta la CTU nell'interesse generale della giustizia e, correlativamente, nell'interesse comune delle parti, le relative spese devono essere poste a carico di tutte le parti in misura uguale (Cass., 8 settembre 2005, n. 17953; Cass., 10 ottobre 2006, n. 21701).

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2008, p. 690

Pensioni - Benefici per esposizione all'amianto - Certificazione Inail - Non veridicità - Conseguenze

Tribunale di Genova - 05.02.2009 n. 231 - Dott. Basilico - S.E. (Avv. De Leo) - INPS (Avv. Fuochi)

Deve dichiararsi inammissibile il ricorso giudiziario diretto alla rivalutazione dei contributi per esposizione ad amianto, laddove in sede istruttoria venga accertata la non veridicità della certificazione INAIL posta a fondamento della pretesa.

FATTO e DIRITTO - Va disattesa la preliminare eccezione d'inammissibilità della domanda nei confronti dell'INPS, fondata su un duplice argomento: la carenza di legittimazione passiva dell'Istituto, a seguito della riforma introdotta con l'art. 47 d.l. 269/2003, ed il difetto di un interesse attuale del ricorrente al riconoscimento della rivalutazione.

Sotto il primo profilo va osservato come la norma invocata da parte attrice recita: *"I lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento dei benefici di cui al comma 3, compresi quelli a cui è stata rilasciata certificazione dall'INAIL prima del 1 ottobre 2003, devono presentare domanda alla Sede INAIL di residenza entro 180 giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto interministeriale di cui al comma 6, a pena di decadenza del diritto agli stessi benefici"*.

L'art. 3, comma 132, della l. 350/2003 (legge finanziaria per l'anno 2004) ha poi stabilito che, *"in favore dei lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 2.10.2003, il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13 comma 8 della Legge 27 marzo 1992 n. 257, e successive modificazioni, sono fatte salve le disposizioni previgenti alla medesima data del 2 ottobre 2003. La disposizione di cui al primo periodo si applica anche a coloro che hanno avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengano sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data. Restano valide le certificazioni già rilasciate dall'INAIL"*.

Questa disposizione introduce dunque una clausola di salvezza per l'applicazione della disciplina previgente. Il ricorrente ha dimostrato documentalmente che prima del 2.10.2003 [all. 1 e 2 al ricorso] l'INAIL gli aveva riconosciuto l'esposizione all'amianto per determinati periodi. Tali comunicazioni presuppongono evidentemente un'istanza, formulata in via amministrativa dal ricorrente in data anteriore.

Orbene, *"in tema di benefici previdenziali in favore dei lavoratori esposti all'amianto, l'art. 3, comma centotrentadue, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, che - con riferimento alla nuova disciplina introdotta dall'art. 47, comma primo, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 (convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326) - ha fatto salva l'applicabilità della precedente disciplina, prevista dall'art. 13 della legge 27 marzo 1992, n. 257, per i lavoratori che alla data del 2 ottobre 2003 abbiano avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL od ottenuto sentenze favorevoli*

per cause avviate entro la medesima data, va interpretato nel senso che: a) per maturazione del diritto deve intendersi la maturazione del diritto a pensione; b) tra coloro che non hanno ancora maturato il diritto a pensione, la salvezza concerne esclusivamente gli assicurati che, alla data indicata, abbiano avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva" [Cass., sez. lav., 15 luglio 2005, n. 15008].

Alla luce dei documenti di cui si è detto, risulta provata l'instaurazione e la definizione d'un procedimento amministrativo anteriormente al 2.10.2003. La posizione del ricorrente rientra pertanto tra quelle da ultimo evidenziate dalla Suprema Corte nella sentenza citata e rimane perciò soggetta all'applicazione della norma di cui all'art. 13 comma 8 l. 257/92.

Questa conclusione è già di per sé sufficiente a negare fondamento all'eccezione di difetto legittimazione passiva dell'INPS. Infatti, *"allorché il lavoratore chieda in giudizio l'accertamento del diritto alla rivalutazione del periodo lavorativo nel quale è stato esposto all'amianto, ai sensi dell'art. 13, 8° comma, l. n. 257 del 1992 (come modificato dall'art. 1, 1° comma, d.l. 169 del 1993, convertito con modificazioni nella l. n. 271 del 1993), l'unico soggetto legittimato a stare in giudizio è l'ente previdenziale, che è il solo soggetto tenuto ad operare la rivalutazione, atteso che la disposizione citata finalizza il beneficio dell'accredito figurativo ad una più rapida acquisizione dei requisiti contributivi utili per ottenere le prestazioni pensionistiche dell'assicurazione generale obbligatoria (e non all'attribuzione delle diverse prestazioni oggetto del regime assicurativo a carico dell'Inail) e che, d'altronde, la stessa disposizione - diversamente da quella contenuta nel 7° comma del medesimo art. 13 relativa ai lavoratori che abbiano contratto malattie professionali - non prescrive l'assolvimento di alcun incombente da parte dell'Inail (quale la <documentazione> dell'avvenuta esposizione all'amianto); pertanto, se pure l'istituto assicurativo sia intervenuto nel procedimento amministrativo (od anche in quello contenzioso) - nell'ambito di una domanda intesa all'attribuzione del predetto accredito contributivo - per attestare, quale soggetto fornito di specifica competenza tecnica, l'esposizione a rischio del lavoratore, ciò non comporta che il relativo accertamento (rilevante ai soli fini probatori) assuma carattere pregiudiziale e vincolante valga a far assumere allo stesso istituto la veste di soggetto passivo della domanda del lavoratore, non avendo la richiamata disciplina apportato alcuna innovazione rispetto al principio generale secondo cui la legittimazione alla causa è connessa alla titolarità del rapporto sostanziale"* [Cass., sez. lav., 19 giugno 2002, n. 8937. Nello stesso senso, tra le altre, Cass., sez. lav., 28 giugno 2001, n. 8859].

Il principio dettato dalla Suprema Corte indirizza anche la soluzione della questione posta dall'INPS nella discussione della causa con l'istanza di chiamata in causa dell'INAIL ai sensi della sopravvenuta disciplina contenuta negli artt. 47 d. l. 269/2003 (conv. nella legge 326/2003) e 3, comma 132, l. 350/2003. Il combinato disposto non apporta infatti modifiche al regime sostanziale del rapporto, restando l'INPS l'unico ente chiamato all'accredito pensionistico. Ha peraltro rilievo ancora preliminare nella causa la constatazione che il ricorrente fa questione della rivalutazione del carico contributivo solo sulla base di dichiarazioni contenenti riconoscimento di esposizione ad amianto,

rilasciate dall'INAIL anteriormente al 2.10.2003. La disposizione transitoria contenuta nella prima parte del comma 132 dell'art. 1 l. 350/2003 fa senz'altro salva in queste ipotesi l'applicazione della normativa previgente, con i conseguenti principi in punto di soggetto passivamente chiamato a rispondere in giudizio della domanda.

Va pertanto disattesa l'istanza di chiamata in causa dell'INAIL.

Circa l'interesse ad agire in capo al lavoratore, si è ancora di recente espressa la Suprema Corte affermando, anzi, che *"scopo della legge è quello di sostenere i lavoratori destinati a perdere il posto di lavoro in conseguenza della soppressione delle lavorazioni dell'amianto ed il sostegno viene offerto con l'erogazione del trattamento straordinario di cassa integrazione e con norme che consentano di conseguire la pensione di vecchiaia o di anzianità - che prevedibilmente non maturerebbero essendo difficile una nuova collocazione sul mercato del lavoro - attraverso il prepensionamento o attraverso una supervalutazione dei periodi assicurativi di esposizioni all'amianto"* [Cass., 3 aprile 1998, n. 7407(1), la quale ha per converso escluso dal beneficio il pensionato].

Nel merito, le domande attrici non sono fondate.

S.E. ha ottenuto, con le dichiarazioni di cui s'è detto, il riconoscimento dall'INAIL della propria esposizione professionale e qualificata all'amianto per i seguenti periodi non continuativi: 1.1.79-30.3.81; 2.11.82-31.1.86; 19.5.89-31.12.98. Ha chiesto estendersi il predetto riconoscimento anche ai periodi 19.6.86-12.5.89 e 2.2.98-19.3.2001, durante i quali avrebbe svolto attività lavorativa analoga, sempre nello stesso ambiente di lavoro (lo stabilimento dell'impresa S.) ed alle dipendenze di un'impresa in parte coincidente (T.G., per il primo periodo). Ha dunque dedotto prove per testimoni sulle mansioni svolte in questi due specifici periodi.

Quanto alle dichiarazioni INAIL prodotte in causa, l'Istituto è l'ente deputato all'accertamento del presupposto di fatto di cui all'art. 13 comma ottavo l. 257/92. Ai sensi dell'art. 18 comma ottavo della legge 179/2002, del resto, *"Le certificazioni rilasciate o che saranno rilasciate dall'INAIL sulla base degli atti d'indirizzo emanati sulla materia dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali antecedentemente alla data di entrata in vigore della presente legge sono valide ai fini del conseguimento dei benefici previdenziali previsti dall'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1991, n. 257, e successive modificazioni"*. Precisa l'art. 1, comma 132, l. 350/2003 che, pur nel nuovo regime introdotto anche con la legge 326/2003, *"restano valide le certificazioni già rilasciate dall'INAIL"*.

L'inattendibilità del contenuto delle dichiarazioni emerge peraltro già da un primo raffronto col contenuto del ricorso. Il documento rilasciato il 29.5.2003 [all. 1 ric.] attesta infatti un'esposizione continuativa malgrado il lavoratore ammetta, nel proprio atto introduttivo, interruzioni del proprio servizio alcuni momenti intermedi (14.4.92-10.6.92; 1.8.96-6.9.96). L'estratto contributivo acquisito in corso di causa ha inoltre evidenziato ripetute sospensioni dei rapporti lavorativi, all'interno del periodo cosi certificato, per cassa integrazione guadagni. Di questi l'INAIL non risulta avere tenuto conto.

Interpellato su tali contraddizioni, l'Istituto ha riferito, con comunicazione dell'11.6.2008, che *"non risulta che il riconoscimento del rischio amianto sia mai stato materialmente accertato da Inail (CONTARP) o da Direttive Ministeriali"*, con riguardo

ai datori di lavoro del ricorrente. Quanto all'impresa S., "si *precisa che comunque il riconoscimento, basato su parere CONTARP INAIL, è stato ammesso, per alcune categorie di operatori, fino al limite massimo dell'anno 1992"*. Non solo, dunque, risultano ignote all'ente le aziende alle cui dipendenze il lavoratore lavorò, ma neppure è coerente con gli accertamenti eseguiti presso la S. la dichiarazione di esposizione fino al 1998, rilasciata il 29.5.2003.

Sentito come testimone, il direttore della sede INAIL di Genova si è detto *"sorpreso"* del contenuto di tale certificazione. Rilevando diverse incongruenze nelle risultanze degli atti rilasciati in epoca passata dal proprio ente, ha escluso che esso fosse legittimato a lasciare dichiarazioni di esposizione all'amianto oltre il 31.12.92 ed ha recisamente negato che le aziende datrici di lavoro del ricorrente fossero mai state oggetto d'indagine a questo scopo.

Il complesso di elementi cosi raccolti comporta una valutazione di non veridicità del contenuto delle certificazioni rilasciate al ricorrente. A prescindere dalla loro valenza sul piano amministrativo - che la difesa attrice vorrebbe salvaguardata in attesa dell'annunciato provvedimento di loro annullamento in via di autotutela - il giudice deve valutarne l'attendibilità sul piano probatorio, non potendo certamente restarne vincolato in presenza di riscontri che ne sconfessano la portata. Tale attendibilità è, per quanto s'è detto, nulla.

Il ricorrente non ha chiesto accertarsi in sede processuale la sussistenza dell'esposizione qualificata anche per i periodi oggetto di certificazione. Venuta meno l'efficacia probatoria dei documenti rilasciati dall'INAIL, manca dunque la possibilità di pervenire in giudizio all'accertamento di un'esposizione lunga almeno un decennio, giacché i due periodi oggetto delle specifiche domande sono complessivamente di minore durata.

Di conseguenza, la pronuncia richiesta è priva di utilità giuridica per il ricorrente.

Non essendo ravvisabile un suo interesse ad agire, il ricorso va dichiarato inammissibile.

Poiché non v'è prova, allo stato, che le rilevate incongruenze delle certificazioni INAIL siano imputabili alla persona del ricorrente e considerata la complessità della causa trattata, le spese di lite vanno integralmente compensate tra le parti.

Le risultanze acquisite fanno emergere elementi di reato, ai sensi degli artt. 81 cpv. e 479 c.p., commessi in Genova in date 29.5.2003 e 27.12.2004, a carico di P. P., allora direttore INAIL della sede locale e sottoscrittore dei due certificati. Gli atti del processo vanno pertanto trasmessi alla Procura della Repubblica in sede.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1997, p. 740

Processo civile - Opposizione a cartella di pagamento per crediti contributivi - Vizi del procedimento di riscossione - Vizi formali della cartella - Rimedi - Ricorso ex artt. 615-617 c.p.c.
Contributi - Contribuzione cassa integrazione guadagni - Disciplina di esonero - Norme di stretta interpretazione - Requisiti soggettivi - Società municipalizzata di diritto privato partecipata da ente pubblico - Esenzione - Non spetta
Contributi - Contribuzione disoccupazione involontaria - Esonero - Requisiti - Stabilità d'impiego - Sussistenza in capo a società partecipante - Non rileva

Tribunale di Milano - 04.02.2009 n. 505 - Dott.ssa Gasparini - A.E.M. spa (Avv.ti Gentile, Ciampolini, Bianchi) - INPS-SCCI (Avv. Cama) - ESATRI spa (Avv. Conforti)

1. Le opposizioni che riguardano la regolarità del procedimento di riscossione e la regolarità formale della cartella costituiscono opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi che, ai sensi dell'art. 29 D. Lgs. n. 467/99, devono proporsi nei termini e nelle forme ordinari.
2. Le norme che prevedono misure di tenore esonerativo o agevolativo in materia contributiva sono eccezionali e di stretta interpretazione; l'esonero dalla contribuzione CIG spetta solo in caso di impresa pubblica, tale non potendosi ritenere una società municipalizzata che, pur sottoposta, tramite il sistema del c.d. golden share, all'influenza dominante di un ente pubblico, non muta la sua natura di soggetto di diritto privato.
3. L'esonero contributivo dalla contribuzione per disoccupazione involontaria spetta ai soggetti che abbiano ottenuto decreto ministeriale attestante che essi assicurano al proprio personale la stabilità d'impiego e non a chi vanti siffatto provvedimento in modo derivato, per esserne stata destinataria la società partecipante al proprio azionariato.

FATTO - Con ricorso al Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, depositato in data 24/10/06, la società in epigrafe indicata proponeva opposizione avverso la cartella esattoriale n. 068 2006 0225851229000, notificata in data 18/9/06, con la quale le veniva chiesto il pagamento dell'importo di € 770.878,34 a titolo di contributi previdenziali per lavoratori dipendenti e somme aggiuntive afferenti al periodo dal novembre 2001 all'agosto 2005. La società opponente chiedeva l'accertamento della nullità o illegittimità della cartella e del ruolo opposti, ed in ogni caso l'annullamento e la revoca degli stessi, nonché l'accertamento della insussistenza di tutti i crediti vantati dall'INPS per contributi per CIG-CIGS e mobilità , per la DISOCCUPAZIONE INVOLONTARIA, per la MALATTIA, per la MATERNITA'; quanto al contributo CUAF, chiedeva accertarsi che il contributo medesimo è dovuto nella misura ridotta del 1,68%, effettivamente versata, previa eventuale trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale in relazione alla sollevata eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma

238, della l. n. 662/96; sul punto venivano depositate note autorizzate in data 30/5/08.

L'opponente, in via subordinata, contestava anche la quantificazione delle somme aggiuntive.

Costituendosi ritualmente in giudizio, l'INPS e la SCCI s.p.a. rilevavano l'infondatezza delle pretese avversarie, chiedendone il rigetto.

Si costituiva anche Esatri S.p.A., rilevando la tardività delle eccezioni proposte nei propri confronti e comunque il difetto di legittimazione passiva rispetto alle eccezioni di merito.

Il Giudice, a seguito della definitiva assegnazione del fascicolo, ritenuta la causa inerente a questione di diritto, invitava i procuratori delle parti alla discussione orale e pronunciava sentenza, dando lettura del dispositivo in udienza il giorno 20/11/08.

DIRITTO - L'opposizione è parzialmente fondata quanto alla contribuzione di malattia ed è dunque accolta relativamente a detta voce contributiva della cartella opposta.

Deve innanzi tutto essere superata l'eccezione avanzata in via preliminare dall'opponente.

La società lamenta, infatti, l'omessa specificazione, nella cartella esattoriale, di alcuni degli elementi essenziali indicati nell'art. 1, comma 2, del D.M. 3-9-99 n. 321, in particolare della data di consegna al debitore dell'atto precedentemente notificato, nella specie i DM10 rettificativi.

Per il resto l'opposizione avverso la cartella di pagamento proposta ai sensi dell'art. 24 del D. Lgs. N. 46/99 attiene al merito della pretesa contributiva.

Con riferimento al primo aspetto, è ormai noto che le opposizioni che riguardano la regolarità del procedimento di riscossione e la regolarità formale della cartella costituiscono opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi che, ai sensi dell'art. 29 del D. Lgs. n. 46/99, si propongono nelle forme ordinarie.

Nel caso di specie risulta, quindi, violato il termine di 20 giorni previsto dall'art. 617 c.p.c.

Passando a considerare il merito della cartella, è pacifico che le richieste di pagamento in essa avanzate riguardano il contributo per CIG-CIGS e MOBILITA', per la DISOCCUPAZIONE INVOLONTARIA, per la MALATTIA, per la MATERNITA', ed il contributo CUAF.

Partendo dalla contribuzione di malattia, in relazione alla quale l'opposizione è accolta, si osserva che l'azienda esponente è pacificamente soggetto che eroga a proprio esclusivo carico agli operai il trattamento economico di malattia. Ebbene, nelle more del giudizio è stato emanato il D. L. n. 112/08, convertito in L. n. 133/08 che, all'art 20, comma I, ha disposto quanto segue:

"La l. 11 gennaio 1943, n. 138, art 6, comma II, si interpreta nel senso che i datori di lavoro che hanno corrisposto per legge o per contratto collettivo, anche di diritto comune, il trattamento economico di malattia, con conseguente esonero dell'Istituto nazionale della previdenza sociale dall'erogazione della predetta indennità, non sono tenuti al versamento della relativa contribuzione all'istituto medesimo. Restano acqui-

site alla gestione e conservano la loro efficacia le contribuzioni comunque versate per i periodi anteriori alla data dell'1 gennaio 2009".

La norma intervenuta, dichiaratamente di natura interpretativa e, quindi, di portata retroattiva, è applicabile nel presente giudizio, nel senso che l'INPS non può richiedere il pagamento della contribuzione di malattia nei periodi anteriori all'1/1/09, fatte salve le contribuzioni eventualmente già versate, che sono irripetibili.

Con riferimento alle contribuzioni richieste a tale titolo la cartella opposta va pertanto revocata. Sulla natura e gli effetti della norma interpretativa citata é peraltro già intervenuta la S.C. con sentenza del 4/11/08 n. 27162.

Ben consapevole della portata della nuova normativa, la difesa dell'istituto ha prodotto in giudizio la decisione della S.C. n. 15112/04 con la quale la Corte dichiarava AEM SPA obbligata a corrispondere all'INPS il contributo di malattia dal 1985; la decisione non può avere tuttavia alcuna efficacia nel presente giudizio, riguardando una società diversa dall'odierna opponente.

Passando all'analisi delle ulteriori richieste dell'INPS, quanto alla contribuzione per CIG-CIGS e mobilità si osserva quanto segue.

La società opponente, assumendo di avere natura di impresa pubblica, ritiene di essere esclusa dall'applicazione delle norme sulla cassa integrazione guadagni e dall'obbligo di versare all'INPS la relativa contribuzione, invocando, in particolare, l'art. 3 del D. Lgs. C.P.S. n. 869/1947 il quale dispone che: "Sono escluse dall'applicazione delle norme sulla integrazione dei guadagni degli operai dell'industria: … le imprese industriali degli enti pubblici, anche se municipalizzate, e dello Stato ...".

La società opponente ritiene che la tesi dell'INPS - che stabilisce l'esonero dall'obbligo contributivo CIG e CIGS solo per le aziende municipalizzate trasformate in s.p.a. solo nel caso in cui il capitale sociale sia interamente in mano pubblica - si fondi esclusivamente su una pronuncia della Cassazione invero risalente (n. 4600/93), la quale si è limitata ad accertare che una s.p.a. interamente partecipata da enti pubblici è impresa pubblica, ma senza pronunciarsi, perche il caso sottopostole non lo richiedeva, circa la possibilità o meno che ci si trovi in presenza di una impresa pubblica anche quando l'azionariato sia misto tra enti pubblici ed enti privati.

Su tale questione si sarebbe invece pronunciato il Consiglio di Stato (nella pronuncia citata dall'opponente a pag. 10 del proprio ricorso - Sez. IV, n. 1885/2000) e la società sostiene la portata generale della nozione di impresa pubblica contenuta nell'art. 2, comma 2, del D. Lgs. n. l58/1995, richiamato in tale sentenza, laddove si afferma che "si considerano imprese pubbliche le imprese sulle quali i soggetti di cui al comma 1, lettera a) (le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti territoriali e locali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati e loro associazioni, n.d.r.) possono esercitare, direttamente o indirettamente una influenza dominante perche ne hanno la proprietà o hanno in esse una partecipazione finanziaria oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione; l'influenza dominante su un'impresa è presunta quando, rispetto ad essa, i soggetti anzidetti, direttamente o indirettamente, ne detengono la maggioranza del capitale sottoscritto o hanno il diritto di nominare più

della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del comitato esecutivo o del collegio sindacale della stessa".

Da ciò deriverebbe che la società opponente rientra nella nozione di impresa pubblica, in quanto indirettamente sottoposta all'influenza dominante del Comune di Milano, che controlla la AEM s.p.a., a sua volta controllante l'opponente.

In ricorso si specifica, inoltre, che la totalità delle azioni di AEM s.p.a. è stata del Comune di Milano fino al luglio 1998, in seguito la quota di proprietà del Comune è diminuita ma mantenendo la maggioranza dal luglio 1998 all'ottobre 2004 ed è poi scesa al di sotto del 50% delle azioni ma rimanendo pari almeno al 33,4%: il possesso di tale pacchetto, unitamente alle clausole statutarie sulla nomina diretta di un certo numero di consiglieri di amministrazione (c.d. golden share) assicurerebbero comunque al Comune il controllo dell'organo di governo della società, in quanto il Comune in concreto designa sei amministratori su nove.

La tesi sostenuta in ricorso non può essere condivisa.

In primo luogo appare dubbio poter attribuire valenza generale ad una norma prevista specificamente in materia di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi da parte di soggetti pubblici: è evidente che tale norma cerca di allargare l'ambito delle imprese pubbliche, al fine di estendere l'applicazione della particolare procedura di aggiudicazione degli appalti a tale tipo di imprese. Nella fattispecie in esame, trattandosi della previsione di ipotesi di esclusione dall'obbligo contributivo, ipotesi eccezionali che il legislatore intende limitare e non certo allargare, si dovrebbe quindi optare per una soluzione più restrittiva. Deve poi aggiungersi le S.U. della Cassazione, nella sentenza n. 7799/05, pur non affrontando lo specifico tema in esame, hanno affermato che "la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perche lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico".

Pertanto il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al Comune non essendo consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni: l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società solo in veste di socio, eventualmente di maggioranza, ma non mediante l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ("avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società").

La suddetta sentenza non esclude che anche un ente a struttura societaria possa assumere natura pubblicistica, ma circoscrive tale possibilità ai soli casi di espressa previsione legislativa o ai casi in cui ricorrano particolari condizioni che comportino un alterazione consistente del modello societario tipico. Con riferimento alla sentenza del Tribunale di Genova del 17/5/04, n. 464 citata in ricorso, si tratta di una fattispecie diversa da quella oggetto del presente giudizio: infatti il Tribunale di Genova ha rite-

nuto che fosse impresa pubblica l'impresa il cui capitale era in maggioranza in mano pubblica, mentre il Comune di Milano pacificamente dalla fine del 2004 non è più titolare del pacchetto di maggioranza di AEM s.p.a., come affermato dalla stessa difesa dell'opponente a pag. 12 del proprio ricorso.

Alla luce della considerazioni esposte, la pretesa di esonero dalla contribuzione CIG e CIGS e mobilità deve essere rigettata.

Quanto ai contributi per DISOCCUPAZIONE INVOLONTARIA, si ricorda che l'obbligatorietà dell'assicurazione per la disoccupazione involontaria è stabilita dall'art. 37, del R.D.L. n. 1827/1935 "salvo le esclusioni stabilite dal presente decreto".

Il successivo art. 40 n. 2 prevede appunto che "Non sono soggetti all'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria: … gli impiegati, agenti e operai stabili di aziende pubbliche, nonché gli impiegati, agenti e operai delle aziende esercenti pubblici servizi e di quelle private, quando ad essi sia garantita la stabilita di impiego".

Infine l'art. 36 del D.P.R. n. 818/57 stabilisce che "ai fini dell'applicazione dell'art. 40 n. 2 R.D.L. 1827/35 e dell'art. 32 lett. b) l. 264/49, 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 un pubblico servizio, è accertata in sede amministrativa su domanda del datore di lavoro con provvedimento del Ministero del lavoro e la previdenza sociale decorrente a tutti gli effetti dalla data della domanda medesima".

La società opponente precisa di essere stata creata per scorporo da AEM s.p.a., a seguito di trasferimento di ramo d'azienda, e di essere partecipata in quota totalitaria da AEM s.p.a.

Ciò permesso, l'opponente deduce che tale società, quale azienda esercente pubblici servizi, rientri testualmente tra i soggetti ammessi ex lege al riconoscimento dell'esonero dalla contribuzione per disoccupazione involontaria.

L'opponente ha aggiunto che AEM, quando era azienda municipalizzata, ha ottenuto un provvedimento attestante la stabilità di impiego da parte del Ministero del Lavoro, con lettera 10-7-56 (cfr. doc. 20 in atti) con conseguente esplicito riconoscimento di esonero del contributo di disoccupazione volontaria, e che ha reiterato la richiesta, quando era divenuta società per azioni, senza ottenere alcuna risposta.

In ricorso si sostiene, quindi, che il provvedimento del Ministero, mai revocato, produca effetto esonerativo anche per la società opponente, in quanto società derivata che subentra, pro quota, nell'esonero contributivo a suo tempo accordato ad AEM.

Tale tesi non può essere condivisa in quanto il provvedimento di cui si sostiene l'attuale efficacia è stato emesso nei confronti di una azienda municipale ed è fondata specificamente ed esplicitamente sul presupposto dell'esame del contratto collettivo di lavoro per i lavoratori delle aziende elettriche municipalizzate 22-3-55.

Tale provvedimento non può, quindi, conservare validità in relazione a soggetti giuridici completamente diversi, come l'odierna opponente, che è soggetto giuridico autonomo e distinto, nonostante la compartecipazione di quote, rispetto ad AEM s.p.a.,

la quale a sua volta è società del tutto differente dall'allora municipalizzata AEM.

Inoltre sono mutati anche i presupposti sulla base dei quali era stato concesso l'esonero, non essendo più applicabile il c.c.n.l. allora esaminato, e la conferma di tale interpretazione deriva dal fatto che AEM s.p.a., una volta privatizzata e divenuta società per azioni, ha ritenuto necessario chiedere l'emissione di un nuovo provvedimento di esonero, evidentemente nella consapevolezza del venir meno dell'efficacia di quello ottenuto dall'Azienda Elettrica Municipale.

La società opponente deduce, inoltre, che la contrattazione collettiva applicata nel periodo precedente a quello che interessa la presente controversia garantiva un regime di stabilità e che tale regime è stato di fatto mantenuto ed applicato anche con l'entrata in vigore dei c.c.n.l. successivi, in quanto non si è proceduto ad alcun licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per ristrutturazione.

Anche questa argomentazione non appare fondata, come correttamente sostenuto dall'INPS nelle proprie difese: le norme sopra richiamate individuano due distinti sistemi: uno riguarda le pubbliche amministrazioni, le aziende pubbliche e le aziende esercenti pubblici esercizi e prevede l'automatico riconoscimento dell'esonero, quando direttamente conseguente alla stabilità del rapporto per effetto della disciplina applicabile; l'altro riguarda le aziende private e l'ipotesi in cui la stabilità non sia garantita dalla disciplina applicabile al rapporto: in questo caso la stabilità deve essere accertata in concreto, su domanda del datore di lavoro.

La società opponente non rientra né tra le aziende pubbliche, né tra le aziende esercenti un pubblico esercizio, ma è palesemente un'azienda privata, cosi come AEM s.p.a.: appare quindi superfluo ogni esame circa il livello di stabilità garantito ai dipendenti dalla contrattazione collettiva applicabile.

E' inoltre pacifico che la società non si sia mai attivata per ottenere il riconoscimento dell'esonero da parte del Ministero competente, e già si è detto circa l'irrilevanza del provvedimento ottenuto dall'Azienda Elettrica Municipale, né può essere invocata la procedura intervenuta a favore di altro ente, Enel Spa, richiamata nelle note depositate il 30/5/08.

Non sussistendo, pertanto, i presupposti per il riconoscimento del diritto della società opponente all'esonero contributivo, l'opposizione, per quanto riguarda la disoccupazione volontaria, appare infondata.

Con riferimento alle restanti contribuzioni per maternità e CUAF, si ricorda che la materia della contribuzione per prestazioni cd. "temporanee", quali quelle per maternità e CUAF, è stata regolata dall'art. 3, comma 23, della L. n. 335/95; la norma citata ha previsto, con effetto dall'1-1-96, un aumento al 32 per cento dell'aliquota di finanziamento dovuta a favore del Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti e una contestuale diminuzione delle aliquote contributive di finanziamento per le prestazioni temporanee, tra cui rientrano anche le due contribuzioni in esame, relative ai contributi per maternità e per assegni familiari.

La norma ha rimesso l'adozione delle necessarie misure di adeguamento ad un decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministro del Tesoro ed è a tal fine intervenuto il D.M. 21-2-96, il quale all'art. 1 ha introdotto

una elevazione dell'aliquota di contribuzione al FPLD dell'INPS del 4,43% (passando dal 27,57% al 32%) e una correlativa riduzione dello 0,57% per la contribuzione di maternità e del 3,72% per i contributi CUAF (riduzione che, sommata alla riduzione dello 0,14% della contribuzione per la tubercolosi porta ad una riduzione complessiva appunto del 4,43%).

L'art. 2 dello stesso D.M. ha peraltro precisato che *"le riduzioni di cui all'art. 1, comma 5, non trovano applicazione per le categorie iscritte a regimi pensionistici obbligatori diversi dal Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti"*.

La "ratio" di tale esclusione risiede, ad avviso del giudicante, nel fatto che per il Fondo Pensioni Lavoratori dipendenti, le riduzioni trovavano una compensazione nel contestuale aumento dell'aliquota contributiva generale di finanziamento, ed ha pertanto come presupposto la necessaria correlazione tra la riduzione dell'aliquota contributiva di finanziamento per maternità e CUAF e l'aumento dell'aliquota contributiva dovuta al Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti.

Si osserva invece che nel caso in esame i dipendenti dell'opponente cui la cartella fa riferimento sono iscritti ai fini pensionistici presso l'Inpdap, ossia presso un regime pensionistico diverso dal Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti gestito dall'INPS; perciò, all'eventuale diminuzione delle aliquote per prestazioni minori non potrebbe comunque corrispondere un aumento dei contributi IVS.

La pretesa dell'opponente di poter corrispondere la contribuzione in misura ridotta si pone, quindi, in evidente contrasto con la lettera e la *ratio* dell'art. 3, comma 23 citato: il D.M. 21-2-96 appare pertanto in linea con la disciplina da cui trae origine.

L'altro argomento fatto valere dalla società opponente riguarda, in particolare, il contributo di maternità; con riferimento a detta contribuzione la società ha invocato l'art. 79 del D. Lgs. n. 151/2001 il quale, al 1° comma, prevede testualmente: *"Per la copertura degli oneri derivanti dalle disposizioni di cui al presente testo unico relativi alle lavoratrici e ai lavoratori con rapporto di lavoro subordinato privato e in attuazione della riduzione degli oneri di cui all'art. 78, è dovuto dai datori di lavoro un contributo sulle retribuzioni di tutti i lavoratori nelle seguenti misure: a) dello 0,46 per cento sulla retribuzione per il settore dell'industria, dell'artigianato, marittimi e spettacolo ... "*.

La società ha precisato di aver versato il contributo di maternità nella misura ridotta al 0,46%.

In relazione alla portata generale della più nuova disciplina, con applicazione di un'aliquota unica per tutti i dipendenti, senza distinzione tra gli iscritti, la società sostiene che sia venuta meno la disciplina originariamente prevista. Ritiene, invece, il giudicante che la normativa specifica dell'art. 3, comma 23 della l. n. 335/95 debba comunque prevalere sulla disposizione dell'art. 79 in esame, in quanto disciplina speciale, non abrogata né esplicitamente né implicitamente dalle norme successive, costituendo il citato art. 79 una semplice applicazione della precedente norma: infatti la riduzione dal contributo pieno dello 1,03% all'aliquota dello 0,46% costituisce appunto applicazione della riduzione dello 0,57% prevista dal D.M. 21-2-96(1,03-0,46 = 0,57).

Anche in relazione all'art. 79 valgono, quindi, gli stessi limiti già evidenziati per

l'applicazione della riduzione prevista dall'art. 3 comma 23: non può applicarsi la riduzione contributiva, con riconoscimento dell'aliquota prevista dalla normativa precedente, quando non può operare il meccanismo di contestuale compensazione previsto, meccanismo precluso dal fatto che nel caso in esame si tratta di soggetti non iscritti al FPDL, ma ad un'altra gestione pensionistica obbligatoria.

Nella memoria integrativa del 30/5/08, oltre a riprendere le proprie difese in ordine alla compagine societaria ai fini dell'esclusione dalla contribuzione per Cig, Cigs e mobilità, la società opponente ha dedotto che anche per gli iscritti all'Inpdap l'aliquota IVS è stata aumentata, dall'1-12-96, per effetto dell'art. 1 comma 238 della l. n. 662/96, allineandola all'aliquota IVS per gli iscritti all'INPS.

Da ciò deriverebbe che, se per gli iscritti Inpdap non venisse applicata la riduzione delle aliquote CUAF prevista per gli iscritti all'INPS e ad altri enti previdenziali obbligatori, come Enpals e Inpdai, si avrebbe una situazione configgente con gli artt. 3 e 41 Cost..

Si osserva in proposito che non necessariamente la sola differenza di aliquota contributiva a carico dei datori di lavoro comporta automaticamente la violazione degli artt. 3 e 4 della Cost.: il legislatore, infatti, nella determinazione delle aliquote tiene conto delle differenti esigenze delle gestioni pensionistiche di riferimento e della differente natura dei soggetti obbligati.

D'altra parte, le stesse aliquote contributive per gli iscritti INPS e per gli iscritti Inpdai sono state oggetto di provvedimenti legislativi distinti, ed anche prima della modifica apportata dalla l. n. 662/96 le due aliquote erano notevolmente diverse, senza che fosse mai stato sollevato alcun problema di incostituzionalità.

Alla luce di dette considerazioni la pretesa dell'opponente di versare i contributi in misura ridotta non è fondata.

La società ha contestato anche il credito INPS per sanzioni civili ed accessori in applicazione dei commi 10 e 15 dell'art. 116 della l. n. 388/2000. Anche tale richiesta non è fondata.

Invero, la concessione del beneficio previsto nelle suddette norme prevede l'osservanza, non provata nel caso di specie, di una determinata procedura, che contempla in particolare il versamento integrale dei contributi dovuti e la presentazione di una apposita domanda in sede amministrativa.

Anche su questo punto il ricorso non può dunque essere accolto.

La peculiarità e complessità delle questioni affrontate giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite, tra tutte le parti.

(Omissis)

Contributi - Opposizione a cartella di pagamento - Minimale contributivo in edilizia - Ipotesi di esenzione - Art. 29 D. L. n. 244/1995 conv. in L. n. 341/1995 - Sospensione convenzionale attività - Limiti di applicabilità - Preventiva comunicazione all'ente previdenziale

Tribunale di Milano - 07.01.2009 n. 23 - Dott. Lualdi - L. srl (Avv. Rocco di Torrepadula) - INPS-SCCI (Avv. Cama) - ESATRI spa

Tra le ipotesi di esenzione dall'obbligo del minimale contributivo in edilizia, elencate dall'art. 29 D. L. 23.06.1995 conv. in L. 8.08.1995 n. 341 e dal D.M. 16.12.1996, vanno ricomprese anche le sospensioni convenzionali dell'attività aziendale, a condizione che siano preventivamente comunicate agli enti previdenziali i quali possano esperire i relativi controlli.

FATTO - Con ricorso depositato in data 21.3.2007 la società L. S.r.l. in liquidazione in persona del legale rappresentante (da ora in poi anche e più semplicemente L.). ha evocato in giudizio avanti il Tribunale di Milano l'INPS, la Società di Cartolarizzazione Crediti dell'INPS e l'Esatri S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, per vedere accolte le conclusioni sopra integralmente riportate.

In particolare la parte ricorrente proponeva opposizione avverso la cartella esattoriale nr. 068 2007 00014266 42 000 notificata in data 12.2.007 ed emessa nei confronti della L. per omissioni contributive come più dettagliatamente descritte nella cartella medesima e nel precedente verbale di accertamento datato 10.7.2006 ed espressamente richiamato.

A fronte delle quattro differenti causali del credito contributivo complessivamente azionato dall'INPS la difesa L. contestava peraltro nella sostanza la sola, e più significativa, somma riconducibile alle differenze retributive determinate dall'Istituto ai sensi dell'art. 29 del D.L. n. 244/1995 con le relative somme aggiuntive.

La difesa della L. contestava la debenza della somma richiesta dall'Istituto con riferimento a tale causale sotto un unico profilo e cioé assumendo l'irregolarità del comportamento delI'INPS per avere l'Istituto calcolato il debito contributivo sulla base della retribuzione cd. "virtuale" percepita dai tre dipendenti E.H., E.S. ed E.G..

I tre dipendenti interessati dal verbale di accertamento INPS, e con riferimento al quale lo stesso Istituto aveva provveduto alla determinazione dell'omissione contributiva sulla scorta della retribuzione *virtuale,* avevano infatti pacificamente e consensualmente sospeso il rapporto di lavoro per lunghi e significativi periodi di aspettativa non retribuita.

Sulla scorta di tale circostanza, oggettivamente e documentalmente riscontrabile, i contributi dovuti all'INPS e riconducibili alle tre posizioni E.H., E.S. ed E.G. dovevano essere calcolati esclusivamente sulla sola scorta della effettività della prestazione resa e con conseguente insussistenza del maggior credito accertato.

Si costituiva ritualmente in giudizio l'INPS anche nella sua qualità di mandataria

della SCCI opponendosi a tutte le richieste attoree e chiedendone il rigetto in quanto da ritenersi infondate in fatto ed in diritto.

Con ordinanza in data 14.9.2007 il Giudice non ammetteva i mezzi istruttori così come dedotti ritenendo la causa matura per la decisione e rinviava a successiva udienza per la discussione finale.

Nelle more del procedimento ed a seguito di variazione tabellare veniva disposta la sostituzione del giudice istruttore.

La causa, a seguito della discussione delle parti e debitamente istruita anche all'esito di produzioni documentali, è stata definita con contestuale lettura del dispositivo all'udienza in data 11.12.2008 sulle conclusioni in epigrafe indicate.

DIRITTO - L'opposizione non è fondata e merita di essere respinta.

La cartella esattoriale oggetto della presente opposizione si fondava sul verbale di accertamento INPS in data 10.7.2006 ed a seguito del quale venivano contestate alla L. omissioni contributive relative ai dipendenti E.H., E.S. ed E.G. per avere la stessa L. escluso dalla base di calcolo delle contribuzioni dovute i periodi di assenza dei lavoratori per interruzione consensuale del rapporto.

Ancora alla L. veniva contestato A) il mancato versamento di contributi per €. 9.105,00 pur risultanti dalle denunce contributive compilate dalla società ma mai presentate all'Istituto, B) la somma di €. 187,00 relativa a differenze contributive per il mese di luglio 2001 riconducibili ad una errata indicazione nella denuncia di retribuzioni inferiori rispetto a quelle effettivamente corrisposte ed ancora C) l'omissione contributiva di €. 1.185,00 imputabile a contributi effettivamente dichiarati ma non versati dalla L. a mezzo delle relative denunce.

La difesa della L., dopo aver richiesto un breve rinvio al fine di verificare l'eventuale pagamento delle somme sopra indicate A) B) C), riconosceva di non aver versato gli importi medesimi.

Alla luce di quanto accertato in corso di causa e del contenuto dell'opposizione proposta da parte della L., che con riferimento alle causali A) B) C) in realtà nulla eccepiva, la pretesa contributiva relativamente a queste tre voci deve ritenersi sussistente e l'opposizione respinta.

L'unico aspetto della controversia che deve essere affrontato e risolto investe pertanto il criterio e la base di calcolo della contribuzione dovuta dal datore di lavoro (*impresa edile industriale)* per i propri dipendenti **a fronte di periodi di sospensione consensuale del rapporto di lavoro.**

La Suprema Corte, con recente sentenza 19.5.2008 n. 12624, ha nuovamente affrontato e risolto la questione affermando un principio che questo giudice si sente di condividere.

La Suprema Corte ha preliminarmente richiamato il quadro normativo di riferimento affermando come *"Con il primo motivo la società ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione del D. L. 23 giugno 1995, n. 244. art. 29 convertito in L. 8 agosto 1995, n. 341; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine a punto decisivo della controversia, ripropone i due argomenti ermeneutici*

già esaminati e respinti dalla sentenza impugnata: 1) il preambolo del decreto ministeriale sancisce l'esclusione dell'applicazione della L. n. 341 del 1995, art. 29, comma 1 "in quelle sospensioni dell'attività lavorativa non comportanti obbligo di retribuzione e non previste da leggi e contratti". La Corte di Appello ha ritenuto che le esenzioni dell'imprenditore dagli oneri contributivi sono solo quelle espressamente individuate nel D.M., art. 29 e che non vi può essere spazio per interpretazioni analogico-estensive; non ha però considerato che il decreto de quo, allorché ha preso in esame le cause di assenza dal lavoro, lo ha pur sempre fatto con esclusivo riferimento a cause o eventi per i quali sono previsti indennità o trattamenti economici.

2) Il preambolo del D.M. riconosce l'inapplicabilità dell'art. 29 nel caso di "esclusioni che derivano da ... contratti" senza distinguere tra collettivi e individuali, sicché anche il contratto individuale che hanno sottoscritto con l'impresa i lavoratori (e le relative sospensioni concordate del rapporto) costituirebbero titolo sufficiente per escludere l'applicazione del suddetto art. 29. Interpretato il decreto in esame nel senso che esso si riferisce anche ai contratti individuali, sarebbe rispettato il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione dell'obbligo contributivo. Il motivo, nei suoi due profili, non è fondato. Il D.L. 23 giugno 1995, n. 244, art. 29 convertito in L. 8 agosto 1995 n. 341 prevede che "I datori di lavoro esercenti attività edile sono tenuti ad assolvere la retribuzione previdenziale ed assistenziale su una retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all'orario di lavoro normale stabilito nei contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale ... con esclusione delle assenze per malattia, infortuni, scioperi, sospensione od interruzione dell'attività lavorativa con intervento della CIG, di altri eventi indennizzati e degli eventi per i quali il trattamento economico è assolto mediante accantonamento presso le Casse Edili": tale norma faculta poi l'autorità amministrativa a prevedere ulteriori ipotesi di esclusione dall'obbligo contributivo, con decreto interministeriale, sentite le Organizzazioni sindacali. In forza di tale delega, il D.M. 16 dicembre 1996 dispone che, oltre alle eccezioni previste dal D. L. n. 244 del 1995, art. 29, comma 1, sono da escludere i seguenti eventi: 1) permessi individuali non retribuiti nel limite massimo delle 40 ore; 2) eventuali anticipazioni effettuate dal datore di lavoro di somme corrispondenti agli importi della CIG; 3) periodi di assenza dal lavoro per ferie collettive; 4) periodi di assenza per la frequenza dì corsi di formazione professionale".

La stessa Corte, dopo aver richiamato le tre pronunce in cui era stata affrontata precedentemente e risolta la questione *(Cass. 11.8.2005 n. 16837, Cass. 21.1.2006 n. 1301(1) e Cass. 7.3.2007 n. 5233)* ha operato una sintesi delle rispettive posizioni "*La Corte osserva: l'obbligazione contributiva nasce dal rapporto di lavoro, e non dalla prestazione lavorativa, ed è in vario modo correlata alla retribuzione effettiva corrisposta, se superiore al minimale contributivo; nel gioco tra regola ed eccezione, occorre tenere presente che esiste un principio di corrispondenza tra retribuzione (o reddito) e contribuzione, ma con un limite inferiore (ed in taluni casi superiore) che ha anch'esso carattere di norma generale nell'ambito dell'ordinamento previdenziale sia pensionisti-*

co, sia infortunistico. ***Le eccezioni alla regola del minimale contributivo sono perciò di stretta interpretazione***".

Ancora, sulla scorta della premessa metodologica, *"Per individuare i limiti di tale stretta interpretazione occorre presente in apicibus che l'assetto attuale della previdenza sociale pubblica è caratterizzata da un bilanciamento tra impianto assicurativo (tenuto presente da Cass. 1301/2006) e finalità solidaristica, bilanciamento che si riflette nella interpretazione della regola del minimale contributivo e delle sue contestuali eccezioni; occorre inoltre procedere all'analisi delle fattispecie escluse dall'obbligo del minimale contributivo, per coglierne la volontà legislativa; risulta cosi che nell'elenco sono incluse fattispecie di diversa tipologia: sospensione totale dell'attività aziendale oppure di singoli lavoratori; sospensione senza obbligo retributivo (scioperi, permessi individuali non retribuiti) ed ipotesi di sospensione retribuita (ferie collettive); ipotesi accertabili direttamente dalla documentazione degli enti impositivi (malattia, infortuni, intervento CIG), oppure dalla consultazione della documentazione aziendale (scioperi, permessi individuali non retribuiti); ipotesi previste direttamente dalla fonte normativa legale, ed ipotesi di rinvio alla disciplina dei contratti collettivi (ferie collettive). Da tali rilievi derivano alcune conclusioni: poiché le eccezioni alla regola del minimale contributivo riguardano ipotesi di sospensione dell'attività lavorativa, la regola si riferisce sia alle prestazioni ad orario inferiore a quello normale stabilito dai contratti collettivi nazionali, sia alle ipotesi di sospensione, in cui non vi è prestazione di attività lavorativa; il minimo comune denominatore di tutte le variegate ipotesi sopra elencate è il carattere aggettivo e verificabile della riduzione o sospensione dell'attività; la determinazione tramite legge, decreto ministeriale o contratto collettivo intende dare certezza delle ipotesi escluse dall'obbligo contributivo, per le ovvie ragioni già cennate di certezza del gettito; le ipotesi escluse non sono legate all'esistenza o meno dell'obbligo retributivo.*

Per tali ragioni si deve ribadire il carattere di stretta interpretazione della elencazione dell'art. 29 e delle fonti normative cui esso rinvia, e, in base a tale principio, escludere che accordi individuali di sospensione dell'attività, al di fuori delle causali sopra indicate, possano condurre all'esonero dall'obbligo del minimale contributivo."

Anche sulla corretta interpretazione sistematica della norma *"Il Collegio ritiene che trattasi di una interpretazione della norma in esame che ne privilegia la ratio, sopra enunciata, costituzionalmente orientata (secondo il canone del trattamento normativo eguale di situazioni eguali, nonché di ragionevolezza) e sia pertanto da condividere. Questa conclusione non contrasta con il carattere di stretta interpretazione della elencazione, affermato da Cass. 16873/2005, per una molteplicità di ragioni: perché le moderne teorie sulla interpretazione della legge negano al dato testuale esistenza autonoma e preesistente al risultato dell'attività interpretativa, e concepiscono l'attività dell'interprete come opera di ricostruzione del sistema, composto di norme esplicite e norme implicite nel sistema legislativo; perché l'art. 29 in esame modula contestualmente la regola del minimale contributivo prevedendone i limiti di applicabilità; perché, secondo dottrina e giurisprudenza, nell'ambito dei pensiero tradizionale e dei criteri dell'art. 12 preleggi che lo rispecchiano, la interpretazione estensiva è*

ammissibile anche per le norme tassative (Cass. 19 marzo 2003 n. 4036, 18 dicembre 1999 n. 14302, Cass. 15 aprile 1994 n. 3556, Cass. 7 dicembre 1991 n. 13176); perché lega l'esenzione alla comunicazione, e cioé alla formalizzazione ed al controllo, come nell'ipotesi di intervento della CIG".

Poste queste premesse, la Suprema Corte ha conseguentemente fissato il principio richiamabile nella controversia oggi all'attenzione del Tribunale: *"Tra le ipotesi di esenzione dall'obbligo del minimale contributivo in edilizia, elencate dal D. L. 23 giugno 1995, n. 244, art. 29 convertito in L 8 agosto 1995, n. 341 e dal D.M. 16 dicembre 1996, vanno ricomprese anche le sospensioni di attività aziendale senza intervento della CIG, preventivamente comunicate agli enti previdenziali, in modo da consentirne gli opportuni controlli. Poiché non risulta che la società ricorrente abbia effettuato tali adempimenti, il primo motivo di ricorso va respinto".*

Neppure tale lettura appare contraria ai principi della Carta Costituzionale con riferimento a possibile esistenza di un obbligo contributivo in assenza di retribuzione posto che nessuna norma costituzionale presidia tale pretesa corrispondenza, ed anzi sono numerosi i casi nell'ordinamento positivo in cui l'obbligo contributivo prescinde dalla prestazione effettiva *(Cass. 29 marzo 2005 n. 6602, Cass. Sez. un. 1 giugno 2006 n. 13025)*.

La sospensione consensuale del rapporto di lavoro così come attuato tra la L. ed i tre dipendenti oggetto di accertamento, sospensione peraltro mai preventivamente comunicata all'Istituto e che solo in sede di opposizione alla cartella esattoriale si pretende di provare, non inficiano la correttezza dei principi in forza dei quali l'Istituto ha azionato la propria pretesa contributiva.

Poste tali premesse appare corretta in linea di principio non solo la pretesa contributiva azionata dall'Istituto ma anche l'ammontare complessivo della somma richiesta anche alla luce della corretta determinazione delle sanzioni civili effettuate sulla base dei criteri previsti dall'art. 116 della Legge n. 388/2000 trattandosi pacificamente nel caso di specie di mancato versamento della contribuzione connesso a registrazioni e/o denuncie obbligatorie omesse e/o non conformi al vero, integrando una evidente fattispecie di "evasione" contributiva.

La natura del giudizio, l'oggettiva incertezza interpretativa sul punto, il comportamento processuale tenuto dalle parti, i motivi posti a fondamento della decisione giustificano la compensazione integrale tra le parti delle spese di causa.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2006, p. 381

Contributi - Sgravio legge n. 407 del 1990 - Datori di lavoro beneficiari - Imprenditori

Tribunale di Nola - 19.02.09 n. 1032 - Dott. Vargas - V.C. (Avv. Vuolo) - I.N.P.S. - S.C.C.I. (Avv. ti Tedesco, Oliva)

Lo sgravio previsto dalla legge n. 407 del 1990 è riconosciuto solo nei confronti degli imprenditori (Nel caso di specie è stato disconosciuto il diritto al beneficio contributivo in favore di un avvocato per l'assunzione di una dipendente).

FATTO - Con ricorso depositato in data 7.9.2006 e ritualmente notificato alle controparti, parte ricorrente in epigrafe si opponeva alla cartella di pagamento n. 071 2006 00883422 49, notificata in data 5/9/2006, con la quale era stato intimato il pagamento della somma di Euro 1.420,62 per omissione contributiva relativa a contributi, assicurazioni sociali dei lavoratori dipendenti per il periodo maggio 2005 - dicembre 2005.

A sostegno dell'opposizione eccepiva l'infondatezza della pretesa in quanto per l'assunzione della dipendente in questione avrebbe avuto diritto allo sgravio totale dei contributi ai sensi della legge 407/90.

L'INPS si costituiva tempestivamente, anche quale mandatario della SCCI SpA, e ribadiva la fondatezza della pretesa in quanto il ricorrente, quale studio professionale e non impresa, non aveva diritto alla totale esenzione contributiva richiesta. Chiedeva, pertanto, il rigetto dell'opposizione.

All'udienza del 19.2.2009 la causa, non necessitando attività istruttoria, veniva decisa come da dispositivo letto in udienza.

DIRITTO - L'opposizione è infondata.

Preliminarmente appare opportuno esaminare la questione della legittimazione passiva del giudizio in esame.

In primo luogo deve rilevarsi come, anche a modifica di propri precedenti orientamenti, non sussista il litisconsorzio necessario del concessionario applicandosi l'art. 4 co. 2 quater D.L. 209/02 convertito con modifiche in legge 265/02 che ha apportato modifiche in relazione al comma V dell'art. 24 del D. L.vo 46/99.

Nel merito l'opposizione è infondata e deve, pertanto, essere rigettata.

In primo luogo va rilevato che la stessa non è tardiva in quanto il ricorso risulta depositato in data 7/9/2006 a fronte di una notifica del 5/9/2006 e quindi nel termine decadenziale di 40 giorni previsto per legge.

Punto controverso quanto al merito della questione è il diritto del ricorrente, in maniera incontestata titolare di studio legale, a godere della totale esenzione contributiva ai sensi della legge 407/90 in relazione all'assunzione della dipendente V.C..

Sul punto deve osservarsi come il comma 9 dell'art. 8 della legge 407/90 espressamente prevede: *"A decorrere dal 1° gennaio 1991 nei confronti dei datori di lavoro di cui ai commi 1, 2 e 3 in caso di assunzioni con contratto a tempo indeterminato di*

lavoratori disoccupati da almeno ventiquattro mesi o sospesi dal lavoro e beneficiari del trattamento straordinario di integrazione salariale da un periodo uguale a quello suddetto, quando esse non siano effettuate in sostituzione di lavoratori dipendenti dalle stesse imprese per qualsiasi causa licenziati o sospesi, i contributi previdenziali ed assistenziali sono applicati nella misura del 50 per cento per un periodo di trentasei mesi.

A tal fine sarà costituita in ogni regione apposita lista dalla quale le assunzioni possono essere effettuate con richiesta nominativa, secondo le modalità indicate entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge con decreto del ministro del lavoro e della previdenza sociale. Nelle ipotesi di assunzioni di cui al presente comma effettuate da imprese operanti nei territori del Mezzogiorno di cui al testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978 n. 218, ovvero di imprese artigiane, non sono dovuti i contributi previdenziali e assistenziali per un periodo di trentasei mesi".

Ad avviso di questo giudice la suddetta previsione normativa esclude dal beneficio dell'esenzione totale dal pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali il ricorrente, titolare di studio legale, in quanto destinato ai soli imprenditori.

Non appare casuale, ma significativa nel senso di riservare il beneficio della totale esenzione contributiva solo agli imprenditori ed agli artigiani, la circostanza che nel medesimo comma nonché in altri passaggi del medesimo articolo il legislatore abbia adoperato la più ampia nozione di "datore di lavoro".

Chiara appare la volontà di riservare il beneficio del totale esonero dal pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali ai soli imprenditori ed artigiani limitandolo al 50 % per i restanti datori di lavoro in quanto, ove avesse voluto, il legislatore avrebbe potuto adoperare l'espressione "datore di lavoro" anche con riferimento ai destinatari del beneficio della totale esenzione contributiva.

Alla luce delle superiori considerazioni l'opposizione deve essere rigettata mentre le spese processuali, attesa la natura controversa della questione oggetto di pronunzie giurisprudenziali di segno diverso, vengono integralmente compensate tra le parti.

(Omissis)

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Sussidio per maternità - Richiesta tardiva - Erogazione nei limiti degli stanziamenti disponibili per l'annualità relativa - Utilizzo dei fondi relativi all'anno successivo - Esclusione

Tribunale di Padova - 16.03.2009 n. 54 - Dott. Girardi - G.G. (Avv. Spata) - INPS (Avv.ti Mascia, Sciandrello)

Il sussidio per la nascita dei figli, previsto a favore dei dipendenti di enti pub-

blici non economici dal D.P.R. 25.06.1983, n. 346, deve essere soddisfatto nel limite dei fondi disponibili nell'anno di riferimento, nel quale sia occorso l'evento protetto, e, quando pervenga tardivamente, concorre alla distribuzione delle somme residuate per l'anno stesso e può essere correlativamente ridotto, senza che possano utilizzarsi, per l'integrale pagamento, i fondi dell'anno successivo.

FATTO - Con ricorso depositato in data 4 aprile 2007, G.G. lamentava di aver avanzato in data 15/9/2004, per la nascita del figlio P.B., richiesta per l'assegnazione del contributo previsto a favore dei dipendenti pubblici non economici con DPR 25/06/1983, n. 346, e di cui all'accordo intervenuto tra l'INPS e le OO.SS. sottoscritto in data 29/9/2003, relativo alla disciplina degli interventi assistenziali e sociali per il personale relativamente all'anno 2003.

Esponeva che tale accordo prevedeva un sussidio di € 1.300,00 a favore dei dipendenti per il matrimonio, la nascita di figli, l'affidamento e l'adozione di figli, ma di aver percepito, con la busta paga di aprile 2005, solo l'importo di € 350,00.

Chiedeva pertanto accogliersi le conclusioni di cui in epigrafe.

Si costituiva tempestivamente in giudizio l'Istituto resistente chiedendo il rigetto della domanda, o in subordine l'attivazione della procedura prevista dall'art. 64 del D. lgs. 165/2001 di interpretazione dell'acconto intervenuto con i sindacati.

Rilevava l'Istituto come l'importo richiesto era relativo all'anno 2003, ma la richiesta era stata avanzata nel 2004; la relativa somma era stata quindi corrisposta nei limiti degli stanziamenti previsti per l'anno 2004.

All'udienza del 23 gennaio 2009 le parti discutevano la causa, richiamandosi ai rispettivi atti. Il Giudice decideva con separato dispositivo.

DIRITTO - La domanda proposta da G.G. non è fondata e non può essere accolta.

Con l'art. XXXVII del D.P.R. del 25.6.1983, n. 346, sono stati previsti benefici di natura assistenziale e sociale a favore dei dipendenti degli enti pubblici non economici.

Nell'ambito di tale previsione, in relazione all'anno 2003, è intercorso accordo tra l'INPS e le organizzazioni sindacali per la disciplina degli interventi assistenziali e sociali, con espressa previsione, tra gli altri, sotto il numero 1), di un beneficio per il matrimonio, la nascita di figli, l'affidamento e l'adozione di figli, di € 1.300,00.

Il detto accordo prevedeva espressamente: *"Saranno definite prioritariamente le richieste di sussidio riferite agli eventi sub 2), 4) e 7); le richieste sub 1)* (quella relativa alla presente controversia, n.d.r.), *3), 6) e 8) saranno definite, anche parzialmente, al termine del periodo trimestrale nei limiti dello stanziamento residuo. Tutte le domande parzialmente definite nell'anno saranno oggetto di conguaglio e liquidate, unitamente a quelle sub 5), 9), 10), e 11), immediatamente dopo il termine dell'anno di riferimento nei limiti degli eventuali residui dello stanziamento dell'anno stesso"*.

Rileva parte ricorrente come l'interpretazione di tale previsione contrattuale imponga, la completa liquidazione delle domande presentate, con i primi fondi disponibili;

in caso contrario la richiesta del lavoratore sarebbe esposta ad un alea del tutto ingiustificata che potrebbe svuotare di ogni significato la previsione contrattuale nel caso in cui le richieste di beneficio superassero i fondi disponibili per il singolo anno.

Tate interpretazione non può essere accolta.

Rileva infatti il Giudice come la sopra riportata norma contrattuale, non solo prevede espressamente la erogazione dei benefici nell'ambito dello stanziamento previsto, ma compie una vera e propria graduazione tra i singoli benefici previsti, prevedendo, sempre espressamente, la definizione prioritaria di alcuni benefici, e l'erogazione, solo nell'ambito delle somme residue, degli ulteriori benefici previsti.

Il detto accordo prevede poi la liquidazione trimestrale delle richieste di beneficio ricevute e immediatamente dopo il termine dell'ultimo trimestre, la ripartizione delle somme eventualmente residuate a favore dei soggetti che non siano stati integralmente soddisfatti.

Appare pertanto chiaro come il meccanismo previsto dal contratto regolamenti la ripartizione dei fondi solo nell'ambito dell'anno di riferimento e non consenta di ritenere che il singolo dipendente possa veder soddisfatta la propria pretesa con i primi fondi disponibili, non relativi all'anno di riferimento.

Oltre al dato letterale, conferma tale interpretazione anche il dato sistematico.

Si deve infatti rilevare come il lavoratore non vanti il diritto ad ottenere il beneficio oggetto del presente procedimento, bensì il diritto a concorrere all'assegnazione dei sussidi nei limiti dei fondi disponibili e con l'osservanza delle regole dettate dalla norma in relazione alle cause di preferenza.

E' chiaro infatti che nulla il lavoratore può pretendere per il caso in cui i soggetti che lo precedono nella graduazione dei benefici indicati dalla norma esauriscano, con il loro concorso, la totalità delle somme stanziate per l'anno di riferimento.

A maggior ragione non può essere fondata la pretesa di gravare con la propria richiesta sugli stanziamenti relativi ad anni successivi, con pregiudizio dei soggetti che maturino il requisito a concorrere alla ripartizione dei fondi negli anni successivi.

Infatti, a perequazione del sistema è espressamente previsto un meccanismo di erogazione delle somme residuate da ogni trimestre dell'anno in corso solo dopo il termine dell'anno di riferimento.

Parte ricorrente poi, non fa questione, nel presente procedimento, di un erronea o illegittima graduazione dei beneficiari delle somme stanziate; salva una generica contestazione in ordine al comportamento dell'INPS che avrebbe omesso di motivare il proprio operato, il ricorrente non evidenzia infatti vizi specifici di procedura.

Per tali motivi la domanda deve essere rigettata.

Sussistono tuttavia giusti motivi per la compensazione delle spese di lite tra le parti, attesa la controvertibilità delle questioni di causa.

(Omissis)

Danno (Risarcimento del) - Assenza per malattia del lavoratore - Richieste reiterate del datore di lavoro all'INPS di visita medico-legale di controllo - Omesso riscontro di talune richieste - Danno per prolungata assenza del dipendente - Insussistenza.

Tribunale di Pavia - 09.02.2009 n. 492 - Dott. Tarantola - P.A. srl (Avv.ti Di Giorgi, Maggi, Tozzoli) - INPS (Avv. De Maestri)

Non è fondata la pretesa risarcitoria di un datore di lavoro, né sotto il profilo contrattuale né sotto quello extracontrattuale, per la mancata esecuzione di una visita fiscale, tra le ripetute richieste di controllo dello stato di malattia di un dipendente, e ciò in quanto non è consentito al datore di lavoro di sindacare le modalità operative assunte dalla P.A. nell'esercizio del proprio diritto-dovere di controllo della malattia e non è comunque riconducibile all'INPS, ma all'assenza per malattia del dipendente stesso, il danno economico subito dall'azienda per l'assenza del lavoratore e per la relativa sostituzione.

FATTO - La società P.A. S.r.l. (in seguito P.) conveniva in giudizio l'ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE (INPS) chiedendo accertarsi la violazione da parte dell'lNPS degli obblighi posti a carico del convenuto in materia di accertamento dello stato di malattia del dipendente della società attrice, B.H., e, conseguentemente condannarsi l'INPS a risarcire alla società attrice i danni patiti per effetto dell'accertanda violazione, nella somma complessiva di € 10.000,00, o in altra maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, nonché emettere ogni statuizione e/o provvedimento e/o declaratoria del caso.

Esponeva la società attrice le seguenti circostanze:

- P.A. S.r.l. operava nel settore dei servizi di nettezza urbana, raccolte differenziate, spazzamento meccanico di strade, trasporti conto terzi di rifiuti speciali e di impianti di recupero;
- tra il 7.3.2005 ed il 15.7.2005 veniva richiesta all'INPS, sede di Pavia, l'effettuazione di alcune visite di controllo dello stato di malattia del dipendente B.H., residente in Vidigulfo, assente per malattia dal 22.2.2005;
- in relazione ad alcune delle richieste l'INPS, con successiva comunicazione alla società attrice aveva dichiarato la propria impossibilità all'effettuazione di alcuni dei controlli per "motivi tecnico organizzativi".

Effettuava quindi parte attrice un'articolata esposizione della normativa in materia.

Lamentava parte attrice, in via principale, l'inadempimento dell'INPS, nei rapporto contrattuale con la società attrice, in relazione all'obbligo dell'INPS di esecuzione dei controlli per lo stato di malattia del dipendente.

In subordine lamentava la lesione, da parte dell'INPS, del diritto soggettivo discendente in capo al datore di lavoro dall'art. 5 dello Statuto dei Lavoratori e dai successivi provvedimenti legislativi applicativi e/o interpretativi di cui al D.L. 638/1983, D.M. 15.7.1986, e circolari applicative.

Non si costituiva in giudizio la convenuta, che pertanto veniva dichiarata contumace all'udienza *ex* art. 180 c.p.c. del giorno 8.2.2006.

Alla successiva udienza del giorno 20.9.2006 parte attrice chiedeva autorizzarsi la rinnovazione della citazione in giudizio di INPS per essere stato notificalo l'atto di citazione in luogo differente dalla sede legale di INPS, in Roma.

Il G.I. ordinava la rinnovazione della citazione e fissava nuova udienza per il giorno 14.2.2007.

All'esito della rinnovazione della citazione in giudizio si costituiva in giudizio I.N.P.S. chiedendo respingersi tutte le domande di parte attrice in quanto infondate in fatto e in diritto.

Dichiarava l'INPS che i controlli - sulla base delle previsioni normative vigenti in materia - erano svolti da personale medico convenzionato, nei limiti delle fasce di reperibilità giornaliere, e per un massimo di tre visite per fascia, con incarichi conferiti nel rispetto di regole organizzative interne, in rapporto anche alla disponibilità giornaliera dei medici ed alle richieste pervenute.

Affermava l'INPS che i fatti erano differenti da quelli esposti da parte attrice, essendo state avanzate da quest'ultima dodici richieste di controllo dello stato di malattia del dipendente B., in un periodo compreso tra il 10.1.2005 ed il 11.11.2005, con prognosi della malattia confermata sino all'ultima visita di controllo del lavoratore eseguita in data 13.11.2005, con esclusione della sola visita di controllo del 25.4.2005, all'atto della quale il medico fiscale constatava la momentanea assenza del lavoratore, con conseguente provvedimento dell'INPS di disconoscimento del diritto del lavoratore a fruire dell'indennità di malattia per il relativo periodo.

Osservava che la richiesta di parte attrice inoltrata il 18.3.2005 era pervenuta in giornata di sciopero generale del pubblico impiego, cui aveva aderito anche il personale della sede INPS di Pavia.

Ricordava che le visite di controllo non rientravano tra i servizi minimi essenziali che l'INPS era tenuto a garantire in caso di sciopero.

Osservava che i referti relativi alle visite di controllo erano stati regolarmente comunicati alla società attrice, cosi come il provvedimento di disconoscimento dei diritto del lavoratore a fruire dell'indennità di malattia in esito alla visita di controllo del 25.4.2005.

Esponeva analiticamente l'INPS le circostanze concernenti le singole richieste e le singole visite di controllo.

Negava l'INPS l'esistenza di alcuna responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

Negava inoltre l'esistenza del danno e, in ogni caso, del nesso causale tra l'attività dell'INPS ed il danno lamentato.

All'udienza del giorno 14.2.2007 entrambe le parti chiedevano concordemente fissarsi successiva udienza *ex* art. 183 c.p.c. con concessione di termini per memorie *ex* art. 170 c.p.c., ed il G.I. provvedeva in conformità alla richiesta delle parti.

Venivano quindi concessi i termini di cui all'art. 183 co. 5° c.p.c. alla successiva udienza del giorno 27.6.2007.

All'udienza del giorno 7.11.2007 venivano concessi i termini di cui all'art. 184 c.p.c..

Seguiva l'udienza del giorno 19.12.2007 alla quale la difesa di parte attrice chie-

deva essere rimessa in termini per replicare alla memoria istruttoria di parte convenuta depositata il 30.10.2007, dichiarando non essere stata resa disponibile la copia per parte attrice dalla Cancelleria.

Il G.I. alla medesima udienza pronunciava la seguente ordinanza:

IL GIUDICE ISTRUTTORE

Ritenuto che non sussistano i presupposti per la rimessione in termini di parte attrice in quanto risulta dal fascicolo processuale l'avvenuto deposito, nei termini, di tutte le memorie autorizzate;

ritenuto che:

in relazione alla memoria di parte attrice dep. 30.11.2007:

- *irrilevanti e comunque non contestate sono le circostanze di cui ai capitoli 1. 2;*
- *irrilevanti sono le circostanze di cui ai capitoli 3, 4, 6, 7, 8, 9, 11;*
- *inammissibili in quanto generici sono i capitoli 5 e 10 (come tali sono anche irrilevanti le circostanze dedotte);*

in relazione alla memoria di parte convenuta dep. 30.11.2007:

- *superflui sono i capitoli 1, in quanto le relative circostanze non sono contestate;*
- *superflui sono i capitoli 2, 3, 4, 5 in quanto sono state prodotte le relative certificazioni, non contestate da controparte, e facenti fede sino a querela di falso;*
- *irrilevanti sono le circostanze di cui ai capitoli 6 (in ogni caso superfino stante le produzioni documentali ed in quanto la circostanza non è contestata), 7 (in ogni caso inammissibile in quanto richiede l'espressione di una valutazione), 8, 11, 14 (in ogni caso superfluo per la parte già oggetto di prova documentale), 15, 16, 17, 18, 19;*
- *superflui sono i capitoli 9, 10, 12, 13 stante la produzione documentale;*

P.Q.M.

rigetta le istanze di prove per testi formulate dalle parti;

FISSA

per precisazioni delle conclusioni l'udienza del giorno 14 gennaio 2009 ore 10.00.

La causa veniva posta in decisione all'udienza del giorno 14.1.2009, sulle conclusioni precisate dalle parti alla medesima udienza, con concessione di termini *ex* art. 190 c.p.c. di giorni sessanta per comparse conclusionali e di giorni venti per memorie di replica.

DIRITTO - Ritiene questo giudice che le domande di risarcimento danni avanzate in causa da parte attrice siano infondate e debbano essere respinte.

Non appare configurabile alcun inadempimento contrattuale dell'INPS.

Come pacificamente riconosciuto anche da parte attrice, la normativa in materia - ampiamente riepilogata da parte attrice - disciplina le modalità di controllo delle assenze per infermità del lavoratore, e della verifica dell'effettivo stato di malattia di quest'ultimo, attraverso l'esclusivo intervento della P.A..

I limiti posti al datore di lavoro per l'esecuzione di controlli in ordine alle assenze per infermità dei lavoratori sono conseguenza di una scelta legislativa che sottrae tali controlli alla sfera privatistica, nell'evidente ricerca di un contemperamento tra la tutela

del lavoratore e l'interesse del datore di lavoro ad ottenere la prestazione lavorativa.

La scelta operata dal legislatore non consente al datore di lavoro di sindacare le modalità operative concretamente attuate dalla P.A. nell'esecuzione di tali controlli, in quanto non è configurabile in capo al datore di lavoro un diritto soggettivo a pretendere l'esecuzione di determinate prestazioni di controllo del lavoratore; prestazioni che devono qualificarsi quali atti amministrativi e non quali adempimento di un obbligo contrattuale.

Ne consegue l'infondatezza delle domande svolte in via principale da parte attrice.

In relazione alle domande subordinate di parte attrice appare infondata l'eccezione di tardiva formulazione svolta dall'INPS.

Come evincibile dal tenore dell'atto introduttivo le domande subordinale erano già compiutamente svolte in atto di citazione, con allegazione dei fatti posti a fondamento delle stesse.

Anche le domande subordinate devono peraltro ritenersi infondate nel merito, in quanto, sulla base della documentazione prodotta dall'INPS, non appare imputabile all'Ente convenuto alcuna omissione rilevante *ex* art 2043 c.c., avendo l'INPS documentato l'esecuzione di controlli idonei a garantire le finalità di legge e tutelare altresì l'interesse del datore di lavoro (anche ove non perfettamente conformi alle richieste di quest'ultimo).

In ogni caso, anche volendo ritenere sussistente la - contestata - violazione di un obbligo contrattuale *ex lege* da parte dell'INPS (o di una responsabilità extracontrattuale di quest'ultimo), non è ravvisabile alcun nesso di causalità tra i comportamenti omissivi attribuiti da parte attrice all'INPS ed il lamentato danno da parte della società P..

In particolare il danno è stato lamentato da parte attrice sotto i seguenti profili (v. definitivamente in comparsa conclusionale pag. 19 punti 66 e 67):

- mutamenti dell'organizzazione dei turni lavorativi per l'assenza del dipendente B.;
- conseguente impiego di altri lavoratori, oltre il loro normale orario di lavoro, con pagamento di retribuzione maggiorata per lavoro straordinario.

Entrambi i profili di danno lamentati da parte attrice - sostanzialmente peraltro riconducibili ad un unico profilo di danno economicamente valutabile - non sarebbero in alcun modo riconducibili al comportamento omissivo che la società P. attribuisce all'INPS, in quanto il danno conseguente all'assenza del lavoratore è imputabile alla malattia di quest'ultimo e non all'INPS.

La sostituzione di un lavoratore assente ricorrendo al lavoro straordinario di altro dipendente, piuttosto che mediante una diversa organizzazione interna della distribuzione del lavoro tra i dipendenti comunque in servizio (senza ricorrere al lavoro straordinario e senza maggiori oneri economici per il datore di lavoro), appare inoltre frutto di autonome scelte imprenditoriali, non potendo la mancata previsione di un diverso criterio organizzativo del lavoro, in caso di assenza di un dipendente, essere imputabile all'lNPS.

Le spese seguono la soccombenza di parte attrice e si liquidano come in dispositivo.

(Omissis)

Contributi – Prescrizione - Decorrenza termine azione giudicato – Procedimento monitorio – Mancata opposizione – Apposizione decreto di esecutorietà.

Tribunale di Siracusa – 08.05.2008, n. 657 – Dott. Rao – C.R., M.P. e M.G. (Avv. Celeste) - INPS (Avv. Denaro)

La notifica del ricorso e del relativo decreto ingiuntivo è idonea ad interrompere la prescrizione del credito ingiunto con effetti permanenti fino al momento della apposizione da parte del giudice del decreto di esecutorietà per mancata opposizione, che costituisce il giorno iniziale di decorrenza dell'ulteriore termine di prescrizione dell'azione nascente dal giudicato.

FATTO – Con ricorso depositato il 21.04.2006 M.S. proponeva opposizione avverso l'atto di precetto notificatogli in data 18.04.2006 con cui 1'INPS gli intimava il pagamento della somma di euro 6.982,12 a titolo di sorte contributiva e somme aggiuntive dovute in virtù di un decreto ingiuntivo del 20.11.1991 che l'ente previdenziale assumeva avergli notificato in data 31.12.1991.

Eccepiva, a sostegno dell'opposizione, la prescrizione del credito, nonché la nullità e/o inefficacia del precetto per omessa specificazione del titolo esecutivo e per genericità. Assumeva, inoltre, che 1'INPS non aveva tenuto conto degli acconti da lui versati in diverse occasioni e i conteggi risultavano viziati da evidenti errori.

Concludeva, quindi, chiedendo che venisse dichiarato nullo o inefficace l'atto di precetto e che nulla era dovuto all'ente di previdenza.

Instauratosi il contraddittorio, 1'Inps, costituendosi in giudizio, contrastava l'opposizione, chiedendone il rigetto.

Il giudizio veniva dichiarato interrotto a seguito del decesso del ricorrente. A seguito della riassunzione degli eredi, indi, all'udienza del 17.04.2008 la causa è stata discussa e decisa come da separato dispositivo in calce trascritto.

DIRITTO – Risulta in atti che l'INPS in data 20.11.1991 richiedeva al Pretore di Siracusa, giudice del lavoro, in forza di attestazione del direttore della sede provinciale, un decreto ingiuntivo nei confronti di M.S. per complessive £ 9.261.169, di cui £ 4.545.623 per contributi relativi alla gestione commercianti, il resto per somme aggiuntive.

Il chiesto decreto (maggiorato delle spese per £.595.400) veniva concesso, con clausola di provvisoria esecuzione, in data 20.11.1991 e quindi notificato, con pedissequo precetto, al M. dall'ufficiale giudiziario a mezzo del servizio postale in plico raccomandato ricevuto dal destinatario il 31.12.1991 (vedasi relata in atti).

In riferimento al decreto ingiuntivo *de quo* - pacificamente non opposto nel termine di legge - non è mai stato richiesto ed apposto il decreto di esecutorietà previsto dall'art. 647 c.p.c..

Il 18.04.2006 l'INPS notificava, quindi, a M.S. l'atto di precetto oggi opposto, con intimazione di pagamento della somma di euro 6.982,12 portata dal decreto ingiuntivo sopra menzionato.

Orbene, considerata la rituale notifica del decreto ingiuntivo e la mancata opposizione nel termine di legge, non può essere in questa sede in contestazione il credito ingiunto, né in punto di esattezza dei conteggi, né di debenza delle somme oggetto di intimazione.

Si rammenta, peraltro, che per i crediti derivanti da omesso versamento dei contributi previdenziali e o assistenziali costituisce prova idonea ai fini della emissione del decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 635 comma secondo cod. proc. civ., l'attestazione del direttore della sede provinciale dell'ente creditore, che può fornire utili elementi di giudizio anche nell'eventuale, successivo giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, pur non essendo fornita di completa efficacia probatoria (Cass., Sez. L., n. 11900 del 06/08/2003(1), tra le tante).

Ogni eccezione di pagamento ("acconti versati") andava quindi proposta con il rimedio dell'opposizione al decreto ingiuntivo.

Si rammenta, altresì, in relazione a quanto sostenuto da parte opponente nelle note autorizzate, che le somme aggiuntive dovute per legge in relazione al tardivo pagamento dei contributi non sono sanzioni amministrative, intrasmissibili agli eredi, ma accessori civili del credito.

Resta da valutare l'eccezione di prescrizione sollevata dall' opponente.

Ritiene questo decidente condivisibile l'assunto della difesa dell'INPS in ordine al mancato decorso della prescrizione dell'azione nascente dal giudicato (alt 2953 c.c.) anteriormente alla apposizione da parte del giudice del decreto di esecutorietà per mancata opposizione previsto dall'art. 647 c.p.c..

Ed invero, ai sensi dell'art. 643 c.p.c. la notificazione del decreto ingiuntivo *"determina la pendenza della lite*".

Ciò comporta la sospensione del termine di prescrizione, ai sensi dell'art. 2945 comma secondo c.c. sino al momento in cui sia avvenuta la formazione del giudicato (sostanziale) sul decreto ingiuntivo (cfr. Cass., Sez. 3, n. 13081 del 14/07/2004: *Sia con la notifica del ricorso e del relativo decreto ingiuntivo, sia con la comparsa di risposta all'opposizione, l'opposto esercita un'azione di condanna idonea ad interrompere la prescrizione ex art. 2943, primo e secondo comma cod. civ.; tale interruzione ha effetti permanenti (e non meramente istantanei) ex art. 2945, secondo comma, cod. civ., fino alla sentenza che decide il giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo ovvero fino a quando quest'ultimo sia divenuto non più impugnabile ed abbia quindi acquisito autorità ed efficacia di cosa giudicata sostanziale al pari di una sentenza di condanna. Dal momento del passaggio in giudicato della sentenza che decide sull'opposizione ovvero del decreto decorrerà poi l'ulteriore termine di prescrizione previsto dall'art. 2953 cod. civ.")*.

E, tuttavia, tale giudicato sostanziale sul decreto ingiuntivo non opposto si verifica solo dal momento, appunto, della apposizione da parte del giudice del decreto di esecutorietà previsto dall'art.647 c.p.c..

In tal senso Cass., Sez. l, n. 6085 del 26.03.2004: "*Il decreto ingiuntivo acquista efficacia di giudicato sostanziale soltanto a seguito della dichiarazione di esecutività ai sensi dell'art. 647 c.p.c. ancorché l'effetto preclusivo di carattere processuale (giudicato formale) si produca anche a prescindere da essa*".

Tant'è che solo a seguito della verifica prevista dall'art. 647 c.p.c. (che impone al giudice anche l'accertamento della regolarità della notifica) il procedimento monitorio si chiude ed il decreto ingiuntivo rimane soggetto ai soli rimedi "straordinari" dell' art. 656 c.p.c. (revocazione straordinaria, opposizione di terzo) e 650 c.p.c. (ritenuta dalla Cassazione essa pure una impugnazione straordinaria del decreto, che in tanto ha ragione di esistere in quanto l'esaurimento della esperibilità di quelli ordinari ha già dato luogo al giudicato: Cass., Sez. l, n. 19429 del 06/10/2005).

L'opposizione va pertanto rigettata.

Spese compensate, tuttavia, tenuto conto della oggettiva complessità delle questioni trattate.

(Omissis)

_____

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 1091

Pensioni - Rivalutazione contributiva da esposizione ad amianto - Regime ex art. 47 D.L. n. 269/03 conv. in L. n. 326/03 - Accertamento finalizzato alla misura del trattamento pensionistico - Difetto dei requisiti per accesso a pensione - Difetto di interesse ad agire.

Tribunale di Venezia - 23.04.2009 n. 385 - Dott.ssa Ferretti - E.C. (Avv. Zamboni) - INPS (Avv. Cavallari).

Non sussiste l'interesse ad agire e deve quindi ritenersi inammissibile il ricorso che, finalizzato a sentir accertare il diritto alla rivalutazione contributiva da esposizione all'amianto, non sia destinato ad ottenere l'accesso al trattamento pensionistico, per il quale difettino i requisiti anagrafici e di anzianità, ma esclusivamente alla sua misura.

FATTO - II ricorrente riferisce di avere chiesto in data 15/6/05 all'Inail il riconoscimento della esposizione all'amianto per la concessione dei benefici pensionistici in relazione per il periodo dal 10/9/79 al 20/7/84 lavorato alle dipendenze della ditta Fonderia Z. s.p.a. quale sovrintendente alla produzione nonché per il periodo dal 20/8/84 al 31/10/91 lavorato presso la Fonderia del M.; che l'Inail ha riconosciuto la esposizione solo per il periodo lavorato presso la Fonderia Z. e non per il periodo di lavoro presso la Fonderia del M.; specifica di essere stato esposto all'amianto utilizzato in entrambe le fonderie per la coibentazione dei forni, delle siviere, delle tubazioni, torce a gas, cavi elettrici.

Deduce in diritto la applicabilità del beneficio previsto dall'art. 13 co. 8 della L. 257/92 avendo egli presentato all'Inail la domanda di certificazione della esposizione entro i 180 gg dalla entrata in vigore del decreto ministeriale successivo alla L. 350/03.

Conclude chiedendo dichiararsi il proprio diritto alla rivalutazione del periodo lavorativo esposto ad amianto dal 20/8/84 al 31/10/91 con rivalutazione dell'intero periodo e con diritto ai benefici di cui all'art. 3 della L. 257/92 e con erogazione delle prestazioni previdenziali conseguenti dalla data della domanda amministrativa oltre interessi legali.

L'INPS eccepisce la inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ad agire rilevando che la domanda di certificazione Inail è stata presentata successivamente al 2/10/03 - data che costituisce il discrimen temporale per la applicabilità dell'art. 13 co. 8 della L. 257/92 in luogo della nuova normativa di cui al d.l. 269/03.

DIRITTO - La domanda deve essere dichiarata inammissibile per carenza di attuale interesse ad agire dovendosi applicare alla fattispecie la disposizione di cui all'art. 47 del d.l. 269/03 convertito con modificazioni in legge 326/03.

Il previgente art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 169 del 1993, convertito in legge n. 271 del 1993, dispone che *"per i lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, l'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto gestita dall'Inail, è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,5"*.

Di contro in base al citato art. 47 del d.l. 30.9.2003 n. 269, come modificato dalla legge di conversione n. 326/2003, si prevede che a decorrere dal 1° ottobre 2003, il coefficiente di moltiplicazione passa da 1,5 a 1,25 e che tale coefficiente si applica *"ai soli fini della determinazione dell'importo delle prestazioni pensionistiche e non della maturazione del diritto di accesso alle medesime"*. Il comma 2 ha esteso l'applicazione delle disposizioni suddette anche ai lavoratori *"cui sono state rilasciate dall'INAIL le certificazioni relative all'esposizione all'amianto sulla base degli atti d'indirizzo emanati sulla materia dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali antecedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto"*. Il comma 3 ha indicato espressamente il coefficiente d'esposizione rilevante ai fini dell'esistenza di un'esposizione qualificata, per cui occorre una concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre litro, come valore medio su otto ore al giorno. E' stato inoltre previsto l'onere di presentare una domanda amministrativa all'INAIL per il riconoscimento dei benefici, anche per i lavoratori cui era già stata rilasciata la certificazione dall'INAIL prima del 1° ottobre 2003, entro 180 giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto interministeriale di cui al comma 6 del medesimo art. 47, a pena di decadenza del diritto. E' stata infine dettata una disposizione transitoria, escludendosi l'applicazione della nuova disciplina ai lavoratori che, all'entrata in vigore del decreto, avessero già maturato il diritto al trattamento pensionistico, anche in base ai benefici di cui all'art. 13 l. 257/1992 (art. 47, comma 6-bis d.l. n. 269/03).

Pochi giorni dopo la conversione in legge del decreto il quadro è stato oggetto

di ulteriori modifiche, ad opera dell'art. 3, comma 132 della legge 24.12.2003 n. 350 (legge finanziaria per il 2004), secondo cui sono fatte salve le disposizioni previgenti alla data del 2 ottobre 2003 (data di entrata in vigore del d. l n. 269/2003): a) in favore dei lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 2 ottobre 2003, il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni; b) in favore di coloro che hanno avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data del 2.10.2003. Tale norma è stata oggetto di elaborazione interpretativa da parte della Corte di Cassazione che, con plurime sentenze (21862/04, 15008/05, 15679/06(1), 22422/06), ha chiarito che "l'art. 3, comma 132, della legge 24.12.2003, n. 350, ha disposto che "*in favore dei lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 2 ottobre 2003, il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni, sono fatte salve le disposizioni previgenti alla medesima data del 2 ottobre 2003"* e che tale salvezza vale anche per *"coloro che hanno avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data"*. Secondo la S.C. per "maturazione" del diritto deve intendersi la maturazione del diritto a pensione e che, per coloro che non hanno ancora maturato tale diritto, la salvezza concerne gli assicurati i quali, alla data del 2 ottobre 2003, avevano già avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva. Prosegue la S.C. evidenziando che *"Le ragioni dell'opzione interpretativa poggiano fondamentalmente sulle considerazioni che la rivalutazione contributiva non rappresenta una prestazione previdenziale autonoma, ma determina i contenuti del diritto a pensione; che nel regime precedente non era prevista una domanda amministrativa per far accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali per effetto dell'esposizione all'amianto; che il legislatore ha espresso l'intento, ricostruito secondo un'interpretazione orientata dal principio costituzionale di ragionevolezza, di escludere l'applicazione della nuova disciplina anche per coloro che comunque avessero giù avviato una procedura amministrativa per l'accertamento dell'esposizione all'amianto (non solo mediante domande rivolte all'Inail, ma anche e soprattutto all'INPS quale parte del rapporto previdenziale), ovvero un procedimento giudiziale"*.

La disposizione di cui al decreto del Ministero del Lavoro che fissa il termine di 180 gg dalla sua entrata in vigore per la presentazione della domanda amministrativa non ha e non potrebbe avere, in quanto norma di rango inferiore, l'effetto di spostare in avanti il termine di applicazione della vecchia disciplina dei benefici amianto antecedente alle modifiche, ma il più limitato effetto di fissare un termine decadenziale per la proposizione/riproposizione (incombente quest'ultimo poi eliminato) della domanda di certificazione della esposizione all'Inail per i soggetti che, avendo già maturato alla data del 2/10/03 il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali, non avessero ancora presentato la domanda.

Nella fattispecie, invero, il ricorrente non ha offerto prova di aver presentato do-

manda né all'INPS né all'INAIL prima del 2.10.2003, risulta invece che egli ha presentato la domanda amministrativa Inail il 15/6/05, non ha allegato né provato alcuna circostanza specifica da cui possa desumersi che egli avesse già maturato il diritto a pensione entro il 2.10.2003; anzi, allo stato degli atti, va escluso che egli potesse aver acquisito il diritto alla pensione in quanto, nato il 30.1.1957, raggiungerà il 65° anno di età nel 2023 e neppure potrebbe aver acquisito il diritto alla pensione di anzianità entro la data del 2 ottobre 2003 avendo maturato circa 20 anni di contribuzione. Infatti, per conseguire il diritto alla pensione di anzianità (secondo la disciplina vigente prima delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 6 della legge 23 agosto 243/04, modificato successivamente dall'art. 1 della legge 247/07), l'art. 1, comma 25 della l. n. 335/95, richiede il raggiungimento di una anzianità contributiva di 35 anni in concorrenza con almeno 57 anni di età anagrafica, ovvero il raggiungimento di una anzianità contributiva non inferiore a 40 anni.

Ne segue che alla fattispecie deve applicarsi la nuova disciplina di cui all'art. 47 della d.l. 269/03 che, come già evidenziato, prevede l'applicazione del coefficiente 1,25 agli anni di lavoro esposto ad amianto ai soli fini della misura della pensione.

Così stando le cose deve escludersi che il ricorrente abbia un interesse attuale all'accertamento richiesto posto che la applicazione della nuova disciplina inciderebbe solo sulla misura del trattamento pensionistico non ancora maturato e di cui neppure è stata richiesta la liquidazione. Infatti, l'interesse ad agire, previsto quale condizione dell'azione dall'art. 100 cod. proc. civ., va identificato in una situazione di carattere oggettivo derivante da un fatto lesivo, in senso ampio, del diritto e consistente in ciò che senza il processo e l'esercizio della giurisdizione l'attore soffrirebbe un danno. Da ciò consegue che esso deve avere necessariamente carattere attuale, poiché solo in tal caso trascende il piano di una mera prospettazione soggettiva assurgendo a giuridica ed oggettiva consistenza, e resta invece escluso quando il giudizio sia strumentale alla soluzione soltanto in via di massima o accademica di una questione di diritto in vista di situazioni future o meramente ipotetiche. (cfr Cass 24434/07). Nella specie la domanda è proprio diretta ad un accertamento del diritto alla rivalutazione del periodo contributivo non destinato all'accesso al trattamento pensionistico ma esclusivamente alla misura del trattamento pensionistico che oggi non si sa se e quando maturerà mancandone allo stato i requisiti di età e di anzianità contributiva.

Le spese di causa sono compensate tra le parti interamente.

(*Omissis*)

---

(1) V. in q. Riv., 2006, p. 370

Contributi - Agevolazioni contributive - Assunzione a termine in sostituzione dipendente assente per maternità o congedo parentale - Prestazione di lavoro con orario maggiore di quello del dipendente sostituito - Sgravio - Non spettanza

Tribunale di Venezia - 12.02.2009 n. 106 - Dott.ssa Ferretti - F.G. srl. (Avv. Vigani) - INPS-SCCI spa (Avv. Attardi) - Equitalia Polis spa

L'agevolazione contributiva prevista dall'art. 4 L. n. 151/2001 per l'assunzione di un lavoratore a termine in sostituzione di un dipendente assente per maternità o congedo parentale non spetta ove la prestazione di lavoro resa dal lavoratore a termine si svolga con orario maggiore di quello già reso del dipendente sostituito e ciò per la stretta relazione che deve sussistere tra il rapporto di lavoro temporaneamente sospeso e quello instaurato con finalità sostitutiva.

FATTO - Con le cartelle qui opposte la società F.G. srl ha ricevuto la ingiunzione di pagamento di € 740,95 e di € 470.43 a titolo di contributi omessi e relative somme aggiuntive riferiti al periodo da maggio ad agosto 2007 e dal settembre all'ottobre 2007 per indebita applicazione dello sgravio contributivo previsto dall'art. 4 comma 4 della L. 151/01 con riferimento ai lavoratori assunti a termine per sostituire personale in maternità: secondo l'INPS tale sgravio non competeva perché il lavoratore M. non venne assunto per sostituire la lavoratrice K.D. in quanto l'orario di lavoro del primo era superiore a quello della seconda in congedo per maternità. A motivo della opposizione la società ricorrente evidenzia la discrepanza tra l'avviso bonario di pagamento e la successiva cartella esattoriale emessa per un importo inferiore con conseguente nullità della cartella per omessa motivazione e, nel merito, la illegittimità della interpretazione restrittiva seguita dall'INPS - secondo cui lo sgravio compete a condizione che vi sia equivalenza di orario tra il lavoratore assunto in sostituzione e quello sostituito - posto che trattasi di condizione non richiesta dal testo di legge e che la tesi dell'Istituto contrasta con la finalità della norma che è quella di incentivare la concessione dei congedi parentali e le assunzioni temporanee.

La società opponente conclude chiedendo l'annullamento della cartella o in subordine, la riduzione del recupero dello sgravio fino a concorrenza dell'orario di lavoro sostituito dal M..

L'INPS oppone la inammissibilità delle eccezioni relative alla regolarità formale del titolo esattoriale in quanto esse dovevano essere fatte valere in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 617 c.p.c..

Nel merito rileva che lo sgravio concesso dalla L. 151/01 è un'agevolazione contributiva di entità rilevante concessa ai datori di lavoro che assumono personale non genericamente in sostituzione di dipendenti assenti ma assunti per sostituire personale in congedo parentale; si tratta perciò di una norma speciale che deve essere interpretata rigorosamente e restrittivamente dando al termine "sostituzione" il significato di occupazione dello spazio lavorativo lasciato temporaneamente scoperto dal lavoratore assente e non può riguardare

le assunzioni effettuate anche per far fronte ad ulteriori esigenze produttive.

Senza altra istruttoria la causa è stata decisa alla udienza del 12/2/09 con lettura della motivazione e del dispositivo ai sensi dell'art. 429 c.p.c. novellato dal d.l. 112/08.

DIRITTO - Il capo II art. 17 e ss. del D. lgs. 46/99, poi, regola il sistema di riscossione delle entrate non tributarie e in specie di quelle previdenziali estendendo alcune delle disposizioni sulla riscossione delle entrate tributarie alle entrate dello Stato diverse dalle imposte sui redditi e a quelle degli altri enti pubblici, anche previdenziali, esclusi quelli economici (art. 17 comma 1). Fra le norme la cui applicazione non è estesa alle entrate non tributarie vi è l'art. 57 del DPR 602 novellato (cfr. art. 29 comma 2) e dunque il sistema di tutela giurisdizionale che si delinea per le entrate previdenziali e in genere non tributarie prevede le seguenti possibilità di tutela per il contribuente: a) proporre opposizione al ruolo per motivi attinenti il merito della pretesa contributiva avanti al giudice del lavoro ex art. 24 comma 6; b) proporre opposizione ex art. 615 c.p.c. non solo per questioni attinenti alla pignorabilità dei beni ma anche ai fatti estintivi del credito sopravvenuti alla formazione del titolo (prescrizione, morte del contribuente, pagamento dei contributi) sempre avanti al giudice del lavoro ex art. 615 comma 1 se l'esecuzione non è iniziata e avanti al giudice dell'esecuzione se questa è iniziata ex comma secondo art. cit.; c) proporre opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. per i vizi formali del titolo esecutivo (notifica, motivazione) ovvero della cartella. Le SU della Corte di Cassazione con sentenze 780/99, 562/00 e 133/01 (pronunciando sulle azioni esperibili avverso alla cartella esattoriale emessa per la riscossione delle sanzioni amministrative irrogate ex art. 22 L. 689/81) hanno ricostruito il quadro delle tutele consentite al contribuente colpito da cartella esattoriale per la riscossione delle entrate non tributarie come sopra delineato richiamando anche Corte Costituzionale 255/94 che, già prima delle innovazioni introdotte dal D. Lgs. 46/99, aveva affermato il principio secondo cui, nel sistema di riscossione tramite ruolo, l'esclusione delle ordinarie opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi non era applicabile alle entrate non tributarie.

Per quanto detto è inammissibile il motivo di opposizione relativo alla carenza di motivazione della cartella per difformità rispetto all'avviso bonario che ha preceduto la notifica del titolo esattoriale.

Nel merito della questione controversa va in primo luogo escluso che il fatto che le cartelle qui opposte attengano al recupero parziale dello sgravio contributivo applicato dalla società ricorrente al rapporto instaurato con il lavoratore assunto a termine in sostituzione di altra lavoratrice in congedo per maternità comporti o vada interpretato come rinuncia al recupero per la restante parte qui non richiesta atteso che innanzitutto l'INPS non può in alcun modo rinunciare a recuperare i contributi dovuti per legge e, in secondo luogo, il pagamento dei contributi relativi ad un rapporto assicurativo avviene con versamento di ratei periodici sì che il credito dell'Istituto è normalmente frazionato e ben può essere richiesto in momenti diversi con riferimento ai vari ratei.

Quanto poi alla interpretazione dell'art. 4 della L. 151/01 nella parte in cui accorda lo sgravio contributivo del 50% ai datori di lavoro con meno di 20 dipendenti i quali assumano personale a termine o temporaneo in sostituzione di propri dipendenti assenti per maternità

o congedi parentali, si concorda con la difesa dell'INPS nel senso di non poter estendere il beneficio contributivo al di fuori dei casi previsti dalla legge. Ora, poiché la norma agevola i datori di lavoro per le sole assunzioni a termine o temporanee motivate da esigenze sostitutive di lavoratori assenti per maternità o congedi parentali, è necessario che il rapporto a tempo determinato sia strettamente legato alla esigenza sostitutiva del personale assente e non può dirsi che sussiste tale sostituzione se il sostituto presta la propria attività lavorativa per un orario maggiore di quello prestato dal lavoratore sostituito per la intuibile ragione che nel surplus di orario prestato dal sostituto non vi è alcuna sostituzione: se il lavoratore A svolge le proprie mansioni in 4 ore giornaliere e il lavoratore B viene assunto per 8 ore giornaliere di lavoro non potrà certo sostenersi che nelle ore dopo la 4ª il lavoratore B sostituisce il lavoratore A.

E che la interpretazione restrittiva adottata dall'INPS sia la più corretta discende dalla considerazione della ratio legis che è quella di facilitare la concessione dei congedi parentali evitando onerare le aziende dei disguidi organizzativi e produttivi che le assenze dei dipendenti (solo quelle per maternità e per congedi parentali evidentemente ritenute particolarmente meritevoli di tutela) possono procurare. D'altra parte l'onere per la collettività derivante dalla agevolazione contributiva impone di mantenere una stretta relazione tra il rapporto di lavoro temporaneamente sospeso e quello instaurato con finalità sostitutiva.

La domanda va dunque respinta e le spese di causa, liquidate come in dispositivo, poste a carico della opponente.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Tirocinio ex art. 27 comma 1 lett. f) D. Lgs. 286/1998 - Domanda proposta da società di diritto rumeno - Prestazione di lavoro presso impresa italiana - Difetto di attività formativa - Distacco o comando - Insussistenza - Rapporto di lavoro subordinato - Sussistenza.

Tribunale di Venezia - 25.03.2009 n. 738/08 - Dott. Coppetta Calzavara - S. srl (Avv.ti Bortoluzzi, Pettinelli) - INPS (Avv. Attardi) - INAIL (Avv.ti Zordan, Cappelletti) - Gest Line spa

Devono ritenersi intercorsi con l'impresa italiana utilizzatrice e concretare prestazioni di natura subordinata e non ipotesi di distacco o comando i rapporti di lavoro che, pur oggetto di una domanda di tirocinio ex art. 27 comma 1 lett. f) D. Lgs. n. 286/1998 proposta da società di diritto rumeno, si siano svolti secondo canoni rivelatori di lavoro subordinato e senza prova di effettuazione di attività formativa.

FATTO - Con ricorsi depositati in data 9.03.05 e 9.07.05 la società ricorrente, come sopra in epigrafe indicata, proponeva opposizione ex art. 24 D. L.vo 46/99 avverso le cartelle di pagamento rispettivamente n. 119 2004 00152125 51 notificata in data … (I.N.A.I.L.) e n. 119 2005 00048311 08 (I.N.P.S.) notificata in data 31.05.2005 rilevando la infondatezza della pretesa vantata dai due istituti previdenziali. Evidenziava, infatti, che i contributi e i premi di cui gli istituti richiedevano il pagamento si riferivano a 19 lavoratori rumeni dipendenti della N.C. S.r.l. di diritto rumeno, per i quali essa società aveva richiesto ed ottenuto l'autorizzazione all'ingresso in Italia per svolgere attività di tirocinio ex art. 27 comma 1 lett. f) D.L.vo n. 286/98; che essa ricorrente aveva svolto l'attività formativa teorica e pratica di cui al progetto allegato alla richiesta di autorizzazione e che pertanto nulla le poteva essere contestato. Concludeva pertanto chiedendo;
- la sospensione della esecutività del ruolo;
- l'annullamento e/o la revoca della cartella opposta.

I due ricorsi venivano iscritti rispettivamente ai nn. 335/05 RG e 1125/05 RG.

Nei due processi instaurati si costituivano rispettivamente l'I.N.P.S. e l'I.N.A.I.L. riportando sostanzialmente il contenuto degli accertamenti compiuti dagli Ispettori della DPL di Venezia di cui al verbale del 1.07.2002 dai quali emergeva che i lavoratori rumeni non avevano svolto alcuna attività formativa, erano sempre stati impiegati come manovali o muratori comuni, avevano svolto un orario giornaliero di 8/9 ore al giorno per 5 giorni alla settimana e talora anche il sabato, avevano percepito lire 8.000,00 all'ora. Concludevano pertanto chiedendo il rigetto del ricorso e la condanna al pagamento della somma ingiunta, e l'I.N.A.I.L. altresì che fosse dichiarato il difetto di legittimazione passiva dello S..

Disposta la riunione dei due procedimenti, la causa veniva istruita sulla scorta della documentazione prodotta dalle parti e mediante l'esame dei testi dalle stesse indicati, quindi discussa previo scambio di note e decisa all'udienza del 8.07.2008 come da dispositivo di seguito riportato.

DIRITTO - Le cartelle di pagamento opposte si riferiscono rispettivamente alla richiesta di contributi I.N.P.S. asseritamente omessi dalla S. per il periodo maggio 2001 - settembre 2002 e alla richiesta di pagamento dei premi I.N.A.I.L. per il periodo 2001 e 2002 relativamente ai lavoratori di cui alla p. 2 del Verbale Ispettivo della DPL di Venezia del 1.07.2002.

Gli Ispettori della DPL avevano infatti ritenuto che i lavoratori rumeni elencati nel predetto verbale fossero dei veri e propri lavoratori subordinati della S. e non lavoratori comandati da una società rumena per svolgere attività di tirocinio in Italia con la S. atteso che i predetti lavoratori erano stati impiegati come manovali e non avevano svolto alcuna formazione.

Orbene, l'istruttoria svolta ha provato la fondatezza delle pretese degli Istituti previdenziali: i lavoratori elencati nel verbale di ispettivo del 1.07.02 non erano stati distaccati o comandati da una società rumena per svolgere un periodo di tirocinio presso la S. ma gli stessi avevano lavorato in favore della S. quali lavoratori subordinati.

Infatti, C.D. ha riferito: " … Ho lavorato nel cantiere della S. presso l'Ospedale

di Rovigo per circa 2-3-4 mesi ora non ricordo bene …. Io sono venuto in Italia con un contratto di due anni che prevedeva che io facessi anche della formazione (il teste parla di "scuola") per il lavoro che facevo. *Non so dire se sono venuto in Italia mandato da una ditta rumena*. (…) Avremmo dovuto specializzarci alla fine della formazione, era anche prevista una borsa di studio, ma noi *la formazione non l'abbiamo mai fatta e abbiamo solo lavorato*. Lavoravamo nell'edilizia. *A Rovigo dovevamo demolire parte di una parete e ricostruirla*. Io non sono mai stato impegnato a realizzare una parete o un muro ma *mi limitavo portare la malta e i mattoni, insomma facevo lavoro di manovale*. (…) Lavoravamo 8/9 ore al giorno, perché non stavamo a guardare se c'era una mezz'ora in più per finire un lavoro. Venivamo pagati circa € 4,11 all'ora. Ci veniva data la busta paga. (…) *Non ci hanno mai fatto formazione a parte qualche dieci minuti in cui ci dicevano di fare questo o quel lavoro* e poi *ci dicevano che se qualcuno ci avesse chiesto qualcosa dovevamo dire che avevamo fatto scuola*. Ma non mi ricordo chi ha fatto questa ultima affermazione. Forse è stato un capo cantiere. (…) Nel cantiere gli unici italiani erano il capo squadra e uno che era fratello di un tale Massimo che aveva fatto dei lavori in cartongesso per la S.. (…) Preciso che ora non lavoro per la S. ma ho lavorato per la S. per circa un anno. Quando ho detto che *ho lavorato per 2-3-4 mesi intendevo dire al cantiere di Rovigo. Prima per la S., avevo lavorato a vicino Motta di Livenza. Poi ad un certo punto mi hanno detto basta e il rapporto è finito*".

Deve poi rilevarsi che A.V. ha invece riferito: " … Preciso che *lavoravo 5 giorni alla settimana dal lunedì al venerdì, e lavoravo 8 ore al giorno e non 9 come indicato, che inoltre facevo 4 ore di pratica e 4 ore di scuola*. (…) Ogni giorno facevo 4 ore di pratica e 4 ore di scuola. Durante queste quattro ore studiavamo e ci venivano spiegate tutte le cose relative al cantiere. Ci venivano dati anche dei libri. (…) La "scuola" consisteva nel fatto *che ci insegnavano a leggere i disegni e il funzionamento delle macchine. La scuola la si faceva in cantiere ove vi era una stanza apposita. In tutti i cantieri era cosi*. (…) Era M.C. che ci impartiva le spiegazioni. (...) Faccio presente che quando sono stato sentito nel cantiere di Piazzola sul Brenta ho parlato anch'io con l'ispettore ma questo ha parlato soprattutto con un altro ragazzo, di cui non ricordo il nome. (…) *Per il resto a parte le precisazioni che ho appena fatto confermo il contenuto delle dichiarazione di cui mi è stata data lettura*. (…) Ricordo di aver parlato con l'ispettore, perché comunque faceva domande a tutti quanti e ricordo di aver risposto, non sono in grado di dire se al tempo comprendessi bene tutto quello che mi veniva chiesto. (…) *Ero in Italia dal giugno del 2001 e parlavo poco l'italiano e un pò lo capivo. (…) lavoravamo dalle 8.00 alle 12.00 e dalle 13.00/13.30 per altre 4 ore*. La scuola veniva fatta a volte la mattina e a volte il pomeriggio. (…)". Tuttavia richiesto sul contenuto delle lezioni ha riferito: "*Le lezioni erano tenute in italiano. Ci facevano vedere dei disegni e ci spiegavano le cose del cantiere"*. Ed altresì "Non so dire che cosa significhi elementi di merceologia".

Il teste deve tuttavia ritenersi inattendibile. Infatti non solo la sua deposizione è sconfessata dagli altri lavoratori, ma anche egli avrebbe dovuto aver svolto alla data dell'Ispezione - 4 ore di lezione tutti i giorni - circa 960 ore di formazione (cioè 80 ore al mese per circa 12 mesi), e quindi la sua formazione avrebbe dovuto essere almeno da un punto di vista teorico quasi completata. Lo stesso invece ha dimostrato di non aver fatto

il corso di italiano, oggetto di formazione, né di avere la più lontana idea di elementi di merceologia. Anche il contenuto delle lezioni si è esaurito nella spiegazione delle "cose del cantiere". Di talché non è nemmeno improbabile che il teste confonda le normali spiegazioni e disposizioni in ordine alla attività da svolgere impartite di volta in volta in cantiere con la vera e propria formazione professionale.

C.S. ha riferito " … *Ricordo di aver lavorato per la S. da settembre 2002 per circa un anno* poi sono andato a casa perché c'erano dei problemi familiari, mi hanno detto di andare tranquillamente ma quando sono tornato *mi hanno licenziato. ... Non ho mai sentito nominare la N.. Quando sono venuto in Italia sono andato a lavorare alla S.. …* Quando ho lavorato con la S. *ho lavorato come muratore insieme ad altri cittadini rumeni, tra i quali quelli che vedo indicati nella mia citazione a teste, ve ne erano anche altri.* … Lavoravamo circa 8 ore al giorno e se al sabato serviva mezza giornata ci chiamavano e andavamo. Lavoravamo dal lunedì al venerdì. … Ricordo soprattutto *il cantiere di Rovigo - dove abbiamo ristrutturato una caserma in ospedale - lo ricordo in quanto vi ho lavorato di più, perché serviva il mio lavoro di muratore, quale fare intonaci, piastrelle anche stuccatura e pittura. …* .Ricordo che *nel cantiere di Rovigo c'era una stanza con delle sedie e un tavolo che noi pensavamo fosse per mangiare e invece ci hanno detto che ci avrebbero fatto delle lezioni. Abbiamo fatto credo due o tre incontri di due ore circa ciascuno, nelle quali sono venute persone diverse ad insegnarci a spiegarci come si fa il lavoro.* Una volta è venuto un ingegnere o architetto e un'altra volta un tale M.. *Ci hanno spiegato appunto come si fanno i lavori, ci hanno spiegato delle modalità diverse da quelle che conoscevamo noi, però alcuni di noi hanno capito mentre altri no e a loro spiegavamo noi. La S. non ci ha mai fatto lezioni dì lingua italiana …* Mi pagavano a fine o a metà mese circa. Non ricordo esattamente l'importo ma *mi sembra dì non aver mai preso più di € 750,00 al mese.* I soldi me li dava un tale M.. Non ricordo di aver mai ricevuto la busta paga. … *M. non so chi era ma ricordo che veniva a controllare il cantiere e chiedeva ad un altro più vecchio che era li in cantiere chi di noi lavorava di più e chi meno.* Si tratta sempre del M. che ci ha fatto una delle lezioni. … Io *non ho mai lavorato con macchine particolari né mi hanno mai spiegato nulla sull'uso di particolari macchine".*

S.D. ugualmente ha narrato: " Ho lavorato in cantieri della S. per *circa un anno e un mese.* Ho lavorato nel cantiere di Vipiteno, a Bolzano, a Rovigo e a Mantova. … Io lavoravo come verniciatore per le autostrade *perché noi siamo venuti in Italia per lavorare per le Autostrade. …* lavoravamo da lunedì a venerdì 8 ore al giorno. *Qualche volta è accaduto che abbiamo lavorato 4 ore e è venuto un capo cantiere a spigarci come si faceva il lavoro. … il capocantiere si chiamava M. ed era un dipendente della S.. ... Abbiamo fatto lezione sia presso la casa che ci era stata data per alloggiare sia presso il cantiere di Rovigo, dove c'era una stanza. Una volta abbiamo fatto una lezione anche nel cantiere di Vipiteno.* Nel periodo in cui ho lavorato per la S. *avrò fatto in tutto forse 5 lezioni o forse meno, non saprei dire con sicurezza. ... In Romania è venuto un tale L. che ci ha detto che aveva bisogno di muratori, verniciatori ecc. e ci ha detto che ci avrebbe fatto anche scuola per imparare a fare questi lavori per esempio per le autostrade.* Poi dopo circa 8 mesi siamo venuti in Italia e ci hanno fatto il contratto con la S. e abbiamo

lavorato per la S.. ... *L. ci aveva detto quando è venuto in Romania che saremmo stati pagati l'equivalente di € 4,00 all'ora, oltre al pranzo e all'alloggio. ... lo stipendio ce lo dava M. oppure andavamo in ufficio e ce lo dava L.*. L. ci ha pagato due o tre volte. *... Non ho mai sentito parlare della N.C.. Non sono mai stato dipendente di questa N.C.*. Quando L. è venuto in Romania ci ha portato il contratto di lavoro e noi con quello siamo andati presso il consolato Italiano per ottenere il visto per venire in Italia. Ci hanno dato un visto per tre mesi. ... *La S. non mi ha fatto lezioni di lingua italiana*. ... siamo venuti in Italia in 12/13 lavoratori rumeni".

Le predette dichiarazioni corroborano e comprovano pienamente quanto accertato e poi riferito dagli Ispettori del Lavoro.

C.F. ha chiarito che "l'accertamento era partito in relazione alla presentazione dei corsi di formazione al Ministero e pertanto il Ministero aveva dato il consenso a questi programmi di formazione. Abbiamo fatto degli accessi ispettivi presso i cantieri della S. in Rovigo ASL, in due cantieri in provincia di Padova. Durante questi accessi abbiamo sentito a sommarie informazioni i lavoratori che erano degli operai rumeni che avevamo *trovato intenti a lavorare come operai*. Anzi *I cantieri interessati erano due, quello di Rovigo e quello di Piazzola sul Brenta. Prima siamo stati a Rovigo e nella stessa mattina a Piazzola*. ... E' vero che *a Rovigo c'erano 11 lavoratori di cui 4 dipendenti S. e gli altri lavoratori rumeni, e che a Piazzola c'erano 13 lavoratori di cui 5 erano dipendenti S. e gli altri rumeni*. ... C'era il capo squadra della S. e poi *c'erano gli operai rumeni che facevano lavori di manovalanza e gli operai della S. che anche loro facevano lavori di manovalanza. Facevano tutti le stesse mansioni e attività*. Abbiamo avuto modo di osservarli perché abbiamo avuto modo di trovarli che stavano lavorando e poi a sommarie informazioni ci hanno confermato che lavoravano presso i cantieri per 8/9 ore al giorno e questo non è stato smentito nemmeno dai capi squadra. … I lavoratori rumeni ricevevano le direttive dal capo squadra che era della S.. Uno di tali capi cantiere si chiamava C.. ... Lavoravano dal lunedì al venerdì. Era un lavoro continuativo e non occasionale. Non si fermavano per fare la formazione. *Noi abbiamo chiesto ai rumeni se ricevevano una formazione, loro ci hanno riferito, quanto all'insegnamento della lingua italiana, che era previsto nel progetto di formazione, che la stessa si riduceva al passaggio degli strumenti di lavoro e quanto alle altre materie hanno confermato che lavoravano e non vi erano momenti dì formazione teorica con vere e proprie lezioni ed anche la formazione pratica non c'era perché venivano solo dati loro istruzioni per lavorare ma non vi era formazione vera e propria, con spiegazione sul campo delle diverse tecniche*. ... Era prevista una borsa di studio ma loro *ci hanno detto che prendevano una paga oraria di lire 7.000/8.000. Non abbiamo rinvenuto prospetti paga ma ricordo solo che nell'ambito del plico della formazione vi era l'indicazione delle borse di studio*. ... dalla documentazione emergeva che erano stati fatti dei piani formativi per ciascun formatore. Ricordo delle *incongruenze perché erano indicati i capi cantiere nelle stesse ore a fare formazione su materie diverse a persone diverse. E poi durante gli accessi abbiamo verificato quanto detto. Abbiamo altresì verificato che non vi era alcuna aula per la formazione pratica*. Mentre *la teorica si faceva presso la sede legale della ditta, tuttavia i lavoratori rumeni ci hanno detto che tale sede era molto piccola. Noi abbiamo tentato un accesso*

ma la sede era chiusa. ... Non ricordo con precisione ma forse abbiamo anche rilevato che *uno stesso capo cantiere nella stessa ora era previsto come formatore in materie diverse e contemporaneamente per la teoria che si sarebbe dovuta fare in sede e per la pratica*. ...Ricordo che qualcuno di loro *ci ha detto dove alloggiavano e che cambiavano in continuazione e che erano di più di quelli impiegati in cantiere*. Quando però siamo andati a fare un accesso presso gli alloggi erano tutti e due chiusi. ... *Il programma di formazione prevedeva un monte ore di 1200 di teoria e 1500 di pratica con questa fase iniziale di apprendimento della lingua*. ... I lavoratori rumeni capivano abbastanza bene l'italiano e lo parlavano, *alcuni infatti erano li da diversi mesi mentre per quelli che avevano maggiori difficoltà abbiamo fatto ricorso a un dipendente della S. che era rumeno e ci ha fatto da interprete*. ... Confermo che nei verbali di sommarie informazioni da me assunti ho riportato quanto a me è stato riferito. ... *I capo cantiere presso l'ASL di Rovigo ci hanno confermato che i lavoratori rumeni lavoravano con loro e sembravano stupiti delle domande sulla formazione"*.

Ugualmente il B.Z.A. ha riferito "ho partecipato ad un solo intervento credo il 5.03.2002 in Rovigo e in Piazzola sul Brenta dove la S. eseguiva lavori rispettivamente di ristrutturazione degli immobili dell'USL e di una palestra (Piazzola sul Brenta). …. *Appena arrivato sono scappati tutti*. *Un pò alla volta li abbiamo fatti convogliare in un piano e poiché eravamo in 4 a coppia di ispettori abbiamo assunto a sommarie informazioni i lavoratori presenti*. *Questo a Rovigo*. *In serata abbiamo fatto un sopralluogo anche presso il cantiere in piazzola sul Brenta*. ... Nei cantieri abbiamo trovato i lavoratori verbalizzati, *circa 10 a Rovigo di cui sono 2 circa erano della S., si trattava dei capi squadra e gli altri erano cittadini rumeni*. *A Piazzola sul Brenta siamo arrivati in un momento in cui aspettavano il ritorno, infatti usavano tutti uno stesso furgone della S. e facevano tutti lo stesso tragitto per tornare a casa*. Ricordo che *ci hanno riferito che lavoravano circa 9 ore al giorno e anche al sabato*. *I lavoratori rumeni erano entrati in Italia con un permesso per distacco*. Praticamente il rapporto di lavoro rimaneva con l'azienda rumena e avrebbero dovuto venire in Italia per acquisire una formazione invece facevano i lavoratori della S.. ...Ricordo che *a Rovigo non c'era alcun ambiente riservato, c'era solo il cantiere dove stavano lavorando*. Ricordo che *ci siamo appoggiati sui cavalletti precari per redigere i verbali*. Quando siamo arrivati *a Piazzola non stavano lavorando ma stavano aspettando di andare via,* ora non ricordo bene ma so che quando abbiamo sentito i lavoratori erano quasi liberi. … Ai lavoratori rumeni il datore di lavoro italiano doveva mettere a disposizione un alloggio idoneo, tale alloggio doveva essere indicato nella autorizzazione. *Ci siamo recati presso l'indirizzo indicato nella autorizzazione anche accompagnati da una persona che potesse farci da interprete e non ci ha aperto nessuno*. *Si trattava di uno stabile al primo piano ricordo che abbiamo parlato con i vicini i quali ci hanno riferito che c'era un via vai di gente extracomunitari che però da qualche giorno non li vedevano più*. ... Ricordo che *quasi tutti i lavoratori che abbiamo sentito ci hanno detto che non facevano formazione ma lavoravano 9 ore al giorno per 6 giorni alla settimana,* ora non ricordo se tutti o no, bisogna vedere gli atti. ... *Gli abbiamo chiesto espressamente se facevano la formazione* in quanto vi era un piano formativo previsto dalla autorizzazione. ... *Per quanto riguarda i lavoratori*

rumeni che ho sentito io, comprendevano sufficientemente l'italiano, altrimenti ne avrei dato atto a verbale ugualmente avrei dato atto a verbale se mi avvalevo di un interprete. *... Non ho verificato se oltre allo spazio del cantiere, all'interno dell'ASL c'era un locale addetto alla formazione dei lavoratori in quanto questi ci hanno riferito che non facevano alcuna formazione. Ugualmente è avvenuto presso il cantiere di Piazzola.* ... Nella autorizzazione deve essere riportato dove e come viene fatta la formazione. Non ricordo le indicazioni relative al caso specifico, di solito viene indicata la sede dell'azienda".

Quanto dichiarato dai lavoratori oltre a quanto direttamente accertato dagli Ispettori non può essere smentito dalle dichiarazioni rese dai dipendenti della S. M.C., T.I. e C.D., in quanto scarsamente attendibili stante il rapporto di dipendenza con la società ricorrente e quanto in netto contrasto con tutte le altre risultanze.

M.C. ha infatti riferito "... Sono dipendente della S. dal 2001 con mansioni di impiegato tecnico. ... *Non sono a conoscenza che vi fosse un accordo tra la S. e una società rumena. Ma so che la S. aveva un programma di formazione e lavoro per dei lavoratori rumeni.* ... All'epoca dei fatti in discussione *la S. aveva circa 10 dipendenti e attualmente ne ha circa 12.* ... ero addetto a più di un cantiere in quel periodo ma non ricordo bene quali fossero. Per quanto ricordo ed ho visto io hanno lavorato da noi circa una decina di rumeni. ... Nel 2002 questi lavoratori rumeni sono stati impegnati nel cantiere di Rovigo e di Piazzola sul Brenta. Quanto al 2001 non ho un ricordo preciso. ... Non so dire se questi lavoratori rumeni erano dipendenti della S. o di una ditta rumena. ... *Ogni giorno a seconda del tipo di lavoro che si doveva fare si faceva in cantiere prima la spiegazione della lavorazione e poi si procedeva alla realizzazione pratica. Le spiegazioni le davo io* alle persone che c'erano nel cantiere. ... Preciso che io più che capo cantiere ero un assistente di cantiere e potevo seguire più commesse, che tuttavia seguivo dall'inizio alla fine. Nel cantiere di Rovigo io ero "assistente di cantiere" mentre capo cantiere era M.L. Il capo cantiere era sempre lo stesso e riceveva istruzioni da me. ... Invece nel cantiere di Piazzola sul Brenta io facevo sia l'assistente di cantiere che il capo cantiere. ... I lavoratori rumeni in parte erano impiegati a Rovigo ed in parte a Piazzola sul Brenta. A volte si spostavano quando nell'altro cantiere si stava facendo una diversa lavorazione che dovendo imparare. ... *Io avevo l'incarico di spiegare ai lavoratori rumeni come si realizzava un edificio a partire da un progetto pertanto mano a mano che si saliva con la costruzione dovevo insegnare loro varie fasi della lavorazione.* ... E' vero che *sia nel cantiere di Piazzola che in quello di Rovigo avevamo a disposizione banchi e sedie e una lavagna per le lezioni. In particolare a Rovigo l'ASL ci aveva messo a disposizione delle stanze. A Piazzola invece avevamo due box.* ... Qualche volta ho fatto lezione nella sede della ditta. ... *Le spiegazioni riguardavano il lavoro da fare dalla realizzazione della malta alla realizzazione del muro con la spiegazione dei materiali che si usavano e delle modalità di costruzione dello stesso.* ... Le lezioni che ho tenuto in sede riguardavano sempre i lavori di edilizia non ricordo se riguardassero la realizzazione di un muro o di un controsoffitto o la costruzione di una scala. ... *Nel cantiere si facevano 4 ore di teoria e 4 ore dì pratica. A seconda delle esigenze di cantiere si faceva prima l'una o l'altra.* ... Nel cantiere di Rovigo oltre ai lavoratori rumeni vi erano 3 o 4 dipendenti S.: Io mio fratello, M. e un altro di cui non ricordo il nome. ... *La teoria si svolgeva in parte nell'aula*

in parte nel cantiere anche perché facevo vedere loro i lavori già realizzati e tra quelli da loro fatti correggevo gli eventuali errori. Infatti nella parte pratica io lasciavo che loro facessero da soli. Il giorno dopo poi facevo vedere loro dove avevano eventualmente sbagliato. Preciso però che non si trattava mai di lasciare loro realizzare 100 mq di muro ma si trattava di poco lavoro. ... Preciso che comunque si trattava di errori che si potevano modificare e nel prosieguo fare meglio. Io infatti più che altro gli dicevo che potevano fare meglio di quello che avevano fatto. ... Ho visto il teste che è entrato prima di me [C.D.: NDR]; ricordo di averlo già visto ma non mi viene in mente dove. ... *Quanto alla materia "gestione del personale " io intendo per tale materia il fatto che avendo più cantieri io debbo gestire il personale tra gli stessi; ho spiegato ai lavoratori rumeni che potevano essere spostati da un cantiere all'altro in quanto potevano esserci necessità di diversi lavori. Non ricordo di aver mai spiegato merceologia.* Comunque io ho la gestione del personale dei vari cantieri che gestisco io e posso spostare i lavoratori da una parte all'altra senza il permesso dei miei colleghi".

T.I. ha poi riferito "Sono dipendente della S. dal circa 15 anni con mansioni di impiegato tecnico. ... non sono mai stato nei cantieri di Rovigo e di Piazzola sul Brenta. Ricordo che ci sono stati dei lavoratori rumeni presso la S. in base ad un contratto che prevedeva anche la loro formazione. Io *ho fatto alcune lezioni ad alcuni di questi lavoratori in ordine al funzionamento di alcune macchine e ciò sia in sede sia altrove ma non sono mai stato.* ... Noi abbiamo delle macchine ad alta pressione che servono per fare dei lavaggi, abbiamo poi delle macchine che servono per fare gli intonaci. Quindi ho fatto lezione ad alcuni di questi lavoratori sull'uso di queste macchine. Ho fatto loro capire come si usavano perché sono delle macchine particolari e anche ho fatto vedere loro delle dimostrazioni pratiche. ... Ho fatto delle lezioni in sede da noi e uno o due volte circa ho portato tali lavoratori in un cantiere a Bolzano dove tali macchine si stavano usando. ... Ho tenuto più lezioni di circa mezza giornata, perché si tratta di un argomento molto complesso. Con dette macchine infatti si fa l'idrodemolizione. ... Le lezioni venivano tenute in una stanza dell'ufficio dove c'era la normale scrivania, infatti per tenere tali lezioni si vedevano con i lavoratori i manuali e poi si andava nel piazzale per vedere come funzionava la macchina. ... Non sono in grado di riferire i nomi dei lavoratori a cui ho fatto lezione. Forse se li vedo li riconosco. ...Io ho fatto lezione a più gruppi di 5/6 persone. Forse in tutto erano 14/15 persone. Ad ogni gruppo ho tenuto circa 10 lezioni di mezza giornata ciascuna. ... Non ricordo di aver mai visto il lavoratore che ha testimoniato prima del C.. C.D. non mi dice nulla".

Quanto riferito dal teste T. non trova alcun riscontro nelle dichiarazioni dei lavoratori - dato il numero delle lezioni che sostiene di aver fatto avrebbe dovuto aver fatto lezione anche ai lavoratori esaminati - mentre il teste C. ha mostrato di non aver nemmeno idea del contenuto di alcune materie, inoltre quanto riferito in ordine alle lezioni tenute ben si attaglia in realtà alle semplici disposizioni, correzioni e chiarimenti dati ai lavoratori in cantiere.

Ugualmente è a dirsi per quanto raccontato da C.D. il quale dopo aver confermato il contenuto della dichiarazione resa in data 5.03.2002 ha riferito che "l'addestramento pratico consisteva nell'insegnare ai lavoratori le tecniche basi delle lavorazioni, in particolare in quel momento stavamo realizzando delle pareti in cartongesso e pertanto *l'addestramento*

riguardava l'insegnamento delle tecniche di realizzazione del cartongesso. ... In base a quello che facevo io facevo vedere ai lavoratori rumeni come tracciare con il laser per mettere giù i montanti e le guide nonché come montare le lastre di cartoni gesso. ... Quando ho reso le dichiarazioni stavamo lavorando nel cantiere presso l'USL di Rovigo".

Deve pertanto ritenersi accertato che tra i lavoratori di cui al verbale ispettivo oggetto di causa e la S. sono intercorsi rapporti di lavoro subordinato nei termini accertati dagli istituti previdenziali, non si trattava di lavoratori in distacco o comando da ditta rumena per svolgere attività formativa, ma lavoratori subordinati della S. soggetti al potere direttivo, disciplinare ed organizzativo di questa.

Deve dunque rigettarsi i ricorsi.

Sussistono giustificati motivi quali la natura delle parti per compensare le spese di lite.

(Omissis)

Fondo di Garanzia per il TFR - Ritenuta IRPEF operata in applicazione di una aliquota relativa ad un TFR maggiore di quello liquidato - Errore nella compilazione del modello TFR3/bis non imputabile all'INPS - Risarcimento danno per riconoscibilità dell'errore - Non sussiste

Tribunale di Viterbo - 26.02.2009 n. 143 - Dott. Ianigro - G.M. (Avv. Pucci) - INPS (Avv.ti Ricci, Scarlato)

Allorché l'Istituto deve procedere al pagamento del TFR ed operare la relativa ritenuta fiscale, non è tenuto a disattendere i dati risultanti dal modello TFR3/bis compilato dal curatore ed allegato alla domanda di prestazione presentata all'INPS. Non è configurabile alcuna responsabilità in capo all'Istituto se esso, non rilevando eventuali incongruità tra il periodo di lavoro e le relative retribuzioni indicate nel modello all'uopo compilato dal curatore, abbia operato in conformità alle risultanze di questo ultimo. (Fattispecie relativa ad omessa indicazione, nel mod. TFR3/bis, dell'accollo del debito per TFR, ex art. 2112 c.c., da parte delle aziende succedutesi nel rapporto di lavoro precedentemente a quella fallita).

FATTO - Con ricorso depositato il 2.5.2007, G.M. adiva questo Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro esponendo di aver lavorato dal 1.7.1991 al 31.7.1998 alle dipendenze di diverse aziende l'ultima delle quali M. S.r.l.; che tutti i periodi di lavoro dovevano essere considerati in modo unitario atteso che ciascuna azienda che era su-

bentrata a quella precedente si era accollata il debito relativo al pagamento del TFR ai sensi dell'art. 2112 c.c.; che in occasione del fallimento M. s.r.l. il Giudice Delegato aveva riconosciuto il credito del ricorrente per TFR ammettendo al passivo l'importo di lire 12.000.000, necessariamente riferibile ad una anzianità di servizio ben maggiore di quella maturata presso la M. s.r.l. (dal 1.3.1998 al 31.9.1998); che in data 3.5.2001 ai sensi dell'art. 2 L. 297/82 il ricorrente aveva chiesto la liquidazione del TFR al Fondo di Garanzia dell'INPS, corredando la domanda di tutti i documenti richiesti; che nella compilazione del modello TFR3/bis il curatore aveva errato l'indicazione del periodo lavorativo, indicandolo nei complessivi cinque mesi (dal 1.3.1998 al 31.7.1998) in cui il ricorrente era stato alle dipendenze della società fallita, anziché nell'intero periodo intercorrente tra il 1.7.1991 e l'11.7.1998; che in data 5.10.2001 l'INPS aveva liquidato il TFR sulla base di calcolo di 4 mesi lavorativi e complessivo reddito di riferimento di lire 432.000.432 (imposta sul reddito di riferimento di lire 181.560.196) relativo all'intero periodo di lavoro intercorrente tra il 1991 ed il 1998; che sull'importo dell'imponibile pari a lire 13.231.447 (TFR pari a lire 12 milioni oltre interessi per lire 1.211.278 e ritardato pagamento per lire 20.269) era stata applicata un'aliquota fiscale del 42,03% così decurtando il credito di lire 4.477.117 (pari ad € 2.828,69) e versando un importo netto di lire 7.754.330; che il calcolo operato dall'INPS era errato non essendo stata considerata l'intera anzianità di servizio ed essendo stata applicata una aliquota superiore a quella media 20,60% (ciò che avrebbe comportato una ritenuta di lire 1.850.280 pari ad € 955,59); che con lettera 29.8.2005 il ricorrente aveva richiesto all'INPS il ricalcolo del TFR nei predetti termini; che con nota 20.1.2006 l'INPS rispondeva di non poter accogliere la domanda essendo scaduto il termine di 48 mesi previsto per chiedere il rimborso alla Agenzia delle Entrate e non essendo consentito alcun rimborso IRPEF oltre il 31 dicembre dell'anno di liquidazione; che il ricorso amministrativo era rimasto senza esito. Tanto premesso e ritenuto che l'INPS fosse comunque in grado di rendersi conto degli errori commessi dal curatore nel modello TFR 3/Bis e dallo stesso ricorrente nella propria domanda, in considerazione del reddito complessivo di riferimento (relativo alla intera durata di servizio) e dei redditi annuali risultanti dall'estratto contributivo, deduceva la responsabilità dell'Istituto ex art. 2043 c.c. e invocava il risarcimento del danno per l'importo di € 1.873,10, risultante dalla differenza tra l'importo della trattenuta operata e quella realmente dovuta.

Si costituiva l'INPS assumendo la decadenza del ricorrente per il decorso del termine di 48 mesi ex art. 37 DPR 602/1973 come modificato dall'art. 34 co. 5 L. 388/2000; di aver provveduto alla liquidazione attenendosi alle dichiarazioni rese dal Curatore Fallimentare nell'apposito modulo predisposto dall'Istituto in attuazione del potere di autoorganizzazione e regolamentazione; che il suddetto modello non contenesse errori posto che, appositamente sollecitato dal legale del ricorrente, il Curatore con lettera 30.3.2001 aveva rifiutato le invocate correzioni assumendo non esservi elementi certi per l'indicazione di un periodo di maturazione del TFR anteriore alla data di inizio dell'attività lavorativa per la società fallita; che ove avesse ritenuto erronee le indicazioni del Curatore, il ricorrente avrebbe dovuto agire contro di lui e non contro l'INPS; che il ricorrente non aveva neanche presentato l'autocertificazione prevista per il caso in cui il responsabile

della procedura concorsuale rifiuti di sottoscrivere e rilasciare quella usuale. Tutto ciò premesso invocava il rigetto del ricorso con vittoria di spese.

La causa era istruita con documenti e CTU ed era decisa il 26.2.2009 come da dispositivo di cui si dava lettura in udienza.

DIRITTO - L'applicazione da parte dell'Istituto previdenziale di una aliquota IRPEF abnorme rispetto all'ammontare del TFR deriva - secondo quanto emerge dalla CTU - dalla incongruenza tra l'ammontare del TFR ammesso al passivo del fallimento, chiaramente riferibile all'intera anzianità di servizio dedotta dal ricorrente (luglio 1991 - luglio 1998) e la durata del rapporto preso in considerazione, dal curatore prima e dall'INPS dopo (pari ad appena 4 mesi). Il sistema di calcolo adottato dall'INPS sulla base di questi dati, ha infatti condotto alla individuazione di un reddito di riferimento (rapporto tra entità del TFR e durata del rapporto) di gran lunga superore a quello effettivo, e conseguentemente alla determinazione di una aliquota fiscale e di una ritenuta evidentemente sproporzionate rispetto all'importo lordo del TFR.

Tale circostanza si evince chiaramente dal seguente prospetto ricavato dai conteggi eseguiti dal consulente con riferimento, sia agli 85 mesi di durata del rapporto, sia in base ai 5 mesi di cui l'INPS - ad avviso dell'ausiliario - avrebbe dovuto tenere conto sulla base delle indicazioni fornite dal curatore fallimentare, sia infine in base alla durata di 4 mesi che l'INPS assume (cfr. note conclusionali) di dover conteggiare.

TFR ammesso al passivo = £ 12.000.000						
Durata rapp.	**abbatti-mento**	**reddito di riferimento**	**aliquota media**	**imponibile**	**ritenute**	**TFR netto**
85	£ 4.250.000	£ 20.329.412	20,60	£ 7.750.000	£ 1.596.285	£ 10.403.715
	€ 2.194,70	€ 10.499,26		€ 4.002,78	€ 824,46	€ 5.373,02
5	£ 250.000	£ 345.600.000	41,16	£ 11.750.000	£ 4.836.267	£ 7.163.733
	€ 129,10	€ 178.487,50		€ 6.068,38	€ 2.497,73	€ 3.699,75
4	£ 200.000	£ 432.000.000	42,03	£ 11.800.000	£ 4.959.278	£ 7.040.722
	€ 103,28	€ 223.109,38		€ 6.094,20	€ 2.561,26	€ 3.636,22

Orbene, il ricorrente sostiene che l'errore sarebbe stato determinato dalla erronea compilazione del mod. TFR 3/bis da parte del curatore fallimentare nella parte relativa alla durata del rapporto, ma deduce che l'INPS avrebbe dovuto avvedersene e determinare diversamente l'aliquota da applicare. Sulla base di tali premesse formula domanda di risarcimento del danno, ravvisando nella decurtazione operata una responsabilità dell'Istituto previdenziale ex art. 2043 c.c. sotto il profilo colposo della mancata rilevazione dell'errore.

E' tuttavia evidente che per ravvisare il dedotto profilo di colpa, occorrerebbe accertare l'inosservanza da parte dell'Istituto previdenziale di un obbligo di verifica ed eventuale rettifica dei dati provenienti dalla procedura fallimentare nelle persone del Giudice Delegato (che accerta il credito ammettendolo al passivo del fallimento) e del curatore fallimentare (che ne attesta i riferimenti anche riguardo alla durata del rapporto ai fini dell'assoggettamento alle ritenute fiscali). Ebbene, sotto tale profilo neanche parte ricorrente deduce alcunché al riguardo, limitandosi ad eccepire la riconoscibilità dell'errore senza indicare la fonte del presunto obbligo di verifica e rettifica. Né pare che la possibilità dell'INPS di procedere autonomamente al riesame dei dati trasmessi e di utilizzarne altri diversi da quelli forniti dal curatore, sia intuitivamente desumibile dal generale principio del *neminem laedere*, atteso il carattere sostanzialmente vincolante delle informazioni provenienti dagli organi del fallimento.

A maggior ragione tali conclusioni valgono ove si consideri che fu lo stesso curatore fallimentare, a ciò esplicitamente invitato dall'interessato e nonostante l'evidente discrepanza tra l'importo del TFR ammesso al passivo e la durata del rapporto indicata, a rifiutare la correzione del modulo relativamente a quest'ultimo dato, esplicitamente affermando che "*i mod. TF3bis sono stati correttamente compilati in quanto dalla documentazione sinora acquisita risulta incontrovertibile la data di assunzione presso la fallita, mentre nessun elemento certo può giustificare l'indicazione di un periodo di maturazione del TFR anteriore alla citata data*".

Sulla base di tali elementi anzi, l'Istituto resistente obietta che la durata del rapporto di lavoro dedotta dal ricorrente sarebbe sostanzialmente sfornita di prova, non essendovi certezze sulla circostanza di fatto rappresentata dall'accollo del debito per TFR ex art. 2112 c.c. da parte di tutte le aziende che si erano succedute in quel rapporto di lavoro. In tema di responsabilità risarcitoria l'argomento rileva solo parzialmente, essendo nella specie dedotta una responsabilità per colpa sul presupposto della riconoscibilità dell'errore; e non potendosi nella specie negare l'errore posto che l'ammontare del TFR riconosciuto dal fallimento non poteva riferirsi ad un rapporto di lavoro durato appena 4-5 mesi.

Va tuttavia ribadito che per configurare una responsabilità dell'Istituto non basterebbe accertare la riconoscibilità dell'errore, ma occorrerebbe anche affermarne l'obbligo di procedere ad una valutazione e ad una verifica dei dati forniti dal fallimento e la possibilità di determinarsi del tutto autonomamente. E alla luce degli elementi esposti non si comprende in base a quali elementi e a norme ciò sarebbe potuto avvenire.

Sotto altro profilo, poi, non è possibile tacere del fatto che l'errore è in primo luogo riconducibile al curatore fallimentare che per quanto detto aveva erroneamente compilato il mod. tfr3/bis, rifiutandone in seguito anche la correzione; ma allo stesso tempo esso è riconducibile allo stesso interessato, il quale nella domanda di liquidazione del TFR al Fondo di Garanzia aveva esplicitamente indicato che il proprio rapporto di lavoro era intercorso con la società fallita M. s.r.l. tra il 1.3.1998 e l'11.7.1998 (per la durata appunto di poco più di quattro mesi). Anche in considerazione di queste circostanze non sembra ragionevole accollare all'Istituto la responsabilità di errori altrui, per il solo fatto di non

essersene avveduto e di non essere intervenuto per correggerli (senza peraltro averne la possibilità).

Parimenti fondate devono peraltro ritenersi le osservazioni dell'Istituto resistente riguardo alle possibilità alternative di cui l'interessato avrebbe potuto usufruire per porre rimedio alla vicenda: sia compilando il modulo di autocertificazione, assumendosi personalmente la responsabilità nel fornire dati difformi da quelli pervenuti dal curatore; sia chiedendo all'amministrazione finanziaria il rimborso della maggiore imposta versata nel termine di decadenza fissato dalla legge (art. 37 DPR 602/73 come modificato dall'art. 34 L. 388/2000). Anche sotto tale profilo, riconoscere in capo all'INPS la responsabilità per l'entità della detrazione operata, significherebbe accollare all'Istituto anche i ritardi o le inerzie dell'interessato e le relative conseguenze in tema di decadenza. Il che appare francamente irragionevole.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso va quindi respinto.

Natura della controversia e qualità delle parti, giustifica la compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

CONSIGLIO DI STATO

Patrimonio pubblico - Dismissione - Immobili di pregio.

Consiglio di Stato, Sez. Sesta - 09.06.2009 n. 3562 - Pres. Ruoppolo - Rel Buonvino - INPS-SCIP Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici s.r.l. (Avv.ti Prosperi Valenti, De Ruvo, Ferrazzoli) - A.S. ed altri (Avv.ti Tedeschini, Tozzi) - Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Agenzia del Territorio (Avvocatura Generale dello Stato) - S. s.p.a. (Riforma sentenza del TAR del Lazio, sede di Roma, 27 luglio 2007, n. 7136)

In materia di dismissione di immobili pubblici, l'art. 3, comma 20, secondo periodo del D. L. 25 settembre 2001, n. 351, convertito in legge 23 novembre 2001, n. 410, va interpretato nel senso che l'esclusione degli immobili di pregio dalla fissazione del prezzo di acquisto in base alla normativa vigente al momento dell'offerta di acquisto dei conduttori opera anche con riferimento agli immobili per cui la dichiarazione di pregio sia intervenuta successivamente a tale data.

FATTO e DIRITTO - 1) - Con la sentenza appellata il TAR ha accolto, per quanto di ragione, il ricorso proposto dagli odierni appellati per l'annullamento:

a) - del decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 16.9.2005, pubblicato sulla G.U. del 23.9.2005, con il quale l'immobile sito in Roma viale del Vignola n. 88 è stato incluso negli immobili di pregio;

b) - della delibera n. 14 del 24.5.2005, impugnata con motivi aggiunti, della Commissione per l'individuazione degli immobili di pregio, istituita presso l'ufficio provinciale di Roma, nella parte in cui l'immobile de quo è stato inserito nella lista degli immobili di pregio.

Dopo aver premesso che i ricorrenti erano tutti conduttori di appartamenti in un immobile sito in Roma, viale del Vignola 88, qualificato come immobile di pregio ai fini dell'applicazione del relativo regime di dismissione, il TAR ha rilevato che, con primo motivo di gravame, i ricorrenti stessi - precisato di avere ricevuto, in data 20 dicembre 1999, una lettera raccomandata recante offerta di vendita dell'immobile condotto in locazione cui fece seguito dichiarazione degli interessati di piena disponibilità all'acquisto degli immobili alle condizioni ivi indicate - assumevano che si sarebbe formato un obbligo di contrarre (assimilabile a quello nascente da un preliminare o da un contratto di opzione) al prezzo e alle condizioni indicate nell'offerta; conseguentemente, alla stregua

di quanto disposto dal primo inciso dell'art. 3 comma 20 della legge 410/2001, l'Amministrazione non avrebbe potuto successivamente inserire l'immobile de quo fra gli immobili di pregio, così disattendendo l'obbligo già assunto di alienazione alle condizioni di cui all'offerta del 20 dicembre 1999.

Al riguardo, hanno osservato, i primi giudici, nel respingere tale doglianza, che, ai fini dell'applicazione della previsione di cui al primo inciso del citato art. 3 comma 20, occorreva che fossero configurabili convergenti manifestazioni di volontà dell'ente offerente e del privato interessato all'acquisto caratterizzate, alla stregua dei consueti canoni giuridici di derivazione civilistica, in termini di certezza e di riconoscibilità giuridica; e che, in particolare, per quanto riguardava la parte pubblica offerente, occorreva rammentare che la dismissione opera in forza di legge e la stessa legge aveva rimesso a provvedimenti di carattere generale sia la concreta individuazione dei beni che ne costituivano oggetto, sia la determinazione del prezzo; con la conseguenza che non era configurabile un'offerta di opzione (intesa come manifestazione vincolante di volontà negoziale all'alienazione) se non in relazione a parametri contenutistici predeterminati a livello di disposizioni pubblicistiche; parametri che, peraltro, al momento dell'invio delle note allegate dai ricorrenti, in data 20 dicembre 1999, non risultavano ancora definitivamente determinati, tanto è vero che l'indicazione di prezzo ivi contenuta per lire 3.750.000 a metro quadro – a differenza di quanto asserito dai ricorrenti – lungi dal potere costituire definitiva quantificazione del corrispettivo dell'alienazione, assumeva esplicitamente carattere orientativo nell'ambito di una iniziativa volta soltanto ad acquisire la disponibilità all'acquisto.

Il Tribunale ha, invece, ritenuto fondato il secondo, subordinato motivo di censura articolato dai ricorrenti, con il quale si riteneva, comunque, illegittima la qualificazione dell'immobile come di pregio, atteso il disposto di cui al secondo inciso dell'art. 3, comma 20, citato, in quanto, in virtù dell'intervenuta dichiarazione di disponibilità all'acquisto, le condizioni di vendita avrebbero dovuto ritenersi vincolate a quelle previste dalla normativa vigente all'epoca, senza possibilità di successiva riqualificazione degli immobili come di pregio alla stregua di circostanze sopravvenute.

Non poteva, invero, per il TAR, ammettersi l'applicazione della disposizione normativa richiamata in base ad una qualificazione dell'immobile come di pregio, riferita a circostanze di fatto sopravvenute rispetto alla data di manifestazione dell'intento di acquisto, pena la sostanziale frustrazione della logica e della finalità della norma stessa; diversamente argomentando, infatti, il trascorrere del tempo, anche imputabile a possibili ritardi o negligenze dell'Amministrazione nell'espletamento delle procedure di dismissione, avrebbe finito con il reintrodurre quegli elementi di incertezza nelle condizioni dell'acquisto che il legislatore del 2001 aveva, invece, inteso neutralizzare per i conduttori che avessero dichiarato la propria disponibilità all'acquisto; donde, per i primi giudici, l'accoglimento del ricorso.

Il TAR, ha dichiarato tardivo, peraltro, l'intervento *ad adjuvandum* della sig.ra M.V., considerata l'intervenuta acquiescenza per mancata impugnazione di atti, pubblicati nelle forme di legge, entro i rituali termini di decadenza.

Per carenza di ogni principio di prova il TAR ha, infine, rigettato la domanda risarcitoria.

2) - Per l'INPS, appellante principale, la sentenza sarebbe erronea e dovrebbe esse-

re riformata in quanto, sebbene il TAR abbia correttamente affermato l'applicabilità, alla fattispecie, del disposto di cui all'art. 3, comma 20, del citato d.l. n. 351/2001, convertito in legge n. 410/2001, non di meno avrebbe finito per contraddirsi manifestamente e decidere in termini difformi rispetto alla disciplina normativa di settore, laddove ha ritenuto inapplicabile la disciplina sugli immobili di pregio a cagione di quanto indicato dagli originari ricorrenti in risposta alla nota INPDAI del 20 dicembre 1999; per l'appellante Istituto appare utile evidenziare, in particolare, la natura di detta dichiarazione che altro non sarebbe che una generica dichiarazione di disponibilità all'acquisto al prezzo e alle condizioni da determinarsi in base alla normativa vigente, non implicante obbligo di contrarre a carico del dichiarante (così si è espresso il TAR in sentenza), sicché non potrebbe in alcun modo essere equiparata tale dichiarazione alla manifestazione di volontà richiesta dalle citate norme del 2001 e del 2004; l'Istituto sottolinea, inoltre, il fatto che, data la complessità delle operazioni di cartolarizzazione, i tempi impiegati a tal fine dalla P.A. sarebbero stati del tutto congrui.

Considerazioni analoghe svolgono, con appello incidentale, i Ministeri e l'Agenzia in epigrafe indicati.

Svolgono appello incidentale anche gli originari ricorrenti e odierni appellati, che deducono l'erroneità della sentenza impugnata riguardo ai capi recanti il rigetto di talune delle censure svolte in primo grado; con l'appello incidentale ora detto viene dedotta anche l'erroneità della sentenza quanto alla declaratoria di irricevibilità del ricorso di primo grado da parte della sig.ra M. V.; vi si insiste, infine, all'occorrenza anche per l'esame e l'accoglimento dei profili di doglianza assorbiti dai primi giudici.

Con ordinanza 20 novembre 2007, n. 6101, la Sezione si è pronunciata come segue sull'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza in esame: "ritenuto che l'appello sia provvisto del *fumus boni iuris*, atteso che l'art. 3 comma 20 D.L. 351/2001 secondo periodo va interpretato nel senso che l'esclusione degli immobili di pregio dalla fissazione del prezzo di acquisto in base alla normativa vigente al momento dell'offerta di acquisto dei conduttori opera anche con riferimento agli immobili per cui la dichiarazione di pregio sia intervenuta successivamente a tale data, militando in tal senso sia argomenti letterali (posto che la norma non fissa un riferimento temporale per la declaratoria di pregio), sia ragioni di ordine logico-sistematico (occorrendo per la dichiarazione di pregio un complesso procedimento amministrativo); considerato che sussiste il *periculum in mora* relativamente all'esecuzione della sentenza appellata; ritenuto che non sussistono i presupposti di una valutazione favorevole degli appelli incidentali; P.Q.M. accoglie l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospende l'efficacia della sentenza impugnata".

3) - Le censure dedotte in controversia appaiono fondate, nei termini di cui si dirà, per la parte in cui sono svolte con l'appello principale proposto dall'INPS e con quello incidentale delle predette Amministrazioni statali (così come già cennato nell'ordinanza ora detta), mentre, al riguardo, appaiono infondate le corrispondenti censure formulate nell'appello incidentale svolto dagli originari ricorrenti, con le quali si contesta la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che, nella specie, non fosse applicabile il disposto di cui all'art. 3, comma 20, primo periodo, del 25 settembre 2001, n. 351, convertito in legge 23 novembre 2001, n. 410.

In base a tale norma, invero, "le unità immobiliari definitivamente offerte in opzione entro il 26 settembre 2001 sono vendute, anche successivamente al 31 ottobre 2001, al prezzo e alle altre condizioni indicati nell'offerta. Le unità immobiliari, escluse quelle considerate di pregio ai sensi del comma 13, per le quali i conduttori, in assenza della citata offerta in opzione, abbiano manifestato volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001 a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, sono vendute al prezzo e alle condizioni determinati in base alla normativa vigente alla data della predetta manifestazione di volontà di acquisto".

Per gli originari ricorrenti l'INPDAI (di cui l'INPS è odierna avente causa) avrebbe, a suo tempo, con note del 20 dicembre 1999, già formalizzato, nei loro confronti, puntuali offerte in opzione, indicanti anche il prezzo al metro quadrato, alle quali i medesimi avevano risposto positivamente in termini di adesione; con la conseguenza che essi avrebbero dovuto fruire del disposto di cui al primo periodo del comma 20 ora detto ed il prezzo avrebbe dovuto essere quello in tali note indicate; con l'ulteriore conseguenza che, sempre nei loro confronti, non avrebbe potuto trovare applicazione quanto previsto dal secondo periodo della norma ora detta e, quindi, l'applicabilità della disciplina relativa agli immobili di pregio.

Il TAR ha ritenuto, al riguardo, che non era configurabile un'offerta di opzione (intesa come manifestazione vincolante di volontà negoziale all'alienazione) se non in relazione a parametri contenutistici predeterminati a livello di disposizioni pubblicistiche; parametri che, peraltro, al momento dell'invio delle note allegate dai ricorrenti, in data 20 dicembre 1999, non risultavano ancora definitivamente determinati, tanto è vero che l'indicazione di prezzo ivi contenuta per lire 3.750.000 a metro quadro – a differenza di quanto asserito dai ricorrenti – lungi dal potere costituire definitiva quantificazione del corrispettivo dell'alienazione, assumeva esplicitamente carattere orientativo nell'ambito di una iniziativa volta soltanto ad acquisire la disponibilità all'acquisto.

E, al contempo, ha pure osservato il TAR, per quanto riguardava la parte privata, non era possibile porre sullo stesso piano una dichiarazione di volontà negoziale di esercizio del diritto di opzione (accettazione della proposta contrattuale dell'ente offerente), immediatamente vincolante e implicante la costituzione di un obbligo di contrarre in relazione ad un contenuto negoziale interamente determinato nei suoi elementi essenziali (ivi compreso il prezzo), e una generica dichiarazione di disponibilità all'acquisto al prezzo ed alle condizioni da determinarsi in base alla normativa vigente, non implicante obbligo di contrarre a carico del dichiarante; e, il legislatore, del resto, mostrava di avere chiara consapevolezza della diversità delle due possibili fattispecie, ricollegandovi effetti diversi in seno alla richiamata disposizione dell'art. 3, comma 20, del d.l. n. 351/2001, convertito in legge n. 410/2001; mentre, infatti, l'accettazione di un'offerta di opzione comporta obbligo di contrarre al prezzo e alle condizioni indicate nell'offerta (primo inciso della norma), la semplice manifestazione di volontà di acquisto, in assenza di vincolante offerta in opzione, fa sì che, ove resa formalmente entro il 31 ottobre 2001, la dismissione avvenga al prezzo e alle condizioni determinati in base alla normativa vigente alla data della dichiarazione.

In conclusione, il TAR, con riguardo al primo motivo di ricorso, ha ritenuto che non

potesse considerarsi formato l'obbligo di contrarre al prezzo indicato nelle note del 1999 anzidette per difetto di determinazione degli elementi contenutistici essenziali in termini di certezza e riconoscibilità giuridica.

4) - Tali conclusioni (che non hanno impedito, peraltro, ai primi giudici di pervenire, sulla base di altre considerazioni, di cui si dirà, ad escludere l'applicabilità della disciplina relativa agli immobili di pregio con riguardo alle unità occupate dai ricorrenti) sono contestate, con appello incidentale (che, in ordine logico, ritiene il Collegio di esaminare prioritariamente), dagli odierni appellati che censurano, anzitutto, il fatto che il TAR abbia escluso che nella specie fosse stata esercitata una valida e formale opzione.

La censura è priva di consistenza.

Le note INPDAI del 20 dicembre 1999 esordivano, infatti, segnalando che "solo di recente l'immobile da Lei condotto in locazione è stato inserito nell'ambito della verifica preliminare necessaria a selezionare gli stabili inseriti nel programma di dismissione"; ciò che già era indice dell'intento dell'ente non di procedere direttamente alla vendita, bensì di verificare se ricorressero presupposti sufficienti a procedere in tale direzione; pertanto, proseguiva detta nota, "a tal fine è stato predisposto il formulario allegato che, compilato in ogni sua parte e sottoscritto dalla S.V. medesima, dovrà essere restituito … allo scrivente Istituto … non oltre il 30 gennaio 2000"; la nota proseguiva con la preghiera di restituire il questionario "al fine di consentire la valutazione delle sue risposte in sede di selezione degli immobili per la redazione piano di cessione", in tal modo precisando, quindi, che si trattava ancora di una sorta di indagine conoscitiva volta solo a selezionare gli immobili da porre sul mercato, senza, però, implicare, in quel momento, alcuna formalizzazione di volontà in tal senso.

Quanto all'indicazione del prezzo, la stessa non solo era, espressamente, solo indicativa, ma valeva unicamente ad orientare gli interessati in termini di adesione o meno all'ipotesi di selezione dell'immobile in parola ai fini della futura sua vendita.

E se in tale nota si parlava anche di esercizio del diritto di prelazione da parte degli interessati, ciò sta a significare semplicemente che l'ente, nell'ipotesi di successiva offerta di vendita dell'immobile, avrebbe preso, anzitutto, in considerazione le offerte degli interpellati.

Esercitando la prelazione, invero, la parte attribuisce all'altra il diritto ad essere preferito ad altre parti nell'ipotesi in cui decida di stipulare un contratto; l'obbligazione così contratta, peraltro, non implica alcun obbligo di vendita, né alcuna espressione attuale e vincolante di volontà in tal senso da parte del venditore; ciò che, del resto, era precisato anche nel formulario anzidetto ("la presente dichiarazione, nonché l'esercizio del diritto di prelazione ad essa correlato, non vincola in alcun modo l'Istituto all'alienazione ... né costituisce vincolo per il conduttore ad acquistare l'alloggio medesimo").

Nella specie, quindi, l'ente si è limitato a dare atto, agli interessati, dell'inizio di attività accertative volte a stabilire se mettere o meno in vendita l'immobile di cui si tratta, accordando ai medesimi, in caso di esito positivo di tale verifica e di messa in vendita delle unità abitative, il diritto di prelazione all'acquisto sulla base, peraltro, di condizioni ancora da definire anche per ciò che riguardava il prezzo, la cui indicazione, nella specie, aveva funzione meramente orientativa e, comunque, direttamente correlata ai valori di

mercato all'epoca correnti, destinati, quindi, a modificarsi in funzione dell'evolversi del mercato stesso.

Tutto ciò induce a ritenere, in definitiva, che non poteva trovare applicazione il disposto di cui al comma 20, parte prima, cit., dal momento che oggetto di tale norma erano soltanto le unità immobiliari definitivamente offerte in opzione, mentre nessuna definitiva offerta l'ente ha fatto con la citata nota del 20 dicembre 1999, avente carattere meramente orientativo, di conoscenza della sussistenza di una disponibilità all'acquisto da parte dei conduttori, destinata, per ciò che riguarda i medesimi, solo ad assicurare la prelazione in caso di successiva determinazione, da parte dell'ente stesso, di vendita delle unità immobiliari in parola.

Per tali motivi appare infondato il motivo di appello incidentale formulato dagli originari ricorrenti volto a contestare la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che, nella specie, non fosse applicabile il disposto di cui all'art. 3, comma 20, primo periodo, del d.l. n. 351 del 2001, convertito in legge n. 410/2001.

5) - Da quanto precede discende, poi, che, nella specie, poteva trovare applicazione (secondo quanto dedotto dall'INPS – appellante principale – e dalle amministrazioni statali appellanti in via incidentale autonoma) solo il secondo periodo del ripetuto comma 20 del d.l. n. 351/2001, secondo cui "le unità immobiliari, escluse quelle considerate di pregio ai sensi del comma 13, per le quali i conduttori, in assenza della citata offerta in opzione, abbiano manifestato volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001 a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, sono vendute al prezzo e alle condizioni determinati in base alla normativa vigente alla data della predetta manifestazione di volontà di acquisto".

Con l'ulteriore conseguenza che la vendita sarebbe potuta avvenire al prezzo e alle condizioni determinati in base alla normativa vigente alla data di tale manifestazione di volontà di acquisto solo nell'ipotesi in cui l'immobile non fosse rientrato tra quelli c.d. "di pregio".

Il legislatore, quindi, ha rimesso ai singoli enti venditori l'onere di individuare quali immobili rivestissero tale specifica *qualitas* e quali non e, ai fini delle necessarie verifiche valutative, non ha posto alcun termine perentorio.

Non può condividersi, invece, quanto ritenuto, al riguardo, dal TAR (e, da qui, appunto, la fondatezza delle censure dedotte in controversia per la parte in cui sono svolte dalle amministrazioni appellanti in via principale e incidentale volte a contestare la sentenza impugnata laddove è stato ritenuto fondato il secondo, subordinato motivo di censura articolato dai ricorrenti, con il quale era dedotta l'illegittimità della qualificazione dell'immobile come di pregio, atteso il disposto di cui al secondo inciso dell'art. 3, comma 20, citato, in quanto, in virtù dell'intervenuta dichiarazione di disponibilità all'acquisto, le condizioni di vendita avrebbero dovuto ritenersi vincolate a quelle previste dalla normativa vigente all'epoca, senza possibilità di successiva riqualificazione degli immobili, appunto, come di pregio alla stregua di circostanze sopravvenute).

Il convincimento così espresso, pur non contraddicendo in termini manifesti quanto in precedenza dallo stesso TAR affermato (altro essendo la determinazione di valori di mercato relativi ad un certa zona in un determinato momento storico, altro la qualifica-

zione, in quello stesso momento, di un immobile come dotato o meno di caratteristiche di pregio sulla base dei criteri fissati dal legislatore che tengono conto anche di elementi ulteriori rispetto ai meri valori commerciali), non appare, comunque, condivisibile.

La norma in questione (non incisa, per questa parte, dall'art. 1 del sopravvenuto d.l. 23 febbraio 2004, n. 41, convertito in legge 23 aprile 2004, n. 104), esclude, infatti, gli immobili di pregio da quelli nei confronti dei quali può trovare applicazione la disposizione che ricollega direttamente la determinazione del prezzo alla data di entrata in vigore di detta disciplina normativa; se così non fosse, del resto, la disciplina relativa agli immobili di pregio non differirebbe da quella riguardante gli altri immobili, laddove con l'espressione "le unità immobiliari, escluse quelle considerate di pregio ai sensi del comma 13", si è inteso rimarcare, da parte del legislatore, proprio la differenza di disciplina normativa e operativa che caratterizza la vendita di tale peculiare categoria di immobili.

Né, in contrario, assume rilievo il fatto (posto in evidenza dagli originari ricorrenti) che, nella zona in questione, altri complessi immobiliari, di caratteristiche che si assumono non deteriori rispetto a quello di cui si tratta, siano stati posti in vendita, in precedenza, quali immobili non di pregio; il legislatore, infatti, per gli immobili di pregio, non ha collegato la definizione del relativo procedimento ad un preciso momento storico, ma l'ha lasciata aperta e riferibile al momento della sua concreta determinazione; né risulta che gli interessati abbiano formalmente messo in mora l'amministrazione perché provvedesse in termini predefiniti, né che abbiano avviato procedure giurisdizionali di "silenzio-rifiuto" volte a conseguire l'immediata determinazione del prezzo stesso e correlata offerta in opzione.

Sicché gli interessati stessi non possono dolersi del fatto che il prezzo sia stato stabilito a una certa distanza di tempo; ciò che, del resto, ben può essere dovuto, secondo ordinari canoni di ragionevolezza, alle vicende legate alla soppressione dell'INPDAI, all'evolversi degli assetti normativi e connessa regolamentazione di cui tenere via via conto (d.l. 23 febbraio 2004, n. 41, convertito in legge 23 aprile 2004, n. 104, dd.mm. 21 novembre 2002 e 26 marzo 2004), alle normali problematiche di valutazione degli immobili, peraltro numerosissimi, da selezionare e, se del caso, da porre in vendita offrendoli previamente in opzione; nonché al fatto che la Commissione per l'individuazione degli immobili di pregio, istituita presso l'ufficio provinciale di Roma, risulta costituita solo con delibera dell'Agenzia del Territorio in data 15 dicembre 2003.

Né la qualificazione in sé dell'immobile quale non di pregio può essere ancorata alla data di spedizione dei formulari anzidetti (20 dicembre 1999), ovvero a quella del 31 ottobre 2001 (di cui all'art. 20 cit.), dal momento che tale qualificazione, oltre che delle caratteristiche intrinseche dell'immobile, deve tenere conto dei valori di mercato accertati al momento dell'effettuazione della relativa valutazione e che rapportandosi, come nella specie, al valore medio comunale, non può non tenere conto che dell'attualità della valutazione stessa.

6) - Per i motivi che precedono, quindi, in accoglimento, nei limiti ora detti, dell'appello dell'INPS e dell'appello incidentale del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e dell'Agenzia del Territorio e corre-

lata reiezione dei corrispondenti motivi di appello incidentale degli originari ricorrenti, e in riforma, per tale parte, della sentenza impugnata, vanno respinte le corrispondenti censure del ricorso di primo grado.

7) - La problematica si sposta, quindi, sulle altre censure svolte in primo grado, assorbite dal TAR e in questa sede ribadite.

Al riguardo, appare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo alla disciplina normativa primaria di settore (art. 3, comma 20, primo periodo, del d.l. n. 351 del 2001, convertito in legge n. 410/2001; art. 1 del sopravvenuto d.l. 23 febbraio 2004, n. 41, convertito in legge 23 aprile 2004, n. 104) per violazione dei principi di cui agli artt. 3 e 97 della Costituzione, se e in quanto da interpretarsi nel senso di consentire che il prezzo dell'immobile definito di pregio potesse essere determinato con riferimento ai valori di mercato relativi ad un momento successivo rispetto al 31 ottobre 2001.

Non avendo, infatti, la richiesta di informazioni anzidetta (volta, come precisato, solo a verificare se ricorressero presupposti sufficienti a procedere alla vendita) natura di proposta preliminare di vendita da parte dell'ente o di offerta in opzione delle unità immobiliari in questione, bensì di semplice strumento di indagine conoscitiva (cui avrebbe potuto ricollegarsi la dichiarazione di disponibilità all'acquisto da parte degli occupanti degli immobili stessi, non avente, peraltro, alcun rilievo contrattuale o precontrattuale), ne consegue che, nel momento in cui dette dichiarazioni sono state rese, non si è consolidata alcuna situazione di diritto soggettivo, né di aspettativa qualificata al conseguimento del trasferimento in proprietà degli immobili medesimi, se non - come si è visto - nei ristretti limiti della spettanza del diritto di prelazione se e nel momento in cui l'ente si fosse determinato a porre in vendita tali unità immobiliari; sicché appare ragionevole e conforme ai principi di buona amministrazione che, per tale categoria di immobili, il prezzo non sia stato ancorato ad una data predefinita (come disposto, invece, per gli immobili non di pregio per i quali fosse stata avanzata domanda di acquisto), ma correlato al differente momento di concreta determinazione della natura dell'immobile.

8) - Priva di consistenza appare, poi, la censura con la quale gli originari ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 7, 10 *bis* e 21 *octies* della legge n. 241/1990 e della circolare del Ministero del lavoro del 27 gennaio 2000.

Una volta avviato il procedimento con la predetta richiesta di informazioni (cui è seguita la comunicazione dei propri intendimenti da parte degli interessati, priva, peraltro, come detto, di alcun carattere immediatamente vincolante per l'ente) l'amministrazione, in assenza, per lo stesso dettato normativo, di un termine per la conclusione del procedimento, non aveva alcun onere di comunicare un nuovo avvio del procedimento, stante l'unitarietà dello stesso, né di comunicare il preavviso di provvedimento negativo, dal momento che i provvedimenti impugnati sono valsi a definire i procedimenti a suo tempo avviati con riguardo a ciascun conduttore, senza, peraltro, colorarsi di contenuti negativi, avendo l'ente sottoposto agli interessati non determinazioni di contenuto sfavorevole, bensì offerte di vendita a loro vantaggio, connotate di contenuti solo soggettivamente valutati, da parte dei medesimi, come non favorevoli; con la conseguente inapplicabilità, nel caso in esame, delle disposizioni anzidette.

Al riguardo può anche aggiungersi che la disponibilità all'acquisto manifestata con le lettere di risposta alle richieste di informazioni avanzate dall'INPDAI aveva natura, come detto, essenzialmente conoscitiva, non radicando alcun diritto o aspettativa giuridicamente tutelata che non fosse quella di vedersi sottoposte in prelazione eventuali offerte di vendita.

9) - Infondata è, poi, la censura concernente l'asserita mancata consultazione delle organizzazioni sindacali degli inquilini, giusta circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 27 gennaio 2000, n. 6/4PS/30234.

La stessa prevede, infatti, che dette organizzazioni debbano essere sentite ("d'intesa fra le parti") nell'ipotesi in cui debba essere escluso dalla categoria di pregio un immobile ricadente in zona di pregio e viceversa, mentre, nel caso in esame, la zona in cui si colloca l'immobile è stata considerata di pregio e, in coerenza, ne è stato definito il prezzo.

10) - Da condividere appare, invece, la censura relativa alla lamentata carenza istruttoria e di motivazione.

Dalla documentazione versata in atti (comprensiva della relazione dell'Agenzia delle entrate del 14 aprile 2005) non è dato cogliere, infatti, con riguardo a quale preciso momento si sia pervenuti alla determinazione del valore medio - nella specie utilizzato - degli immobili abitativi nel Comune di Roma; né viene precisato a quanto ammonta tale valore e come sia stato puntualmente determinato; e neppure viene precisato sulla base di quali concreti elementi di mercato (ambito territoriale specifico, valori di riferimento e quant'altro) e sulla base di quali concrete metodologie operative sia stato individuato il valore dell'immobile di cui si tratta, non apparendo sufficiente, a tal fine, il generico riferimento - rinvenibile in atti - fatto alla media delle valutazioni espresse dall'OMI (Osservatorio mercato Immobiliare dell'Agenzia del Territorio), da talune agenzie immobiliari (Tecnocasa, Toscano e Gabetti), dalla F.i.a.l.p. e dalla Borsa Immobiliare di Roma con riguardo alla zona in questione; si aggiunga, al riguardo, che nella determinazione delle medie dei valori di mercato assume carattere determinante il valore di mercato espresso dal predetto OMI, che si distacca, in misura considerevole - ma senza precisazioni giustificative al riguardo - dai valori espressi dagli operatori di mercato anzidetti (e, ad esempio, da quello espresso da Gabetti con riferimento, tra l'altro, ad appartamenti che sembrano collocarsi in uno specifico settore di nicchia più pregiato, quello del quartiere Flaminio-Lungotevere, rispetto agli immobili che, quale quello di specie, sono siti in vie della zona più interne).

La carenza di elementi siffatti rende, invero, poco trasparente e non sufficientemente intellegibile - sia ai diretti interessati, sia al giudicante - l'*iter* valutativo seguito, nella specie, dall'amministrazione; non si tratta, qui, di sindacato sulla discrezionalità tecnica, ma di oggettiva carenza di elementi cognitivi di riferimento utili a valutare, con un minimo di attendibilità, se l'attività posta in essere in sede valutativa dell'immobile risponda o meno a requisiti minimi di coerenza, di affidabilità e di ragionevolezza.

Così come elementi di chiarezza avrebbero dovuto essere offerti, a fini comparativi, con riguardo all'eventuale avvenuta vendita (e relative condizioni), nella stessa zona, di altri compendi immobiliari cartolarizzati (di pregio o non).

11) - Per ciò che attiene, invece, agli apprezzamenti relativi alle intrinseche qualità degli immobili, le stesse non appaiono censurabili, avendo l'amministrazione precisato con sufficiente chiarezza quali fossero le caratteristiche del compendio immobiliare in questione, che inducevano ad escludere, ragionevolmente, che lo stesso (peraltro collocato in un quartiere centrale, fruente di una vasta rete di servizi pubblici) fosse caratterizzato da oggettivi elementi di grave degrado strutturale e funzionale, non potendo essere utilmente invocato, in contrario, il fatto che i conduttori, di propria iniziativa, possano essersi fatti carico, nel tempo, di interventi migliorativi delle unità dagli stessi abitate, nulla essendo stato addotto, del resto, al riguardo, in ordine all'eventuale carattere strutturale indefettibile e coordinato di tali interventi, né in ordine all'eventuale sottoposizione degli stessi al preventivo vaglio dell'ente perché ne valutasse l'eventuale essenzialità e improcrastinabilità.

E, del resto, a ben vedere, gli interventi addotti, nell'appello incidentale, a supporto degli assunti degli interessati rientrano manifestamente nell'ambito della manutenzione ordinaria e straordinaria, ma non attengono in alcun caso ad interventi strutturali di ristrutturazione edilizia, ciò che conferma la correttezza della valutazione al riguardo operata dalla P.A..

12) - Quanto, invece, agli importi dei canoni di locazione corrisposti (che, secondo gli interessati, dovrebbero costituire una sorta di indice di riferimento ai fini della determinazione del prezzo di mercato degli immobili in questione), si tratta di elemento privo di ogni rilevanza, i canoni versati dai conduttori essendo legati al c.d. "equo canone" e, cioè, a valori del mercato locatizio sostanzialmente imposti e in nessun modo rispondenti, come è noto, ai reali valori del mercato libero delle locazioni e, quindi, di riflesso, a quello dei valori delle compravendite.

13) - Da disattendere, poi, è la qui ribadita pretesa risarcitoria; ogni apprezzamento al riguardo potrà, infatti, essere svolto solo all'esito del riesame della vicenda da parte delle competenti amministrazioni, conseguente all'esito del presente gravame.

14) - Da rigettare è, infine, il capo di appello incidentale relativo alla sig.ra V., volto a contestare la sentenza appellata nella parte in cui ne dichiara irricevibile per tardività l'intervento *ad adjuvandum*.

Al riguardo detto intervento costituiva vero e proprio ricorso autonomo recante l'impugnativa in via diretta degli atti impugnati dagli altri ricorrenti e, per l'effetto, il gravame avrebbe dovuto essere proposto nell'ordinario termine di decadenza decorrente dalla data (23 settembre 2005) di pubblicazione del provvedimento impugnato in Gazzetta Ufficiale, laddove l'atto di intervento è di oltre nove mesi successivo; né potendo, in contrario, rilevare lo stato di degenza dell'interessata.

15) - All'accoglimento dell'originario ricorso nei limiti ora detti consegue l'annullamento degli atti impugnati in primo grado, salvi restando, naturalmente, gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

(Omissis)

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Contratti pubblici – Deliberazione amministrativa di non stipulare il contratto – Annullamento giurisdizionale – Risarcimento del danno – Requisiti – Colpa
Contratti pubblici – Responsabilità della PA – Atto amministrativo illegittimo – Risarcimento del danno - Vizi procedimentali e carenza di motivazione – Insufficienza – Fattispecie

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III quater – 20.07.2009 n. 7193 – Pres. Di Giuseppe – Rel. Amicuzzi – I. s.r.l. (Avv.ti Tobia, Vecchio Verderame) – INPS (Avv.ti Collina, De Ruvo, Ferrazzoli, Carcavallo)

1. L'accoglimento della domanda di risarcimento del danno derivante da un atto amministrativo illegittimo - nella specie annullamento di una gara di appalto - non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale, dovendo ricorrere tutti i presupposti previsti dalla legge: la lesione della situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento, la colpa dell'Amministrazione, l'esistenza del danno e il nesso di causalità tra illecito e danno. In particolare, quanto alla colpa, bisogna far riferimento ad una sua nozione oggettiva, che tenga conto: dei vizi del provvedimento e della gravità della violazione commessa dalla PA, quest'ultima alla luce dell'ampiezza della discrezionalità rimessa all'organo amministrativo, dei precedenti giurisprudenziali, delle condizioni concrete e dell'eventuale apporto fornito dai privati nel procedimento.
2. L'annullamento in sede giurisdizionale di un atto amministrativo per carenze procedimentali o per vizi motivazionali non può dar luogo a risarcimento del danno in favore del privato, ove all'esito del nuovo procedimento, in cui l'Amministrazione eserciti nuovamente il potere, possa nuovamente essere negata la pretesa del privato stesso, essendo quindi esclusa la definitività del rapporto, presupposto necessario dell'azione risarcitoria.

FATTO - Con ricorso notificato il 18.12.2003, depositato il 14.1.2004, la società I. s.r.l., ha dedotto che (dopo aver partecipato alla licitazione privata indetta dal Consiglio di Amministrazione dell'INPDAI per l'aggiudicazione in appalto dei lavori di manutenzione degli immobili di proprietà dell'Istituto siti in Roma e Provincia e dopo che nella seduta del 15.6.1992 era risultata aggiudicataria del lotto n. 5) detto C. d. A., con delibera del 19.6.1992 ha deciso di non stipulare l'aggiudicazione dei contratti ai sensi di quanto previ-

sto nella lettera di invito circa la possibilità per l'Istituto di dare o non dare corso alla gara anche in relazione al numero dei partecipanti e di stipulare o meno il relativo contratto.

Con l'atto introduttivo del giudizio, premesso di aver impugnato giurisdizionalmente detto provvedimento, nonché la indizione di una nuova licitazione privata e la aggiudicazione di detto lotto ad altra società, e che con decisione n. 1418 del 1997 il Consiglio di Stato, VI Sezione, ha sostanzialmente ritenuto illegittima detta deliberazione del 19.6.1992 per insufficienza, illogicità ed incongruità della motivazione, nonché per violazione delle disposizioni della L. n. 241 del 1990 in materia di comunicazione di avvio del procedimento, ha chiesto la condanna in epigrafe indicata, deducendo i seguenti motivi:

1.- Premesso che l'art. 7, III c., della L. 6 dicembre 1971, n. 1034 e l'art. 35, I c., del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, così come novellato dall'art. 7, I c., lettera c), della L. 21 luglio 2000, n. 205 hanno affidato alla giurisdizione amministrativa il compito di assicurare il risarcimento del danno ingiusto, e che l'INPS è dotato nel caso di specie di legittimazione passiva ai sensi dell'art. 42 della L. 27 dicembre 2002, n. 289 (che ha previsto la successione nei rapporti attivi e passivi di detto Istituto all'INPDAI), il tenore della citata decisione del Consiglio di Stato dimostrerebbe che la condotta dell'INPDAI fu caratterizzata da gravi elementi di illegittimità che indurrebbero a ravvisare evidenti profili di colpa nel suo comportamento forieri di danno ingiusto alla ricorrente, risarcibile per equivalente, atteso che l'appalto di cui trattasi è stato nelle more completamente eseguito da altra società.

In particolare il danno emergente sarebbe stato causato dall'inutile immobilizzazione di risorse umane e di mezzi tecnici e dalla perdita di occasioni a partecipare ad altre gare di appalto, il lucro cessante sarebbe da valutare in relazione all'utile economico che sarebbe derivato alla società ricorrente dalla esecuzione totale dell'appalto de quo e il danno d'impresa sarebbe da valutare in relazione alla mancata acquisizione di credenziali e qualificazioni per eventuali ulteriori appalti (in termini di credibilità e di prestigio).

Sussisterebbe altresì responsabilità da contatto amministrativo, per il mancato rispetto delle regole procedurali dettate in materia di appalti pubblici, per inadempimento o violazione di obblighi, nonché il dovere di rimborsare le spese legali subite.

Con atto depositato il 25.2.2009 si è costituito in giudizio l'INPS, che ha chiesto la declaratoria di inammissibilità o di infondatezza del ricorso.

Con memoria depositata il 27.2.2009 l'Istituto resistente ha dedotto la infondatezza del ricorso, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 28.2.2009 parte ricorrente ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza dell'11.3.2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO - 1. - Con il ricorso in esame la società in epigrafe indicata ha dedotto che (dopo aver partecipato alla licitazione privata indetta dal Consiglio di Amministrazione dell'INPDAI per l'aggiudicazione in appalto dei lavori di manutenzione degli immobili di proprietà dell'Istituto siti in Roma e Provincia e dopo che nella seduta del 15.6.1992

era risultata aggiudicataria del lotto n. 5) detto C. d. A., con delibera del 19.6.2992, ha deciso di non stipulare l'aggiudicazione dei contratti ai sensi di quanto previsto nella lettera di invito circa la possibilità per l'Istituto di dare o non dare corso alla gara anche in relazione al numero dei partecipanti e di stipulare o meno il relativo contratto.

Con l'atto introduttivo del giudizio (premesso di aver impugnato giurisdizionalmente detto provvedimento, nonché la indizione di una nuova licitazione privata e la aggiudicazione di detto lotto ad altra società, e che con decisione n. 1418 del 1997 il Consiglio di Stato, VI Sezione, ha sostanzialmente ritenuto illegittima detta deliberazione del 19.6.1992 per insufficienza, illogicità ed incongruità della motivazione, nonché per violazione delle disposizioni della L. n. 241 del 1990 in materia di comunicazione di avvio del procedimento) la deducente ha chiesto la condanna dell'Istituto intimato al risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 7, III c., della L. 6 dicembre 1971, n. 1034 e degli artt. 33, 34 e 35 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, così come novellati dall'art. 7, I c., della L. 21 luglio 2000, n. 205, da liquidarsi: nella misura di € 151.374,28, oltre alla somma spettante per la perdita di occasioni a partecipare ad altre gare d'appalto (da liquidarsi in via equitativa), a titolo di danno emergente; nella misura di € 96.835,66 a titolo di lucro cessante; nella misura di € 150.000,00 a titolo di danno d'impresa; nella misura di € 50.000,00 a titolo di danno da "contatto amministrativo qualificato"; nella misura di € 23.632,31 a titolo di rimborso delle spese legali; ovvero nelle maggiori o minori somme che verranno riconosciute e nell'importo che dovrà essere liquidato in via equitativa. Oltre ad interessi e rivalutazione monetaria e ad ogni ulteriore onere maturato in corso di giudizio.

2. - Osserva preliminarmente il Collegio che, con decisione n. 1418 del 1997, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha accolto l'appello della attuale ricorrente avverso una sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione III bis, n. 380 del 1994, nell'assunto che la motivazione della delibera del 19.6.1992, con cui era stato stabilito di non addivenire ai contratti per i lotti già aggiudicati, non era congrua e sufficiente (essendosi limitata a constatare una supposta e non ben specificata insufficienza di partecipazione alla gara - nell'incomprensibile assunto che la partecipazione di 26 imprese su 39 invitate costituisse un esito "non auspicato" - e una asserita anomalia delle offerte in generale a causa di eccessivi ribassi, genericamente collegati al valore del contratto, al prezziario, alle caratteristiche delle opere e al normale utile di impresa). E' stato altresì ritenuto con detta decisione, mancando ogni collegamento tra le due proposizioni, che non era stato chiarito, in funzione della allegata scarsa partecipazione, l'elemento degli eccessivi ribassi e che ciascuna di esse proposizioni appariva, presa in sé, apodittica, essendo l'anomalia incentrata su una discrezionalità che esige l'acquisizione di dati concreti e specifici, previo contraddittorio ed acquisizione delle giustificazioni da parte delle imprese partecipanti alla gara. E' stato inoltre asserito in detta decisione che era fondata anche la censura di violazione delle disposizioni della L. n. 241 del 1990, in materia di comunicazione dell'avvio del procedimento, applicabile al caso in trattazione.

Nel caso che occupa l'appello è stato quindi accolto solo per difetto di motivazione e per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, senza che sia stata rilevata giudizialmente l'illegittimità sostanziale delle scelte operate dall'Amministrazione in or-

dine alla decisione di non stipulare i contratti, assunta con la deliberazione del 19.6.1997, di cui trattasi.

Ciò assume decisivo rilievo ai fini dell'esame della fondatezza della domanda risarcitoria proposta dai ricorrenti, che non è, come è noto, una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale, seppur da questo non prescinde, ma richiede la positiva verifica della sussistenza di tutti i presupposti previsti dalla legge: oltre alla lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento ("danno ingiusto"), è infatti necessario che siano accertati la colpa dell'Amministrazione, l'esistenza di un danno recato al patrimonio e il nesso di causalità tra illecito e danno.

Nel caso di specie deve quindi valutarsi anzitutto la colpa come profilo soggettivo di responsabilità.

È noto al Collegio che, secondo la Corte di Cassazione, il Giudice è chiamato ad una penetrante indagine, estesa alla valutazione della colpa della P.A., intesa come apparato, e che la colpa sarebbe configurabile quando l'adozione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona Amministrazione, che si pongono come limiti esterni alla discrezionalità (Cass., sez. un.,n. 500 del 1999).

A parte la difficoltà di applicazione pratica di siffatto criterio, il Collegio ritiene che tale enunciazione non sia idonea a risolvere il problema della ricostruzione del profilo soggettivo della colpa.

Il criterio anzidetto, se da una parte rimane ad un livello di inevitabile astrazione, dall'altra non tiene conto del fatto che la violazione dei limiti esterni alla discrezionalità comporta l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere.

Sicché il citato criterio, pur premettendo l'esigenza di un'indagine penetrante sulla colpa dell'apparato, finisce per accontentarsi di una verifica di tipo solo soggettivo.

È quindi indispensabile accedere ad una nozione oggettiva di colpa, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento ed, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, della gravità della violazione commessa dall'Amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento (Corte Giustizia CE 5 marzo 1996, cause riunite n. 46 e 48 del 1993; Id., 23 maggio 1996, causa C- 5/1994).

Se una violazione è l'effetto di un errore scusabile dell'autorità, non si potrà configurare il requisito della colpa, mentre, se la violazione appare grave e se essa matura in un contesto nel quale all'indirizzo dell'Amministrazione sono formulati addebiti ragionevoli, specie sul piano della diligenza e della perizia, il requisito della colpa potrà dirsi sussistente.

Nella presente controversia la colpa è da ritenersi essere stata positivamente accertata, perché l'Amministrazione ha violato norme di ordine generale, che costituiscono presidio essenziale delle garanzie partecipative consistenti sia nella previa comunicazione dell'avvio del procedimento sia nel dovere di congrua motivazione del provvedimento assunto.

L'illegittimità del provvedimento era maturata in questo caso già in seno al proce-

dimento e l'onere del privato di provare la colpa è stato soddisfatto essendo dimostrato che l'Amministrazione ha provveduto a seguito di un procedimento che non ha visto la presenza del privato stesso e che il provvedimento adottato era sorretto da insufficiente motivazione.

Quanto alla sussistenza del requisito dell'ingiustizia del danno va osservato che il problema si pone perché l'annullamento degli atti amministrativi è stato disposto, sia per difetto di motivazione che per la violazione dell'art. 7 della L. n. 241 del 1990 (cioè per un'illegittimità che concerne solo un interesse procedimentale, privo di rilievo sostanziale, e che non assume ad oggetto il "bene della vita", costituente il principale riferimento del giudizio risarcitorio).

Con riguardo alla mancata comunicazione di avvio del procedimento va osservato che (nonostante le perplessità circa la possibilità di tutelare nel processo amministrativo interessi che abbiano mera valenza procedimentale, in quanto collegati al rispetto di regole che attengono al corretto svolgimento del procedimento e che non incidono sull'interesse legittimo sostanziale, nonché circa la risarcibilità degli interessi procedimentali, anche dopo gli artt. 35 del D. Lgs. n. 80 del 1998 e 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971 novellato dalla legge n. 205 del 2000) tuttavia, la giurisprudenza amministrativa, secondo la normativa vigente all'epoca dei fatti di cui trattasi, aveva elaborato la costante regola per cui la violazione della garanzia dell'avviso di avvio del procedimento inficiava la legittimità del procedimento e del provvedimento finale e ne costituiva motivo di invalidazione.

Nel caso in esame il comportamento lesivo ed il danno patrimoniale sono una conseguenza ulteriore dell'illegittimità consumata con la violazione dell'obbligo di comunicazione e di motivazione.

Pur essendo il capo della sentenza che ha disposto l'annullamento del provvedimento di cui trattasi autoesecutivo sul piano dell'effetto demolitorio, tuttavia esso non può non essere seguito da un segmento ulteriore di azione amministrativa, che si sostanzia nella ripetizione della procedura volta alla mancata stipulazione del contratto con parte ricorrente, sul quale si appunta la domanda di risarcimento.

Sicché ne risulta la configurazione di uno spazio autonomo per la condanna risarcitoria, che oltrepassa la dimensione meramente procedimentale dell'interesse, previo accertamento di un danno patrimoniale effettivo.

A tal punto è quindi il caso di osservare che, se la lesione dell'interesse che sostanzia il danno ingiusto non ridonda in una concreta diminuzione patrimoniale, non v'è ragione di accordare alcun risarcimento.

Per aversi risarcimento occorrono entrambi i requisiti: l'illecito e la perdita patrimoniale (Consiglio Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169).

In altri termini, non è sostenibile che, nel caso di specie, si possa riconoscere l'ingiustizia del danno in sé, senza considerare l'effettività del pregiudizio ricevuto dal ricorrente, da correlare all'illegittimo impedimento allo svolgimento dei lavori di manutenzione oggetto dell'appalto de quo.

Ciò in quanto l'annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi procedimentali o, comunque, per difetto d'istruttoria o di motivazione che non escludano, ma, anzi, consentano il riesercizio del potere, comporta che la domanda di risarcimento del

danno non può essere valutata che all'esito della nuova manifestazione di detto potere, poiché la facoltà di rideterminazione che residua in capo al soggetto pubblico esclude il carattere di definitività del rapporto, quale necessario presupposto dell'azione risarcitoria (T.A.R. Bologna, II, 27 aprile 2005, n. 668).

Pertanto, l'annullamento dell'atto di diniego opposto ad una domanda pretensiva determinato dalla lesione di interessi legittimi procedimentali e per difetto di motivazione non comporta alcun giudizio in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire (T.A.R. Puglia, sez. III, 9 marzo 2004, n. 1170), sicché la domanda di risarcimento del danno causato da detto illegittimo provvedimento non può essere accolta ove persistano in capo alla P.A. significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura, in sede di riesercizio del potere, e la parte istante non si sia limitata a chiedere il mero danno subito per effetto di un'illegittimità procedimentale sintomatica di una modalità comportamentale non improntata alla regola della correttezza, ma abbia richiesto l'intero pregiudizio derivante dal mancato conseguimento del bene della vita, costituito dalla richiesta pretensiva (Consiglio Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II Ter, 1 dicembre 2004, n. 14645; Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2006, n. 1637).

In conclusione nel caso che occupa, in cui la rilevata illegittimità derivava da vizi formali del procedimento, dal suo semplice annullamento, in mancanza della dimostrazione che la pretesa del ricorrente fosse pienamente fondata, non possono farsi derivare conseguenze ulteriori rispetto al ripristino della situazione preesistente e all'attività rinnovativa dell'Amministrazione (T.A.R. Lazio, sez. II, 10 luglio 2003, n. 6182).

La mera colpa dell'Amministrazione dovuta a carenze procedimentali, suscettibili all'esito del nuovo procedimento di comportare comunque il diniego della pretesa del privato, non è quindi idonea a determinare anche il risarcimento del danno derivante dall'ipotetica accoglibilità della pretesa.

Se è vero che un atto palesemente illegittimo, in quanto non adeguatamente motivato, può originare un danno stante la colpa precontrattuale dell'Amministrazione per imperizia, risiedente nella violazione di elementari regole dell'azione amministrativa delle quali sussiste l'onere di conoscenza, va tuttavia rilevato che la lesione di un interesse legittimo può essere fonte di responsabilità aquiliana, e quindi dar luogo a risarcimento del danno ingiusto, a condizione che risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della P.A., l'interesse al bene della vita al quale il primo si correla, e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua del diritto positivo.

Qualora rilevi, invece, un interesse cosiddetto pretensivo, il quale assicura solo che il bene in vista del quale è accordato sarà negato o concesso nel rispetto di determinate regole e non garantisce il conseguimento del bene suddetto, consegue che - una volta conclusosi il procedimento con soddisfazione di detto interesse o con legittima negazione dello stesso con un nuovo provvedimento - non vi è più spazio per far valere posizioni giuridicamente garantite e deve escludersi l'esistenza di un pregiudizio risarcibile (Cassazione civile, sez. lav., 20 dicembre 2003, n. 19570).

3. - Venendo alla concreta domanda del ricorrente, le considerazioni in precedenza svolte comportano che le richieste di seguito riportate (€ 151.374,28, oltre alla somma spettante per la perdita di occasioni a partecipare ad altre gare d'appalto, da liquidarsi in via

equitativa, a titolo di danno emergente; € 96.835,66 a titolo di lucro cessante; € 150.000,00 a titolo di danno d'impresa) non possano essere accolte in quanto l'accertamento giudiziale dell'illegittimità di un provvedimento, come nel caso di specie, per violazione dell'art. 7 della L. n. 241 del 1990 e per difetto di motivazione nulla esprime riguardo alla fondatezza della pretesa fatta valere dall'interessato ed al nesso di causalità tra il danno e la condotta dell'Amministrazione, sicché deve escludersi che l'annullamento dell'atto illegittimo per detto vizio possa ex se comportare il diritto al risarcimento dei danni subiti.

Ciò in quanto l'annullamento di un provvedimento per vizi formali e per difetto di motivazione non esclude (ma, anzi, consente) il riesercizio del potere, con la conseguenza che la domanda di risarcimento non può essere valutata che all'esito del nuovo eventuale esercizio del potere (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 11 dicembre 2007, n. 12965); invero la facoltà di rideterminazione che residua in capo al soggetto pubblico esclude il carattere di definitività del rapporto, quale necessario presupposto dell'azione risarcitoria (T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 13 dicembre 2007, n. 2967).

Ed infatti la mancata stipulazione di un contratto a seguito di una gara già espletata, non può dar luogo ad un risarcimento in forma specifica, atteso che le parti, prima della stipulazione del relativo contratto, non sono ancora titolari di un diritto soggettivo perfetto all'affidamento dell'appalto. D'altra parte, un eventuale risarcimento per equivalente non potrebbe corrispondere all'utile contrattuale non conseguito, essendo questo, semmai, il risarcimento dovuto nel caso di inadempimento dell'obbligo contrattuale di consegnare i lavori all'aggiudicatario (T.A.R. Umbria Perugia, 12 febbraio 2001, n. 91).

Non è quindi condivisibile la prospettazione della società ricorrente, la quale, in ordine alla consistenza e alla individuazione del danno diretto e indiretto subito, presuppone la certezza dell'aggiudicazione della gara in questione, che, invece, non è affatto provata, né certa, atteso che il giudicato ha sancito solo l'illegittimità della procedura di gara; peraltro, la tipologia della gara in questione non consente di poter stabilire il sicuro esito della gara anche ove la procedura venisse rinnovata previo emendamento del vizio riscontrato, poiché implica apprezzamenti di natura discrezionale da parte della Stazione appaltante, con attribuzione di punteggi legati a valutazioni di ordine tecnico che impingono anche nel merito dell'azione amministrativa, e come tali sono insindacabili dal Giudice Amministrativo.

Nel caso di specie, pertanto, l'impresa aggiudicataria non può vantare alcun diritto soggettivo per le voci in esame.

4. - Quanto alla domanda di € 50.000,00 a titolo di danno da "contatto amministrativo qualificato" ritiene il Collegio che non possa escludersi il riconoscimento del cd. danno da contatto, che tutela l'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra Amministrazione e privato, prescindente dalla sicura acquisizione del bene della vita.

Si tratta di una figura introdotta dalla giurisprudenza (Cass. civ., III Sez., 22 gennaio 1999 n. 589) e caratterizzata dal fatto che la fattispecie può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto.

E ciò nei casi in cui, pur non preesistendo un vincolo negoziale, taluni soggetti entrano in contatto non casuale ma qualificato dall'esistenza di obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

In tale ipotesi il diritto al risarcimento dell'eventuale danno derivante da atti illegittimi presenta una fisionomia sui generis, non riducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 cod. civ., essendo caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni, da cui discendono importanti corollari in ordine alla disciplina concretamente applicabile con particolare riguardo al termine di prescrizione, all'area del danno risarcibile ed all'onere della prova dell'imputazione soggettiva.

In detto caso, infatti, l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del cittadino rappresenta, nella generalità dei casi, indice presuntivo della colpa della Pubblica Amministrazione, sulla quale incombe l'onere di provare il contrario ovvero la sussistenza di un errore scusabile (Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2005 n. 4461 e 6 agosto 2001 n. 4239).

Circa la misura del risarcimento, è opportuno evidenziare come detta responsabilità da contatto, nei termini sopra descritti, sia funzionalmente omogenea alla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 cod. civ. ("le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede").

Inteso in questo senso il danno da risarcire si circoscrive nei limiti del cd. interesse negativo, identificandosi nelle spese sostenute e documentate dal ricorrente vittorioso per partecipare al procedimento concorsuale nel cui rimborso si esaurisce il quantum del risarcimento (T.A.R. Sardegna 17 febbraio 1999 n. 169).

È stato puntualmente chiarito (T.A.R. Bari, I Sez, 17 maggio 2001 n. 1761) che la configurazione della responsabilità da contatto qualificato, risarcibile soltanto nella misura dell'interesse negativo, se da una parte rappresenta la doverosa riparazione di un danno ingiusto, d'altro canto scongiura il rischio di una iperprotezione del ricorrente, nell'ipotesi in cui questo, una volta ottenuto il risarcimento del danno per equivalente, riesca anche a realizzare il proprio interesse pretensivo in ragione dell'effetto ripristinatorio e conformativo del giudicato di annullamento.

Nella determinazione del quantum il Collegio ritiene di poter applicare la procedura delineata dall'art. 35, secondo comma, D. L. vo 31 marzo 1998 n. 80, il quale consente al Giudice Amministrativo di stabilire i criteri (nella specie innanzi indicati con riferimento all'interesse negativo) in base ai quali l'Amministrazione debitrice è poi tenuta a proporre agli aventi titolo il rimborso entro un congruo termine delle spese da essi sostenute e documentate, fermo restando l'intervento del Giudice stesso, in sede di ottemperanza, nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo tra le parti.

Il Collegio ritiene infatti estensibile la previsione di detta norma anche al caso di specie.

Ed invero, la condanna generica al pagamento di somme di denaro, una volta accertata la sussistenza di un diritto, non costituisce affatto un'eccezione nell'ambito del sistema (art. 278 cod. proc. civ.); aggiungasi che la ratio del secondo comma del cit. art. 35, pur inizialmente inserito nell'ambito più circoscritto della giurisdizione esclusiva, sta proprio nell'esigenza di raccordare le norme della procedura civile alla tipicità del processo amministrativo, che si muove sempre nell'ambito di situazioni caratterizzate dalla presenza di un potere della Pubblica Amministrazione.

In applicazione delle indicazioni desumibili da quanto esposto l'INPS dovrà pro-

porre alla ricorrente, previa allegazione da parte di quest'ultima delle spese sostenute e documentate per la partecipazione alla procedura concorsuale de qua, il pagamento di una somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al Giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza.

Si dispone, pertanto, che l'INPS provveda a liquidare detta somma a favore della ricorrente, secondo i criteri appresso indicati, formulando la relativa proposta entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione, o, se anteriore, da quella di notifica, della presente decisione.

In particolare, il risarcimento del danno dovuto alla ricorrente, corrispondente alla somma dovuta per le spese sostenute e documentate per la partecipazione alla gara de qua, dovrà computarsi come segue:

A) Su detta somma, che riguarda il risarcimento del danno e che consiste, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della partecipazione alla gara de qua, e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

B) Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca degli affidamenti, a decorrere dalla data degli affidamenti medesimi e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

C) Su tutte le somme dovute ai sensi dei precedenti numeri decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

5. - Quanto alla domanda di € 23.632,31 a titolo di rimborso delle spese legali il Collegio non ritiene che essa possa trovare favorevole valutazione, atteso che la responsabilità della parti per le spese e per i danni processuali trova la sua compiuta disciplina negli articoli 90, 91 e 92 del codice di procedura civile; dette norme, rispettivamente, prevedono che ciascuna delle parti nel corso del processo debba provvedere alle spese degli atti che compie e di quelli che chiede e deve anticiparle per gli atti necessari al processo quando l'anticipazione è posta a suo carico dalla legge o dal Giudice; che il Giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare con gli onorari di difesa; che, in presenza di determinate condizioni il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti. Non può essere quindi in questa sede disposto il rimborso delle spese legali sostenute a fronte dei giudizi intrapresi a titolo di risarcimento danni, in quanto la loro liquidazione è stata già disposta, con statuizione autonoma ed accessoria, nelle sentenze che hanno definito il giudizio di merito e considerato che, per quanto riguarda le spese legali per ricorsi, si tratta comunque di danni successivi all'aggiudicazione, come tali non riconoscibili.

6. - Il ricorso deve essere, pertanto in parte accolto nei limiti e nei termini di cui in motivazione, con condanna dell'INPS al risarcimento dei danni "da contatto" in favore della ricorrente I. s.r.l., nella misura che sarà liquidata alla stregua dei criteri indicati in motivazione.

7. - Le spese del giudizio, stante la particolarità della fattispecie e la reciproca parziale soccombenza delle parti, possono essere compensate tra le parti.

(Omissis)

Prestazioni - Integrazione salariale ordinaria - Mancanza di commesse - Sopravvenuta carenza della causa integrabile - Provvedimento di concessione parziale - Legittimità.

T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 21.04.2009 n. 362 - Pres. Corsaro - Rel. Bucchi - E. s.r.l. (Avv.ti Malinconico, Carboni) - INPS (Avv. Petrucciano) - Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale

Qualora nel corso del periodo di sospensione del lavoro, per il quale è chiesto il trattamento ordinario di integrazione salariale, venga a cessare la mancanza di commesse addotta a ragione della richiesta della prestazione previdenziale, la concessione del beneficio deve essere limitata al periodo di effettiva carenza di commesse.

FATTO e DIRITTO - 1) Con ricorso notificato a mezzo servizio postale l'11 novembre 2008 e depositato il 10 dicembre, la società E. s.r.l - impresa operante nel settore della elettrificazione degli impianti ferroviari - ha impugnato il provvedimento descritto in epigrafe, con il quale la sede INPS di Latina ha deciso di accogliere solo parzialmente la domanda della ricorrente volta alla concessione delle integrazioni salariali per il periodo dal 17.3.2008 al 14.6.2008, limitandola al periodo 17.3.2008 - 3.5.2008 e respingendola per il periodo dal 5.5.2008 al 14.6.2008.

2) La ragione dell'accoglimento solo parziale viene spiegata dall'Istituto resistente con l'accertamento dell'esistenza a favore della ricorrente di nuova commessa proveniente dalla committente società Gemmo (definita "aggiuntivo" al contratto n. 408074 del 16.2.2004) datata 28.4.2008 per un importo di € 300.000,00 (trecentomila), riferita a lavori da svolgersi presso la Stazione ferroviaria di Roma Tiburtina.

Detta circostanza ha fatto venire meno la condizione di legge (art. 1 lett. a) della L. 164/75) - consistente nella contrazione ovvero sospensione dell'attività produttiva nonché inevitabilità e indifferibilità della stessa - per la concessione del trattamento di integrazione salariale.

3) A sostegno del gravame, la ricorrente deduce le seguenti censure:

I) Violazione dell'obbligo del preavviso di rigetto ex art. 10 bis L. 241/90.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 L. 164/75, poiché le unità lavorative per le quali era stata richiesta la CIGO non hanno prestato attività di lavoro per tutto il periodo oggetto della richiesta.

III) Violazione dell'art. 3 L. 241/90, in quanto la motivazione del provvedimento si traduce in una mera enunciazione dei principi in materia di erogazione e il generico riferimento alla commessa che avrebbe permesso la ripresa del lavoro il 28.4.2008 non spiega come la stessa sarebbe idonea a porre termine alla crisi produttiva.

IV) Eccesso di potere sotto diversi profili.

L'Amministrazione non ha considerato lo sfasamento temporale che sussiste tra la commessa e la ripresa dell'attività produttiva in senso stretto.

4) Con atto depositato il 5 gennaio 2009, si è costituito in giudizio l'INPS, deducendo l'infondatezza del ricorso.

5) Alla pubblica udienza del 26 marzo 2009, la causa è stata riservata per la decisione.

6) Il ricorso è infondato.

7) Con riguardo alla prima censura, è sufficiente rilevare che lo stesso art. 10 bis della L. 241/90 esclude dall'obbligo del preavviso di rigetto i procedimenti previdenziali e assistenziali, tra i quali va incluso quello per la concessione della integrazione salariale.

8) Anche gli altri motivi di ricorso sono privi di pregio.

9) Rileva il Collegio che, in effetti, successivamente alla proposizione della domanda di integrazione salariale ai sensi dell'art. 1 lett. a) della L. 164/75, la ricorrente con lettera contratto (rectius aggiuntivo n. 8) del 28.4.2008 (depositata in copia dalla ricorrente) ha ricevuto un'ulteriore commessa ad integrazione del contratto in essere con la Gemmo S.p.a., riferita a lavori da effettuarsi nell'ambito del Comprensorio della Stazione ferroviaria Roma Tiburtina entro il 30.9.2008, per un corrispettivo di € 300.000,00 (trecentomila).

10) In base alla norma sopra richiamata, l'ammissione all'integrazione salariale ordinaria deve essere giustificata da contrazione o sospensione dell'attività produttiva connessa a situazioni aziendali dovute a eventi transitori e non imputabili all'imprenditore o agli operai ovvero determinate da situazioni temporanee di mercato.

11) Tanto premesso, essendo venute meno, per effetto del menzionato aggiuntivo e della relativa integrazione economica, le condizioni di legge (contrazione o sospensione dell'attività produttiva), il provvedimento impugnato resiste alle censure di violazione e falsa applicazione della L. 164/75 e di difetto di motivazione siccome dedotte dalla ricorrente, in quanto i tempi tecnici intercorrenti tra il ricevimento della commessa e l'effettivo avvio dei lavori non sono addebitabili all'Ente che concede l'integrazione salariale ma rimangono a carico dell'impresa in quanto l'estensione di tali tempi dipende da fattori legati alla capacita organizzativa della stessa.

12) In conclusione, quindi, il ricorso deve essere respinto siccome destituito di giuridico fondamento.

13) Sussistono, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa.

(Omissis)

CORTE DEI CONTI

Pensioni - Titolarità di plurimi trattamenti - Indennità integrativa speciale - Cumulo - Divieto - Limiti

Corte dei Conti, Sezioni Riunite - 26.02.2009 n. 1 - Pres. Bencivenga - Rel. Parente - C.M. (Avv.ti G. e C. Bosso, De Jorio) - L.S e B.V. (Avv. Guerra) - INPDAP (Avv.ti Urso, Marinuzzi) - Ministero dell'Economia e delle finanze (Avvocatura generale dello Stato)

In caso di pensioni liquidate prima del 1°.1.1995 non sussiste il diritto al cumulo della indennità integrativa speciale in misura intera su due trattamenti di pensione, dovendosi assicurare sul secondo trattamento solo il minimo INPS.

FATTO - Con la sentenza n. 616/04 del 30.12.2004 la Sezione giurisdizionale per la Regione Piemonte ha accolto parzialmente il ricorso del Sig. C.M., titolare di due trattamenti pensionistici pubblici, diretto dall'aprile 1994 e di reversibilità dal febbraio 2002, a seguito della morte della moglie, titolare di pensione diretta dal giugno 1984, riconoscendogli il diritto alla percezione della indennità integrativa speciale anche sul secondo trattamento, limitatamente alla misura necessaria per l'integrazione all'importo corrispondente al trattamento minimo previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti, in dichiarata applicazione del principio di massima enunciato nella sentenza di queste SS.RR. n. 14/QM dell'11.7.2003.

Avverso tale sentenza ha proposto appello l'interessato, insistendo per il riconoscimento del diritto alla corresponsione della i.i.s. in misura intera anche sul secondo trattamento di pensione, sulla base delle considerazioni, tratte dalla giurisprudenza di questa Corte (segnatamente della Sez. Giur. Toscana), secondo cui, pur dopo la sentenza n. 14/QM dell'11.6.2003 delle SS.RR., va affermato il diritto del titolare di più pensioni al cumulo in misura intera delle indennità integrative speciali che accedono alle medesime, *"considerato che con la sentenza n. 204 del 1992 è stato espunto dall'ordinamento l'art. 17 comma 1 della L. n. 843 del 1978 non soltanto nel suo testo originario (divieto di cumulo dell'IIS, ma salvezza del c.d. minimo INPS nell'ipotesi di pensionato che presta opera retribuita alle dipendenze di terzi) ma anche nel testo integrato dalla Corte costituzionale a seguito della precedente sentenza additiva n. 172 del 1991 (divieto di cumulo dell'IIS con salvezza del cd minimo INPS anche nell'ipotesi del titolare di più pensioni), con conseguente lettura ablatoria della sentenza costituzionale n. 494 del 1993, stante l'impossibilità giuridica - in sede di esame costituzionale dell'art. 99 comma 2 t.u. 1092 del 1973 - di richiamare il parametro del c.d. Minimo INPS, contenuto in norma ormai inesistente*" (sentenza n. 731 del 6.10.2003).

L'INDAP, con memoria di costituzione depositata il 16.11.2007, ha, a sua volta, osservato che proprio dalla lettura dei dispositivi di tali due ultime sentenze (172/1991 e 494/1993) ed alla luce della successiva sentenza n. 376/1994 della stessa Corte costituzionale, si ricava che il Giudice delle leggi ha dichiarato la illegittimità delle norme relative al c.d. divieto di cumulo di più trattamenti di i.i.s., nella parte in cui le stesse non hanno previsto un importo minimo al di sotto del quale deve ritenersi ammissibile: ne deriva, secondo l'INPDAP, che "la restante fondamentale parte (che è il "divieto di cumulo") deve ritenersi costituzionale e, quindi, il divieto, al di sopra di quel limite, deve essere normalmente applicato". Ed il mancato intervento del legislatore per colmare il "buco", ha indotto la stessa Corte costituzionale, con sentenze additive, ad individuare tale minimo nel trattamento minimo di pensione previsto per il Fondo pensione lavoratori dipendenti dallo stesso legislatore (art. 17, comma 1°, L. n. 843/1978).

La Sezione prima giurisdizionale d'appello, presso la quale è incardinato il gravame, con l'ordinanza n. 73/2008/Q, ripercorre la evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, menzionando le sentenze n. 172/1991, dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 17, comma 1°, l. n. 843/1978 (nella parte in cui non prevedeva che nei confronti di titolari di due pensioni, pur restando vietato il cumulo di i.i.s., si dovesse far salvo il minimo INPS); n. 204/1992, dichiarativa della illegittimità costituzionale della medesima norma là dove non prevedeva il divieto di cumulo della i.i.s. con la retribuzione in costanza di lavoro alle dipendenze di terzi, nonché dell'art. 15 d.l. n. 663 del 1979, convertito nella l. n. 33 del 1980, limitatamente agli incrementi della i.i.s. accertati dal 1° gennaio 1979, non risultando determinata la misura della retribuzione oltre la quale rilevavano la esclusione od il congelamento della stessa i.i.s.; la sentenza n. 494/1993, dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 2°, del d.P.R. n. 1092/1973, il quale stabiliva che "al titolare di più pensioni o assegni l'indennità integrativa speciale compete a un solo titolo", nella parte in cui non prevedeva che, fermo il divieto di cumulo, dovesse farsi salvo l'importo pari al trattamento minimo previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti; e l'ordinanza n. 438/1998, secondo cui il divieto di cumulo deve ritenersi venuto meno in forza delle sentenze n. 566 del 1989 e n. 232 del 1992, rispettivamente per la i.i.s. e la tredicesima mensilità, mancando la fissazione del limite al di sotto del quale il divieto poteva essere operante.

Ricordato che, per effetto dell'art. 15, comma 3°, della l. 23.12.1994 n. 724, dal 1° gennaio 1995, anche la i.i.s., assoggettata a contribuzione, rientrava nella base pensionabile, e che, per il successivo comma 5° dello stesso art. 15 (in seguito abrogato con l'art. 776 della l. n. 296/2006), le norme sulla i.i.s. si sarebbero dovute applicare limitatamente alle pensioni liquidate fino al 31.12.1994 ed alle pensioni di reversibilità ad esse relative, cita poi la sentenza n. 516 e l'ordinanza n. 517 del novembre 2000, nelle quali la Corte costituzionale si è nuovamente pronunciata in tema di i.i.s.. In tali pronunce, puntualizza il Giudice rimettente, "il Giudice delle leggi ha ribadito: 1) che un divieto generalizzato di cumulo di indennità di contingenza (o equivalenti) sia legittimo dal punto di vista costituzionale quando, in presenza di diversi trattamenti di servizio o di pensione, non sia previsto un ragionevole limite minimo di trattamento economico complessivo (o altro sistema con indice rapportato alle esigenze di una esistenza libera e dignitosa del lavo-

ratore pensionato e della sua famiglia o del pensionato con pluralità di posizioni assicurative), al di sotto del quale il divieto debba essere escluso; 2) che spetta al legislatore la scelta tra diverse soluzioni, con possibilità di distinguere la disciplina del cumulo anche con ragionevoli differenziazioni temporali collegate alla diversa natura e funzione della anzidetta indennità e alla progressiva trasformazione - anche per effetto del conglobamento pensionistico - della incidenza del problema a partire dalla legge 23.12.1994, n. 724; 3) che la disposizione sul cumulo della indennità, contenuta nell'art. 2, comma settimo, della legge 27 maggio 1959, n. 324 (sostituito dall'art. 4 del d.P.R. 28 dicembre 1970 n. 1081), è da ritenersi espunta dal sistema per abrogazione (ordinanza n. 438 del 1998), in base alla clausola abrogativa generale contenuta nell'art. 254 del t.u. 1092 del 1973, nonché a seguito della sostanziale trasfusione in altra norma (art. 99, secondo e quinto comma, dello stesso t.u.) contenente la disciplina completa riguardo all'anzidetto cumulo, dichiarata costituzionalmente illegittima con le sentenze n. 566 del 1989 e n. 493 del 1993; 4) che l'art. 130, ultimo comma, del d.P.R. n. 1092/1973 non ha un contenuto autonomo e presuppone l'esistenza di un divieto di cumulo valido ed operante e non può riguardare ormai l'indennità integrativa speciale, per cui non ha un legame attuale con il preteso divieto di cumulo della stessa indennità; 5) che un divieto di cumulo ormai caducato non può rivivere, sotto forma di interpretazione, senza un intervento del legislatore, cui deve restare la discrezionalità della scelta tra diverse soluzioni possibili".

Prosegue il Giudice rimettente che "sulla scorta di tali pronunzie del Giudice delle leggi, le Sezioni Riunite di questa Corte, con sentenza n. 14/QM del 2003 - in seguito confermata dalla sentenza n. 2/QM del 2006 - rilevarono come nelle ricordate decisioni la Corte costituzionale avesse *"tenuto ben distinta l'ipotesi di cumulo dell'indennità integrativa speciale su pensione e retribuzione da quella della doppia pensione, emettendo nel primo caso sentenze di mero annullamento e, nel secondo caso, sentenze additive che hanno avuto l'effetto di estendere alle disposizioni recanti il divieto di cumulo della indennità integrativa speciale nei confronti del titolare di due pensioni il principio della salvaguardia del minimo INPS contenuto nell'art. 17, 1° comma, della legge n. 843 del 1978"*.

In definitiva, secondo le Sezioni Riunite, *"in ipotesi di fruizione di doppio trattamento di pensione non è consentito il cumulo della indennità integrativa speciale"* e "*il titolare di due pensioni ha diritto a percepire la indennità integrativa speciale sulla seconda pensione soltanto nei limiti necessari per ottenere l'integrazione della pensione sino all'importo corrispondente al trattamento minimo previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti (c.d. minimo INPS)*".

Soggiunge peraltro il Giudice rimettente che la maggioranza dei giudici di merito sono andati in diverso avviso risolvendo il problema del cumulo di i.i.s. su più trattamenti di pensioni nel senso di ritenere che il diritto a tale emolumento, a seguito del giudizio di incostituzionalità, avesse riguadagnato la sua integrale espansione.

Riferisce quindi sull'ulteriore interpello della Corte costituzionale sulla questione di costituzionalità dell'art. 99, comma 2, del d.P.R. n. 1092 del 1973, per contrasto con gli artt. 3 e 38 della Costituzione, effettuato con ordinanze varie ed esitato nella ordinanza n. 89 dell'8.3.2005 di quest'ultima, nella quale il Giudice delle leggi ha ritenuto che

la questione fosse manifestamente inammissibile non avendo i rimettenti espressamente affermato che nessuna altra interpretazione della norma censurata fosse possibile e tanto meno hanno esposto le ragioni di tale esclusione; precisando che anche l'ulteriore tentativo di sollecitare una pronuncia della Corte costituzionale sul problema del divieto di cumulo di i.i.s. su due pensioni, si è risolto con la restituzione degli atti per una nuova valutazione - con implicazioni sulla stessa ammissibilità - della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni sollevate alla luce della sopravvenuta legge n. 296/2006, costituente *ius superveniens* rispetto al quadro normativo considerato nei giudizi a quibus. Ha, infatti, osservato il Giudice delle leggi nell'ordinanza n. 119 del 2008 *"… che l'art. 1, comma 776, di tale legge ha abrogato l'art. 15, comma 5, della legge n. 724 del 1994, mentre l'art. 1, comma 774 della medesima legge ha dettato una norma di interpretazione autentica relativa al computo dell'indennità integrativa speciale per le pensioni di reversibilità, applicabile indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta (si veda sul punto la recente sentenza n. 74 del 2008); che la citata abrogazione dell'art. 15, comma 5, della legge n. 724 del 1994 ha, di fatto, eliminato anche il riferimento alla perdurante applicabilità - quanto alle pensioni dirette liquidate fino al 31 dicembre 1994 e a quelle di reversibilità ad esse riferite - delle disposizioni relative alla corresponsione della indennità integrativa speciale sui trattamenti di pensione previste dall'art. 2 della legge n. 324 del 1959 e successive modificazioni"*.

Stante siffatta pronuncia le tre Sezioni giurisdizionali centrali di appello, ripreso l'esame delle cause concernenti il tema in discussione, sono tutte pervenute a pronunce confermative della giurisprudenza formatasi con le precedenti sentenze di queste Sezioni riunite (nn. 14/QM/2003 e 2/QM/2006), statuendo che, in applicazione dell'art. 99, comma 2, del t.u. n. 1092/1972, ritenuto tuttora vigente per le pensioni liquidate fino al 31.12.1994, non spettasse la i.i.s. per intera sulla seconda pensione percepita, con salvezza del trattamento minimo previsto per il Fondo pensione lavoratori dipendenti (Sezione I, sentenze nn. 236, 295/2008; Sezione II, sentenze nn. 252, 296, 332; Sezione III, sentenze nn. 163, 187, 190, 191, 216, 217 e 238/2008).

Opposto è invece l'orientamento espresso dalla Sezione d'appello della Regione Sicilia nelle sentenze nn. 281, 309 e 313/2008, tutte successive all'ordinanza n. 119/2008, ritenuta irrilevante in quanto priva di efficacia interpretativa.

Tale Sezione, riallacciandosi alla pronuncia contenuta nella sentenza n. 516 del 2000, ha confermato che un divieto generalizzato di cumulo di indennità di contingenza (o equivalente) non possa ritenersi più vigente in presenza di diversi trattamenti di pensione, qualora non sia previsto un ragionevole limite minimo di trattamento economico complessivo (o, altro sistema con indice rapportato alle esigenze di una esistenza libera e dignitosa del lavoratore pensionato e della sua famiglia o del pensionato con pluralità di posizioni assicurative), al di sotto del quale il divieto stesso debba essere necessariamente escluso.

Soggiunge il Giudice rimettente che contrasto sussiste, in modo diffuso e variegato, anche tra le sezioni giurisdizionali territoriali, alcune ritenendo che, per le pensioni anteriori al 1995, spetti, sul secondo trattamento, solo l'integrazione al minimo INPS (Sezione Veneto, Sezione Umbria, Sezione Campania, Sezione Lombardia); altre l'intera i.i.s.

(Sezione Toscana, Sezione Sardegna, Sezione Emilia Romagna, Sezione Lazio, Sezione Liguria, Sezione Friuli Venezia Giulia).

Osserva il Giudice rimettente che la questione del cumulo con riferimento al titolare di due pensioni, entrambe decorrenti da data anteriore al 1995, appare di non facile soluzione, potendosi addurre più di una argomentazione a favore dell'una o dell'altra delle soluzioni prospettate e che la stessa giurisprudenza di questa Sezioni Riunite, in sede di questioni di massima, appare datata, a seguito della ordinanza n. 119/2008 della Corte costituzionale, che ha chiesto a questo Giudice contabile una nuova valutazione della questione di diritto alla luce dello ius superveniens costituito dalla normativa della legge n. 296/2006.

E stante il delineato contrasto giurisprudenziale, il Giudice "a quo" ritiene necessario il deferimento alle Sezioni riunite per una nuova pronuncia sulla questione di massima circa la perdurante applicabilità della disciplina della I.I.S. con riferimento al titolare di due pensioni, decorrenti entrambe da data anteriore al 1.1.1995, a seguito della entrata in vigore della legge 27.12.2006, n. 296.

Con l'ordinanza n. 170/2008 del 23.12.2008, emessa nel giudizio sui ricorsi di B.V. e di L.S., il primo titolare di pensione privilegiata ordinaria, privata della indennità integrativa speciale dal 2.5.1966 al 3.12.1985 - periodo durante il quale prestava opera retribuita alle dipendenze dello Stato - indennità poi ripristinata dal 4.12.1985, contestualmente alla non corresponsione di analoga indennità sulla pensione ordinaria di quiescenza, concessagli da quest'ultima data; la seconda titolare di pensione privilegiata di reversibilità 1^ categoria dal 19.2.2002 (da diretta del 1971), con indennità integrativa riconosciuta nel solo importo differenziale necessario per integrare il minimo INPS in quanto titolare di pensione ordinaria diretta amministrata dall'INPDAP e sulla quale veniva corrisposta l'i.i.s. intera, la Sezione Toscana, in composizione monocratica, - e che aveva rimesso con l'ordinanza n. 58 del 30.3.2006 la questione di legittimità costituzionale - sollevata dal difensore - dell'art. 92, comma 2°, del d.P.R. n. 1092/1973, esitata nella citata ordinanza della Corte costituzionale n. 119 del 24.4.2008, e che, frattanto, con la sentenza n. 350 del 19.5.2008 su altro giudizio, sospeso in attesa della pronuncia della Corte costituzionale, aveva statuito che, a seguito del mutato quadro normativo determinato dalla sopravvenuta normativa indicata dalla Corte costituzionale, a decorrere dal 1° gennaio 1995 non era più applicabile il divieto di cumulo - ritiene utile procedere a sua volta al deferimento della stessa questione sollevata dalla Sezione prima di appello, in relazione ai giudizi suindicati, per meglio precisare la sua posizione, in quanto diversificata, in una prima fase, nella motivazione, da quella della Sezione siciliana d'appello ed, in una seconda fase (successiva alla ordinanza n. 58/2006 di remissione alla Corte costituzionale) differenziata rispetto alla posizione della stessa Sezione siciliana e di altre Sezioni regionali in quanto pervenuta a conclusioni limitative della decorrenza del cumulo dell'i.i.s. in misura intera su plurime pensioni.

Precisa la Sezione Toscana che, nel sottoporre a critica la pronunzia delle SS.RR. 14/QM/2003, che aveva ritenuto tuttora vigente il divieto di cumulo su plurime pensioni con salvezza del minimo INPS, essa aveva ritenuto che le sentenze n. 494/1993 e n. 376/1994 della Corte costituzionale, benché avessero un dispositivo tipico di una

sentenza additiva, nella motivazione esponevano principi già formulati nella sentenza n. 566/1989 (indubbiamente ablatoria), dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 5°, del t.u. n. 1092/1973 sotto lo stesso profilo della violazione dell'art. 36 Cost. e che la successiva sentenza n. 516/2000, certamente ablatoria, offrisse la giusta chiave di lettura delle sentenze n. 376/1994 e n. 494/1993 (riguardante legge statale) quali sentenze anch'esse ablatorie; e, d'altra parte, appare significativo che il Giudice delle leggi, nel pronunziare la illegittimità costituzionale, con effetto ablatorio, della disposizione di cui alla tab. O, lett. B), 3°comma, della L.R. siciliana n. 45/1981 relativa al divieto di cumulo dell'i.i.s. su plurime pensioni, non abbia esteso la stessa pronunzia, ex art. 27 della legge cost. n. 1/1953, all'analoga disposizione dell'art. 99, comma 2°, del T.U. n. 1092/1973, se considerata tuttora esistente.

Il successivo suo orientamento espresso nella ordinanza n. 58 del 30.3.2006 di rimessione alla Corte costituzionale, derivava dalla sentenza delle SS.RR. n. 2/QM/2006, che aveva confermato il divieto di cumulo su plurime pensioni.

Passando all'esame della ordinanza n. 119/2008 della Corte costituzionale, che ha restituito gli atti ai giudici rimettenti per una nuova valutazione della rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate alla luce dello "jus superveniens", la Sezione Toscana osserva che tale dispositivo sottintende il convincimento che il segnalato jus supervniens abbia una valenza tale da rimuovere la prospettata situazione di illegittimità costituzionale, talché una corretta interpretazione - costituzionalmente orientata - della sopravvenuta legge n. 296/2006 consenta di risolvere la problematica del cumulo dell'i.i.s. su plurime pensioni. E approfondendo alcuni punti in motivazione della sua sentenza n. 350/2008, espressiva dell'orientamento da ultimo assunto dalla Sezione, si sofferma, in primo luogo, sul passaggio ove si afferma che, "... con la norma di interpretazione autentica all'esame (art. 1, comma 774, della L n. 296/2006: n.d.r) il legislatore ha inteso considerare la indennità integrativa speciale, a decorrere dal 1° gennaio 1995 e indipendentemente dalla data di liquidazione della pensione "parte integrante del trattamento pensionistico", rendendola, per così dire, ontologicamente conglobata nella pensione per effetto dell'art. 15, comma 3, della citata legge 23 dicembre 1994 n. 724". Osserva il Giudice referente che in realtà non vi è contraddizione tra l'affermazione che l'abrogazione dell'art. 15, comma 5°, della l. n. 724/1994 non può decorrere che dalla data di entrata in vigore della legge n. 296/2006 e la conclusione secondo cui con la norma di interpretazione autentica di cui al comma 774 il legislatore ha inteso riconoscere la i.i.s. dal 1° gennaio 1995, per effetto del conglobamento della medesima: la finalità dei due commi nn. 774 e 776 della legge n. 296/2006 era evidentemente quella di eliminare una disposizione di favore dei superstiti, quella individuata dalla sentenza n. 2/QM/2002 delle SS:RR., eliminando, con un effetto secondario, forse neppure percepito dal legislatore, anche il riferimento alla perdurante applicabilità - quanto alle pensioni dirette liquidate fino al 31.12.1994 ed a quelle di reversibilità ad esse riferite - delle disposizioni relative alla i.i.s. sui trattamenti di pensione previste dall'art. 2 della legge 324/1959: si è parlato - non a caso - di "conferma della cancellazione dall'ordinamento dell'art. 15, comma 5°, L. n. 724/1994, in quanto l'abrogazione operata dal comma 776 della L. n. 296/2006 ha appunto valenza confermativa

e rafforzativa di una abrogazione, che, in effetti, era già avvenuta con l'interpretazione autentica effettuata dal comma 774 dell'art. 1, comma 41, della legge n. 335/1995 concernente l'estensione al settore pubblico della disciplina del trattamento pensionistico di reversibilità vigente nel settore privato, ribaltando una interpretazione culminata nella sentenza n. 8/QM/2002 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti. Soggiunge il Giudice deferente che se è vero che l'interpretazione autentica di cui all'art. 1 comma 774 citato è espressamente riferita alle pensioni di reversibilità sorte dopo il 1995 ma relative a pensioni anteriori al 31.12.1994, è anche vero che, in tanto si può applicare alle predette pensioni la disciplina prevista dall'art. 1, comma 41°, della legge n. 335/1995, a decorrere dal 17/8/19958 (e non quella stabilita dall'art. 15, comma 5°, della legge n. 774/1994), in quanto al momento della entrata in vigore della legge 335/1995 - per effetto del conglobamento previsto a decorrere dal 1.1.1995 dall'art. 3 della legge 23 dicembre 1994 - la i.i.s. aveva perso la sua natura di assegno accessorio divenendo parte integrante delle pensioni dirette cui esse si riferiscono: ne consegue che lo stesso legislatore - a decorrere dalla data di operatività del conglobamento, cioè dal 1° gennaio 1995 - ha ritenuto l'indennità integrativa speciale parte integrante anche dei trattamenti diretti precedenti al 31.12.1994, come si desume dall'inciso "indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta" contenuto nella stessa norma di interpretazione autentica di cui all'art. 1, comma 774, della legge n. 296/2006.

E considerato che i giudizi sopraindicati deducono una fattispecie di cumulabilità di i.i.s. su plurime pensioni, nell'intento di integrare il già disposto deferimento della questione di massima con motivazioni che consentono una visione più completa del quadro giurisprudenziale, si dispone la remissione degli atti alle SS.RR.

(Omissis)

DIRITTO - *(Omissis)*

Passando all'esame del merito della questione deferita, appare utile riconsiderare l'intero svolgimento che il tema del cumulo della i.i.s. ha avuto nelle pronunzie della Corte costituzionale e nelle sentenze più rilevanti di queste SS.RR., per poi passare ad un esame puntuale della disciplina entrata in vigore successivamente al 31.12.1994 fino alla legge n. 296/2006, per verificare come l'evoluzione normativa ha interferito a sua volta sull'assetto ordinamentale quale determinatosi con le pronunzie della Corte costituzionale.

Con sentenza n. 566 del 1989 la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 99, comma 5, del d.P.R. n. 1092 del 1973, per il quale l'indennità integrativa speciale era *"sospesa nei confronti del titolare di pensione o di assegno che presti opera retribuita, sotto qualsiasi forma, presso lo Stato, amministrazioni pubbliche o enti pubblici, anche se svolgono attività lucrative*": non era infatti stabilito "*il limite dell'emolumento per le attività*" alle quali la norma si riferiva, dovendosi invece ritenere "*ammissibile, al di sotto di tale limite, il cumulo integrale tra trattamento pensionistico e retribuzione, senza che sia sospesa la corresponsione della indennità integrativa*".

Con sentenza n. 172 del 1991, fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.

17, comma 1, della legge n. 843 del 1978, *nella parte in cui non prevedeva che nei confronti del titolare di due pensioni, pur restando vietato il cumulo delle indennità integrative speciali, dovesse farsi salvo un importo pari al trattamento minimo di pensione previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti*.

Con sentenza n. 204 del 1992 fu dichiarata l'illegittimità dell'art. 17, comma 1, della legge n. 843 del 1978 anche nella parte in cui prevedeva che l'indennità integrativa speciale non era *"cumulabile con la retribuzione percepita in costanza di rapporto di lavoro alle dipendenze di terzi"*, fatto *"salvo l'importo corrispondente al trattamento minimo per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti"* e dell'art. 15 del d.l. n. 663 del 1979 convertito nella legge n. 33 del 1980, per il quale *"nei confronti dei pensionati con rapporto di lavoro alle dipendenze di terzi alla data del 31 dicembre 1978 aventi diritto all'indennità integrativa speciale a norma delle disposizioni vigenti"* il divieto di cumulo di cui al citato art. 17, comma 1, si applicava *"limitatamente agli incrementi dell'indennità stessa accertati dal 1° gennaio 1979 in poi"*: non era infatti determinata la misura della retribuzione oltre la quale rilevavano, rispettivamente, l'esclusione e il congelamento dell'indennità.

A proposito di tali due sentenze, deve notarsi la singolarità della derivazione del "minimo INPS", poi ripetuto nelle altre sentenze sul divieto di cumulo di indennità integrativa su più pensioni, mutuato da sede impropria, riguardando l'art. 17, comma 1, della l. n. 843/1978 il cumulo di pensione e retribuzione alla dipendenze di terzi; situazione per la quale con le successive sentenze, pur esse prospettate sotto l'insegna dell'art. 36 Cost., come già per la normativa esaminata nella precedente sentenza n. 566/1989, si è adottato un criterio di scrutinio ed una tipologia di pronuncia assolutamente diversi, con esiti finali opposti, avendo la prima (172/91), considerata meramente additiva, assunto la stabile soluzione di una immediata compiuta disciplina, totalmente estranea al contesto normativo esaminato, riguardante il diverso caso di cumulo di i.i.s. per pensione e retribuzione e con effetti, in seguito, considerati ablatori per la protratta inerzia del legislatore a por mano ad una ridisciplina della materia. E che dopo tutto ha dato luogo al sentimento di ingiustizia, che ha peraltro più volte sospinto a successive rimessioni alla Corte costituzionale, ma senza esito, essendo rimasta la dicotomia tra le ipotesi di i.i.s. su due trattamenti di pensione su cui è rimasto il divieto di cumulo e l'ipotesi di i.i.s. su pensione e retribuzione; compostosi solo per la Regione Sicilia, per la accidentalità o per la buona sorte, di una disciplina nata originariamente imbozzolata nella stessa disposizione, come si vedrà in prosieguo (sentenza 516/2000).

Con sentenza n. 494 del 1993, la Corte costituzionale dichiarò poi la illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 2, del d.P.R. n. 1092 del 1973, che stabiliva che *"al titolare di più pensioni o assegni l'indennità integrativa speciale compete a un solo titolo"*, nella parte in cui non prevedeva che, fermo il divieto di cumulo, dovesse però farsi salvo l'importo pari al trattamento minimo previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti.

Con la sentenza n. 516 del 2000, la Corte costituzionale dichiarò la illegittimità della tabella O, lett. B, terzo comma, della legge della Regione Siciliana 29 ottobre 1985, n. 41 (*nuove norme per il personale dell'Amministrazione regionale*), nella parte in cui non

determina il trattamento complessivo oltre il quale diventi operante, per i titolari di pensioni od assegni vitalizi, il divieto di cumulo della indennità di contingenza ed indennità similari. Questa sentenza, come prima si accennava, resta dissonante dalle precedenti sul tema del divieto di cumulo, in quanto svolge lo scrutinio di costituzionalità di una disposizione che accomuna la ipotesi di indennità integrativa speciale su pensione e retribuzione a quella di i.i.s. su più trattamenti di pensione con riferimento a quello stesso parametro che venne adottato nelle precedenti sentenze n. 566/1989 e n. 376/1994 e cioè l'art. 36 della Costituzione, senza fare alcun cenno al trattamento minimo di pensione previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti, evocato nella sola seconda sentenza resa sull'art. 99, comma secondo, del d.P.R, n. 1092/1973; circostanza questa che lasciò perplessi molti operatori del diritto, consentendo peraltro alla Sezione d'appello della Regione Sicilia di mantenere una linea giurisprudenziale differenziata da quella delle Sezioni centrali d'appello anche con riferimento alle pensioni statali e quindi in applicazione di quest'ultima disposizione (sentenze nn. 149/2005 e 7/2006).

Con sentenza n. 14/QM del 2003 - in seguito confermata dalla sentenza n. 2/QM del 2006 - le Sezioni Riunite di questa Corte rilevavano come nelle citate decisioni la Corte costituzionale avesse *"tenuto ben distinta l'ipotesi di cumulo dell'indennità integrativa speciale su pensione e retribuzione da quella di doppia pensione, emettendo nel primo caso sentenze di mero annullamento e, nel secondo caso, sentenze additive che hanno avuto l'effetto di estendere alle disposizioni recanti il divieto di cumulo della indennità integrativa speciale nei confronti del titolare di due pensioni il principio della salvaguardia del minimo INPS contenuto nell'art. 17, 1° comma, della legge n. 843 del 1978"*.

In definitiva, per le Sezioni riunite *"in ipotesi di fruizione di doppio trattamento di pensione non è consentito il cumulo della indennità integrativa speciale"* e *"il titolare di due pensioni ha diritto a percepire la indennità integrativa speciale sulla seconda pensione soltanto nei limiti necessari per ottenere l'integrazione della pensione sino all'importo corrispondente al trattamento minimo previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti (c.d. minimo INPS)"*.

La questione della legittimità costituzionale dell'art. 99, comma 2, del d.P.R. n. 1092 del 1973, nella parte in cui non determina la misura del trattamento oltre il quale diventi operante, per i titolari di più pensioni, il divieto di cumulo della indennità integrativa speciale, per contrasto con gli artt. 3 e 38 della Costituzione, è stata successivamente di nuovo rimessa all'esame della Corte costituzionale con ordinanze di varie Sezioni di questa Corte (Sezione giurisdizionale Sardegna: ordinanza n. 847/2003, Sezione giurisdizionale d'appello della regione Sicilia: ordinanze nn. 845, 846 e 847), nelle quali era, tra l'altro, affermato, che, secondo la sentenza n. 516 del 2000 spetterebbe al legislatore la scelta tra le diverse soluzioni. Ma, con l'ordinanza n. 89 dell'8.3.2005, la Corte costituzionale ha rilevato che *"i remittenti non hanno espressamente affermato che nessuna altra interpretazione della norma censurata è possibile se non quella che genera i dubbi di costituzionalità da loro manifestati e tanto meno hanno esposto le ragioni di tale esclusione*": ha ritenuto pertanto che la questione fosse *"manifestamente inammissibile"*.

La stessa questione è stata ancora rimessa al Giudice delle leggi. Ma con ordinanza n. 119 del 2008 la Corte costituzionale ha disposto la restituzione degli atti alle Sezioni

rimettenti, chiedendo "una nuova valutazione della rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni da loro sollevate", dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 776, della legge n. 266 del 2006.

Orbene, l'art. 1 della legge n. 266 del 2006 ha stabilito, al comma 774, che l'estensione a tutte le forme esclusive e sostitutive della disciplina del trattamento pensionistico a favore dei superstiti del pensionato vigente nell'ambito del regime di assicurazione generale obbligatoria, prevista dall'art. 1, comma 41, della legge n. 335 del 1995, va interpretata nel senso che per le pensioni di reversibilità liquidate dopo l'entrata in vigore della legge n. 335 del 1995, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta, l'indennità integrativa speciale è attribuita nella misura percentuale prevista per il trattamento di reversibilità.

Per conseguenza, il successivo comma 776 ha espressamente abrogato l'art. 15, comma 5°, della legge n. 724 del 1994, che aveva stabilito: *"le disposizioni relative alla corresponsione della indennità integrativa speciale sui trattamenti di pensione, previste dall'art. 2 della l. 27.5.1959, n. 324 e successive modificazione e integrazioni, sono applicabili limitatamente alle pensioni dirette liquidate fino al 31.12.1994 ed alle pensioni di reversibilità ad esse riferite"*.

Combinando entrambi i disposti dei surriferiti commi 774 e 776, si è pervenuti, anche sulla suggestione di alcuni passaggi delle pronunce n. 74 e n. 119 della Corte costituzionale, alla conclusione, patrocinata nel presente giudizio dal difensore del ricorrente nel giudizio *a quo,* che il legislatore ha riconfigurato la indennità integrativa speciale come elemento costitutivo del trattamento di pensione, sia diretto che di reversibilità. A tale conclusione sembrano far da supporto le espressioni contenute nel primo di tali commi: *"indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta"*, l'indennità integrativa speciale già in godimento da parte del dante causa, *"parte integrante del complessivo trattamento pensionistico percepito"*, è attribuita nella percentuale prevista per il trattamento di reversibilità e la contestuale abrogazione, con il successivo comma 776, dell'art. 15, comma 5° della legge 724/1994, che, come si è visto, richiamava, per le pensioni liquidate anteriormente al 31.12.1994, la norma introduttiva sulla indennità integrativa speciale (art. 2 legge n. 324 del 1959). *Va, però, considerato che il tema della disposizione in esame, non è quello della natura della indennità integrativa speciale, divenuta parte costitutiva del trattamento di pensione ormai dal 1.1.1995, ma la aliquota del complessivo trattamento di pensione di reversibilità, non più ragguagliato, per il coniuge superstite del dipendente pubblico in regime esclusivo o sostitutivo, al 50% (oppure 100%, secondo la giurisprudenza di questa Corte), ma al 60% della pensione del dante causa*. Anche la i.i.s., qualunque ne sia la natura (e ciò spiega le surricordate proposizioni), va pur essa ragguagliata ad una percentuale della pensione del dante causa e non corrisposta più per intera, come invece sostenuto in una assolutamente prevalente giurisprudenza di questa Corte.

E' noto infatti che la prevalente giurisprudenza di questa Corte si è orientata nel senso che le disposizioni recate dall'art. 1, comma 41, dovessero avere effetto soltanto per le pensioni di reversibilità che traessero titolo da pensioni dirette liquidate dal 1.1.1995; e *l'orientamento si basava essenzialmente sulla considerazione che le nuove disposizioni*

non avevano implicitamente abrogato l'art. 15, comma 5, della legge n. 724/1994. E' significativo, a tal riguardo, sottolineare che la sentenza delle SS.RR. n. 8/2002/QM del 17.4.2002 (che ha condiviso tale orientamento) ha espressamente enunciato il principio: "In ipotesi di decesso del pensionato, titolare di trattamento di riposo, liquidato prima del 31.12.1994, il consequenziale trattamento di reversibilità deve essere in ogni caso liquidato secondo le norme di cui all'art. 15, comma 5, della L. 23.12.1994, n. 724, indipendentemente dalla data della morte del dante causa. L'art. 1, comma 41, della l.8.8.1995, n. 335, non ha effetto abrogativo della l. 23.12.1994, n. 724". La conseguente abrogazione, operata con il successivo 776° comma va, pertanto, letta in combinato disposto con il precedente comma 774 e riferita pur essa alle pensioni di reversibilità: nel sistema normativo relativo alle pensioni di reversibilità, ricondotte nell'alveo della assicurazione generale obbligatoria, con il comma 774 della legge n. 266/2006, e che quindi inglobano anche la indennità integrativa, perde di senso il comma 5° dell'art. 15 della legge n. 724/1994 (punto di forza della citata giurisprudenza, contrastata dal legislatore proprio con il comma 774 succitato), relativamente alle pensioni di reversibilità, che, pertanto, viene abrogato con il comma 776 relativamente a tali pensioni. Va, peraltro, rilevato, che la parte dispositiva del citato comma 5°, relativa alle pensioni dirette, si prospetta, a ben vedere, come la reiterazione, specularmente invertita (interpretazione *ex adverso*), del precedente comma 3° dello stesso art. 15, dal quale è già ricavabile la compiuta disciplina della indennità integrativa speciale, dovendosi esso leggere, per le pensioni antecedenti al 1.1.1995, in combinato disposto con l'intero titolo VI-Assegni accessori, del d.P.R. n. 1092/1973, quale modellato dalle succitate sentenze della Corte costituzionale, come acutamente rilevato in dibattimento dal difensore dell'INPDAP. Deve comunque puntualizzarsi che l'abrogazione del 5° comma dell'art. 15 in esame ha effetti dall'entrata in vigore della legge n. 296/2006 (1.1.2007) e quindi non ha rilievo per il periodo anteriore a tale data; ai fini della soluzione della presente questione tale periodo rimane regolato dalla disciplina all'epoca vigente, ivi incluso il richiamato titolo VI del d.P.R. n. 1092/1973.

Ed, in effetti, la legge n. 296 del 2006 non ha abrogato il comma 3 dell'art. 15 della legge n. 724 del 1994 che ha così disposto: *"in attesa della armonizzazione delle basi contributive previste dalle diverse gestioni obbligatorie dei settori pubblico e privato, con decorrenza dal 1° gennaio 1995, per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni, iscritte alle forme di previdenza esclusive dell'assicurazione obbligatoria, nonché per le altre categorie di dipendenti iscritti alle stesse forme di previdenza, la pensione spettante viene determinata sulla base degli elementi retributivi assoggettati a contribuzione, ivi compresa la indennità integrativa speciale, ovvero indennità di contingenza, ovvero l'assegno per il costo della vita spettante*". La mancata abrogazione di tale norma, che avvia il processo di omogeneizzazione del trattamento di pensione dei pubblici dipendenti, in regime esclusivo e sostitutivo di quello vigente nel sistema dell'assicurazione generale obbligatoria, mantenendo così in vita il discrimine tra le pensioni antecedenti e quelle successive al 1.1.1995, anche nella fase della compiuta omogeneizzazione delle pensioni di reversibilità, è la manifestazione chiara, a chi ne voglia

intendere i dettami, della intenzione del legislatore di voler continuare, per le pensioni liquidate fino al 31.12.1994, a considerare tuttora applicabile la precedente disciplina, ivi incluso il divieto di cumulo della indennità integrativa su due o più trattamenti di pensione, di cui al mai abrogato, e neppure annullato dalla Corte costituzionale, comma secondo dell'art. 99 del d.P.R. 29 dicembre 1973 n. 1092: per le pensioni liquidate prima del 1°.1.1995, per le quali l'indennità integrativa speciale costituiva un mero assegno accessorio, la legge n. 296 del 2006 non ha in realtà apportato alcuna innovazione, e non ha in particolare previsto alcuna *riliquidazione* con inserimento dell'indennità integrativa speciale nella base pensionabile.

Come già aveva evidenziato la sentenza delle Sezioni riunite n. 2/QM/2006, va considerato che "il diverso trattamento dell'i.i.s. per le pensioni liquidate fino al 31.12.1994 è essenzialmente una norma di salvaguardia di miglior trattamento per le posizioni pregresse, poiché consente ai titolari di pensione liquidata appunto prima del 1.1.1995 di conservare l'indennità integrativa speciale nella misura intera, senza le riduzioni conseguenti ad un suo inserimento nella base pensionabile". Discorso, peraltro, non più valido, alla luce della sopravvenuta disposizione dell'art. 1, coma 41, della legge n. 335/1995, come interpretato dall'art. 1, comma 774, della l. n. 296/2006, per le pensioni di reversibilità "sorte a decorrere dall'entrata in vigore della legge 8 agosto 1995, n. 335". Viene, comunque, fatto salvo, per effetto del citato comma 775 dell'art. 1 legge 296/2006 quanto riconosciuto in sentenze passate in giudicato, da riassorbire con i successivi miglioramenti pensionistici.

Certo, il mantenimento, in tal modo, del carattere "accessorio" delle indennità integrative speciali sulle pensioni liquidate prima del 1°.1.1995 ha comportato anche, per i titolari di più pensioni tutte anteriori a tale data, la permanenza dei limiti del cumulo delle indennità stesse posti dall'art. 99, comma 2, del d.P.R. n. 1092 del 1973, nel testo modificato dalla Corte costituzionale. Ma si tratta dell'inevitabile conseguenza di un'innovazione che intendeva appunto salvaguardare, per i titolari di una sola pensione, le situazioni pregresse.

In definitiva, in ragione dell'art. 99, comma 2°, del d.P.R. n. 1092 del 1973, vigente nel testo modificato dalla Corte costituzionale tuttora non sussiste, in caso di pensioni liquidate, come nella deferita questione, prima del 1°.1.1995, il diritto al cumulo della indennità integrativa speciale in misura intera su due trattamenti di pensione, dovendosi assicurare sul secondo trattamento solo il minimo INPS. Le pur ingegnose argomentazioni del difensore del ricorrente, ispirate al tentativo di ricondurre ad unità il sistema, quanto meno dal 1°.1.1995, per dedurne una sorta di diritto alla *riliquidazione* delle pensioni, senza il divieto di cumulo, per la mutata natura della i.i.s., non più elemento accessorio, ma parte costitutiva delle pensioni, non appaiono confortate dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e dall'andamento del cammino legislativo: *il legislatore, in effetti, non ha mai stabilito, che il principio del divieto di cumulo, consacrato nella disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 99 succitato, sia venuto meno anche per le pensioni liquidate prima della data suindicata; e neppure ha previsto che per tali pensioni si procedesse alla riliquidazione dalla stessa data, corrispondendo per intera la indennità integrativa speciale anche sulla seconda pensione, pur nella for-*

ma di emolumento accessorio della pensione e non costitutivo della base pensionabile.

Il quadro normativo sembra mutare a partire dal 1.1.2007, con l'entrata in vigore della legge n. 296/2006, che, con l'art. 1, comma 776, abroga l'art. 15, comma 5, della legge n. 724/1994. Per il periodo anteriore resta operante la normativa vigente, con lo spartiacque dell'art. 15 l. n. 724/1994, nella sua complessa e modulata articolazione.

E volendo, per compiutezza di analisi stimolata anche dalla ordinanza n. 119/2008 della Corte costituzionale, soffermarsi sugli scenari futuri quali si prospettano per il periodo decorrente dal 1.1.2007, data di entrata in vigore della legge 27.12.2006, n. 296, si deve allora prendere atto che l'applicazione dell'art. 15, comma 5, ha comportato talvolta la duplice corresponsione dell'indennità integrativa speciale (in misura intera su entrambe le pensioni, oppure in misura ridotta al minimo INPS sulla seconda pensione) sia su due pensioni dirette entrambe sorte entro il 31 dicembre 1994 (ad es. su una privilegiata diretta e su una ordinaria di quiescenza) sia su una diretta sorta entro tale data che su una privilegiata, che, ancorché sorta dopo, era riferibile a quella diretta in essere a quella data.

Il legislatore ha ritenuto perciò di intervenire con la finanziaria 2007 per contenere la spesa pensionistica (come riconosce la Corte cost.).

Per stabilire se effettivamente lo jus superveniens recato dalla legge n. 296/2006 (finanziaria 2007), ritenuto influente dalla Corte cost. (ordinanza n. 119), abbia inciso sul problema del cumulo della i.i.s. su plurimi trattamenti di pensione in capo ad un solo soggetto le due anzidette ipotesi vanno tenute distinte.

Per quanto riguarda le pensioni dirette fino al 1994 era prevista l'aggiunta alla voce pensione dell'i.i.s. (in misura intera o ridotta al minimo INPS) come appunto indennità aggiuntiva, mentre per quelle sorte dal 1.1.1995 l'indennità, sottoposta a contributo durante l'attività di servizio, entrava a far parte integrante della base pensionabile (art. 15, comma 3, l. n. 724/1994), perdendo così la sua originaria natura di assegno accessorio e si fondeva nella pensione concretamente spettante sulla base pensionabile per così dire "conglobata".

Sembra così che l'abrogazione dell'intera norma già racchiusa nel citato art. 15, comma 5, della l. n. 724/1994, abrogazione recata dal comma 776 dell'art. 1 della legge n. 296/2006, abbia l'effetto che a decorrere del 1° gennaio 2007 (entrata in vigore della stessa abrogazione) non possa attribuirsi alcuna i.i.s. come indennità aggiuntiva alla pensione, né in via amministrativa, né su ricorso giurisdizionale.

Trattasi però di una soluzione che non tiene conto della natura dello stesso comma 5° e della realtà effettiva e giuridica che si era determinata per la abusata interpretazione datane da questa Corte, con la massiva giurisprudenza culminata con la sentenza n. 8/2002/QM e che la legge n. 296/2006 è venuta a correggere.

La disposizione contenuta nel comma 5° in esame si poneva in successione simmetrica alla precedenti due disposizioni, recanti la vera innovazione della l. n. 724/1994, concernenti, l'una, la inclusione della indennità integrativa, assoggettata a contribuzione, nella base pensionabile delle pensioni liquidate con decorrenza dal 1.1.1995 (comma 3°) e l'altra, a questa simmetrica, che ragguagliava le pensioni di reversibilità dei superstiti, derivate da tali pensioni, all'aliquota in vigore nel regime dell'assicurazione generale

obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti (comma 4°). Appariva, pertanto, già evidente, che l'innovazione non si potesse riferire alla pensioni decorrenti antecedentemente al 1.1.1995, che rimanevano quali esse erano con la disciplina loro propria, quale si era venuta conformando con le varie pronunzie della Corte costituzionale.

Si trattava di una disposizione di mero raccordo, in realtà priva di un contenuto precettivo che non fosse già desumibile dalle precedenti due disposizioni e dettata con la finalità specifica di rendere chiaro che le pensioni di reversibilità, derivanti da pensioni dirette liquidate fino al 31.12.1994, rimanevano ancorate nella loro disciplina al vecchio regime.

Questa normativa, con la riforma organica delle pensioni attuata con la legge 16.8.1995, n. 335, è stata coinvolta nella disposizione contenuta nell'art. 1, comma 41, che, nel processo di integrazione degli ordinamenti, ha stabilito che *"La disciplina del trattamento pensionistico a favore dei superstiti di assicurato e pensionato nell'ambito del regime dell'assicurazione obbligatoria è estesa a tutte le forme esclusive e sostitutive di detto regime…"* facendo *"salvi i trattamenti più favorevoli in godimento alla data di entrata in vigore della presente legge con riassorbimenti sui futuri miglioramenti"*.

La sentenza n. 8/QM/2002, confermando la natura transitoria della disposizione contenuta nel 5° comma dell'art. 15 della legge n. 724/1994, ha escluso che la suindicata nuova normativa, contenuta nella legge organica sulle pensioni erogate in relazione a prestazione di lavoro presso enti pubblici e privati datori di lavoro, trovasse applicazione per le pensioni di reversibilità di pubblici dipendenti derivanti da pensioni dirette liquidate entro il 31 dicembre 1994, le quali andavano in ogni caso liquidate secondo le disposizioni di cui all'art. 15, comma 5°, l. n. 23 dicembre 1994, n. 724, indipendentemente dalla data di morte del dante causa, atteso che l'art. 1, comma 41, l. 8 agosto 1995 n. 335, non ha abrogato il richiamato comma 5° dell'art. 15 della l. n. 724/1994.

La interpretazione autentica contenuta nel comma 774 della legge 296/2006, rovescia il prevalente orientamento giurisprudenziale della Corte dei conti in materia di pensioni di reversibilità, come sopra formatosi, riconducendo anche le pensioni dei pubblici dipendenti delle Amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazione ed integrazioni nell'alveo dell'assicurazione obbligatoria, come aveva già fatto l'originario art. 1, comma 41, della l. n. 724/1994, ora autenticamente interpretato. L'abrogazione del comma 5°, nella sua parte precettiva di norma pur sempre transitoria e di raccordo tra l'ordinamento antecedente al 1.1.1995 e quello successivo e non essa stessa instaurativa dei due blocchi di normative costituenti tali distinti ordinamenti, *connessa com'era al tema delle pensioni di reversibilità*, non poteva che cadere, in una operazione legislativa che mirava essenzialmente allo scopo di liberare l'ordinamento delle incrostazioni e distorsioni derivate da una prassi giurisprudenziale considerata sbagliata, tanto è vero che dei benefici per suo mezzo attribuiti si dispone espressamente il recupero con i futuri miglioramenti delle pensioni. *Ma eliminata la norma transitoria non si elimina anche il precedente ordinamento che essa raccordava al nuovo, il quale rimane qual'era con la tuttora vigenza del divieto di cumulo come previsto dalle disposizioni che lo contemplano così come conformate dalla Corte costituzionale.*

Conclusivamente, queste Sezioni Riunite risolvono la questione deferita dichiarando che le disposizioni recate dalla legge 27.12.2006, n. 296, art. 1, comma 774, relativo alla interpretazione autentica dell'art. 1, comma 41 della legge n 335 del 1995, sulla indennità integrativa speciale su pensioni di reversibilità, comma 775, che fa salvi tutti i trattamenti in materia così come attribuiti da giudicati, con riassorbimento sui futuri miglioramenti e comma 776, che, con disposizione simmetrica a quella contenuta nel precitato comma 774 (sentenza n. 74/2008 della Corte costituzionale), abroga, con effetto dal 1.1.2007 (data di entrata in vigore della stessa legge n. 296/2006), l'art. 15, comma 5, della legge n. 724/1994, non ha modificato l'assetto normativo valevole per il periodo anteriore a tale ultima data, quale modellatosi con le varie sentenze della Corte costituzionale, relativo al tema del divieto di cumulo della indennità integrativa speciale su plurimi trattamenti di pensione per il periodo antecedente al 1°.1.1995.

(Omissis)

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA[1]

Politica sociale – Tutela dei lavoratori – Insolvenza del datore di lavoro – Direttiva 80/987/CEE – Obbligo di pagare la totalità dei crediti insoluti entro un massimale prestabilito – Natura dei crediti del lavoratore nei confronti dell'organismo di garanzia – Termine di prescrizione

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 16 luglio 2009 nel procedimento C-69/08, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale di Napoli con decisione 29 gennaio 2008, pervenuta in cancelleria il 20 febbraio 2008, nella causa Raffaello Visciano (Avv. Nucifero) contro Istituto nazionale della previdenza sociale - INPS - (Avv.ti Triolo, Fabiani, Tadris)

(Omissis)

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 3 e 4 della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (G.U L 283, pag. 23).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. Visciano e l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) in merito al pagamento di crediti di lavoro insoluti.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 Il primo 'considerando' della direttiva 80/987 recita:

«(...) sono necessarie disposizioni per tutelare i lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, in particolare per garantire loro il pagamento dei diritti non pagati (…)».

4 L'art. 1, nn. 1 e 2, della suddetta direttiva prevede quanto segue:

(1) I testi delle sentenze riportate nell'Osservatorio sono reperibili gratuitamente, in versione integrale, sul sito ufficiale della Corte di Giustizia delle Comunità europee, www.curia.europa.eu/it. La versione elettronica è gratuita e non autentica. In caso di discordanza prevale la versione definitiva pubblicata nella *"Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado"*.

«1. La presente direttiva si applica ai diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro esistenti nei confronti dei datori di lavoro che si trovano in stato di insolvenza ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1.

2. Gli Stati membri possono, in via eccezionale, escludere dal campo di applicazione della presente direttiva i diritti di alcune categorie di lavoratori subordinati, in funzione della natura particolare del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro dei lavoratori subordinati o in funzione dell'esistenza di altre forme di garanzia che assicurano ai lavoratori subordinati una tutela equivalente a quella che risulta dalla presente direttiva.

L'elenco delle categorie di lavoratori subordinati di cui al primo comma è riportato nell'allegato».

5 Ai sensi dell'art. 2, n. 2, della citata direttiva:

«La presente direttiva non pregiudica il diritto nazionale per quanto riguarda la definizione dei termini "lavoratore subordinato", "datore di lavoro", "retribuzione", "diritto maturato" e "diritto in corso di maturazione"».

6 L'art. 3 della direttiva 80/987 così dispone:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino, fatto salvo l'articolo 4, il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una data determinata.

2. La data di cui al paragrafo 1 è, a scelta degli Stati membri:

– o quella dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro;
– o quella del preavviso di licenziamento del lavoratore subordinato interessato, comunicato a causa dell'insolvenza del datore di lavoro;
– o quella dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro o quella della cessazione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro del lavoratore subordinato interessato, avvenuta a causa dell'insolvenza del datore di lavoro».

7 Ai termini dell'art. 4, nn. 1-3, della medesima direttiva:

«1. Gli Stati membri hanno la facoltà di limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia, di cui all'articolo 3.

2. Quando si avvalgono della facoltà di cui al paragrafo 1, gli Stati membri devono:

– nel caso di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo trattino, assicurare il pagamento dei diritti non pagati relativi alla retribuzione degli ultimi tre mesi del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro nell'ambito di un periodo di sei mesi precedenti la data dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro;
– nel caso di cui all'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, assicurare il pagamento dei diritti non pagati relativi alla retribuzione degli ultimi tre mesi del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro precedenti la data del preavviso di licenziamento del lavoratore subordinato, comunicato a causa dell'insolvenza del datore di lavoro;
– o, nel caso di cui all'articolo 3, paragrafo 2, terzo trattino, assicurare il pagamento dei diritti non pagati relativi alla retribuzione degli ultimi diciotto mesi del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro precedenti la data dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro o la data della cessazione del contratto

di lavoro o del rapporto di lavoro del lavoratore subordinato, avvenuta a causa dell'insolvenza del datore di lavoro. In tal caso, gli Stati membri possono limitare l'obbligo di pagamento alla retribuzione corrispondente ad un periodo di otto settimane o a vari periodi parziali per un totale della stessa durata.

3. Tuttavia per evitare di versare delle somme che vanno oltre il fine sociale della presente direttiva, gli Stati membri possono fissare un massimale per la garanzia di pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati. (…)».

8 L'art. 5 della citata direttiva stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri fissano le modalità di organizzazione, di finanziamento e di funzionamento degli organismi di garanzia nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi:

a) il patrimonio degli organismi deve essere indipendente dal capitale di esercizio dei datori di lavoro e essere costituito in modo da non poter essere sequestrato in un procedimento in caso di insolvenza;

b) i datori di lavoro devono contribuire al finanziamento, a meno che quest'ultimo non sia integralmente assicurato dai pubblici poteri;

c) l'obbligo di pagamento a carico degli organismi esiste indipendentemente dall'adempimento degli obblighi di contribuire al finanziamento».

9 L'art. 9 della direttiva 80/987 dispone come segue:

«La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare e di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli per i lavoratori subordinati».

10 Ai sensi del suo art. 10, lett. a), tale direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri «di adottare le misure necessarie per evitare abusi».

La normativa nazionale

La legge n. 297/82

11 In applicazione della direttiva 80/987, la legge del 29 maggio 1982, n. 297 (GURI n. 147 del 31 maggio 1982), recante disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica, prevede, all'art. 2, l'istituzione di un fondo di garanzia con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo che gli impedisca di versare il trattamento di fine rapporto, di cui all'art. 2120 del codice civile, spettante ai lavoratori o ai loro aventi diritto (in prosieguo: il «Fondo»).

12 Tale disposizione stabilisce, inoltre, quanto segue:

«2. Trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo, reso esecutivo ai sensi dell'articolo 97 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Edizione straordinaria alla GURI n. 81 del 6 aprile 1942), ovvero dopo la pubblicazione della sentenza di cui all'articolo 99 dello stesso decreto, per il caso siano state proposte opposizioni o impugnazioni riguardanti il suo credito, ovvero dalla pubblicazione della sentenza di omologazione del concordato preventivo, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del [F]ondo, del trattamento di fine rapporto di lavoro e dei relativi accessori, previa detrazione delle somme eventualmente corrisposte.

3. Nell'ipotesi di dichiarazione tardiva di crediti di lavoro di cui all'articolo 101

del regio decreto n. 267 (...), la domanda di cui al comma precedente può essere presentata dopo il decreto di ammissione al passivo o dopo la sentenza che decide il giudizio insorto per l'eventuale contestazione del curatore fallimentare.

4. Ove l'impresa sia sottoposta a liquidazione coatta amministrativa la domanda può essere presentata trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo, di cui all'articolo 209 del regio decreto n. 267 (...), ovvero, ove siano state proposte opposizioni o impugnazioni riguardanti il credito di lavoro, dalla sentenza che decide su di esse.

5. Qualora il datore di lavoro, non soggetto alle disposizioni del regio decreto n. 267 (...), non adempia, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro, alla corresponsione del trattamento dovuto o vi adempia in misura parziale, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono chiedere al (F)ondo il pagamento del trattamento di fine rapporto, sempreché, a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti. Il (F)ondo, ove non sussista contestazione in materia, esegue il pagamento del trattamento insoluto.

6. Quanto previsto nei commi precedenti si applica soltanto nei casi in cui la risoluzione del rapporto di lavoro e la procedura concorsuale od esecutiva siano intervenute successivamente all'entrata in vigore della presente legge.

7. I pagamenti di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma del presente articolo sono eseguiti dal (F)ondo entro 60 giorni dalla richiesta dell'interessato. Il (F)ondo è surrogato di diritto al lavoratore o ai suoi aventi causa nel privilegio spettante sul patrimonio dei datori di lavoro ai sensi degli articoli 2751 bis e 2776 del codice civile per le somme da esso pagate.

(…)».

13 Ai sensi dell'art. 94 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, una domanda di ammissione al passivo produce gli effetti della domanda giudiziale e interrompe la prescrizione dei termini.

14 In forza degli artt. 2943 e 2945 del codice civile, la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce tale giudizio.

Il decreto legislativo n. 80/92

15 Gli artt. 1 e 2 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80, recante attuazione della direttiva 80/987 (Supplemento ordinario alla GURI n. 36 del 13 febbraio 1992, pag. 26), disciplinano la garanzia dei crediti di lavoro e l'intervento del Fondo, che è gestito dall'INPS.

16 L'art. 1, n. 1, del D.Lgs. n. 80/92, rubricato «Garanzia dei crediti di lavoro», recita: «Nel caso in cui il datore di lavoro sia assoggettato alle procedure di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa ovvero alla procedura dell'amministrazione straordinaria (…), il lavoratore da esso dipendente o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del Fondo (…), dei crediti di lavoro non corrisposti di cui all'art. 2».

17 Ai termini dell'art. 2, nn. 1–5, del D.Lgs. n. 80/92:

«1. Il pagamento effettuato dal Fondo (…) ai sensi dell'art. 1 è relativo ai crediti di lavoro, diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto, inerenti [a]gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono:

a) la data del provvedimento che determina l'apertura di una delle procedure indicate nell'art. 1, comma 1;
b) la data di inizio dell'esecuzione forzata;
c) la data del provvedimento di messa in liquidazione o di cessazione dell'esercizio provvisorio ovvero dell'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio di impresa per i lavoratori che abbiano continuato a prestare attività lavorativa, ovvero la data di cessazione del rapporto di lavoro, se questa è intervenuta durante la continuazione dell'attività dell'impresa.

2. Il pagamento effettuato dal Fondo ai sensi del comma 1 non può essere superiore ad una somma pari a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale mensile al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali.
3. Per il conseguimento delle somme dovute dal Fondo ai sensi del presente articolo si applicano le disposizioni di cui ai commi secondo, terzo, quarto, quinto, settimo, primo periodo e decimo dell'art. 2 della legge (n. 297/82). Per le somme corrisposte dal Fondo si applica il disposto di cui al comma settimo, secondo periodo, dell'art. 2 della legge citata.
4. Il pagamento di cui al comma 1 non è cumulabile fino a concorrenza degli importi:

a) con il trattamento straordinario di integrazione salariale fruito nell'arco dei dodici mesi di cui al comma 1;
b) con le retribuzioni corrisposte al lavoratore nell'arco dei tre mesi di cui al comma 1;
c) con l'indennità di mobilità riconosciuta ai sensi della legge 23 luglio 1991, n. 223, nell'arco dei tre mesi successivi alla risoluzione di rapporto di lavoro.

5. Il diritto alla prestazione di cui al comma 1 si prescrive in un anno. Gli interessi e la svalutazione monetaria sono dovuti dalla data di presentazione della domanda».

Causa principale e questioni pregiudiziali

18 Risulta dall'ordinanza di rinvio che il sig. Visciano ha prestato attività lavorativa subordinata alle dipendenze della società di vigilanza La Metropoli S.c.a.r.l. sino al 9 novembre 2000, data in cui, a seguito dell'apertura della procedura concorsuale di liquidazione coatta amministrativa, dichiarata con decreto ministeriale del 24 ottobre 2000, veniva sottoposto a procedura di licenziamento collettivo.

19 L'8 giugno 2001, ai sensi degli artt. 1 e 2 del D.Lgs. n. 80/92, egli presentava una domanda volta ad ottenere dal Fondo il pagamento dei crediti di lavoro insoluti relativi all'attività prestata negli ultimi tre mesi di rapporto.

20 L'INPS non gli erogava la totalità delle retribuzioni rimaste insolute nel limite di tre volte il massimale del trattamento straordinario di integrazione salariale, ma sottraeva da tale importo gli anticipi di retribuzione ottenuti dal datore di lavoro, liquidando così al sig. Visciano una somma inferiore a quella che egli avrebbe dovuto ricevere.

21 A seguito della sentenza 4 marzo 2004, cause riunite C-19/01, C-50/01 e C-84/01, Barsotti e a. (Racc. pag. I-2005), il 30 giugno 2005 il sig. Visciano adiva il Tribunale di Napoli perché gli riconoscesse il diritto a percepire la differenza tra quanto già erogato dall'INPS e il massimale a lui spettante senza alcuna detrazione.

22 L'INPS ha eccepito la prescrizione annuale del credito rilevando che si trattava di un'obbligazione di natura previdenziale, autonoma e distinta rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro, che escludeva l'accollo ai sensi del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

23 Il giudice del rinvio osserva che la Corte suprema di cassazione ha avuto orientamenti diversi in merito alla qualificazione degli importi non pagati dal datore di lavoro e ritiene che la possibilità di accogliere il presente ricorso sia subordinata alla soluzione del quesito relativo alla prescrizione che, a sua volta, dipende dalla qualificazione da attribuire al credito vantato dal ricorrente.

24 Di conseguenza, il Tribunale di Napoli ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se gli articoli 3 e 4 della direttiva n. 80/987 (…), nella parte in cui prevedono il pagamento dei diritti non pagati ai lavoratori subordinati relativi alla retribuzione, consentono che tali crediti, nel momento in cui vengono fatti valere nei confronti dell'organismo di garanzia, vengano privati della loro iniziale natura retributiva ed assumano la diversa qualificazione (di prestazione) previdenziale per il solo fatto che la loro erogazione sia stata affidata dallo Stato membro ad un Istituto previdenziale, e che quindi nella normativa nazionale il termine "retribuzione" venga sostituito da quello (di) "prestazione previdenziale".

2) Se per il fine sociale della direttiva [80/987] è sufficiente che la normativa nazionale utilizzi il credito retributivo iniziale del lavoratore subordinato come un mero termine di paragone, rispetto al quale determinare per relationem la prestazione da garantire con l'intervento dell'organismo di garanzia, o si richiede che il credito retributivo del lavoratore nei confronti del datore di lavoro insolvente venga tutelato, grazie all'intervento dell'organismo di garanzia, assicurandogli eguale contenuto, garanzie, tempi e modalità di esercizio di quelle riconosciute a qualsiasi altro credito di lavoro nello stesso ordinamento.

3) Se i principi desumibili dalla normativa comunitaria, ed in particolare i principi di equivalenza ed effettività, consentono di applicare ai diritti non pagati ai lavoratori subordinati relativi alla retribuzione, del periodo individuato ai sensi dell'art. 4 della direttiva n. 80/987, un regime prescrizionale meno favorevole rispetto a quello applicato a crediti di analoga natura».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

25 Con la prima questione il giudice a quo domanda, in sostanza, se gli artt. 3 e 4 della direttiva 80/987 debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che consente di qualificare come «prestazioni previdenziali» i crediti insoluti dei lavoratori per il fatto che la loro erogazione è garantita dal Fondo.

26 Al riguardo occorre ricordare, da un lato, che l'art. 3, n. 1, della direttiva 80/987 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino, fatto salvo l'art. 4 della medesima direttiva, il pagamento dei crediti insoluti dei lavoratori subordinati risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una data determinata (sentenza 11 settembre 2003, causa C-201/01, Walcher, Racc. pag. I-8827, punto 31).

27 Dall'altro lato, il fine sociale della direttiva 80/987 consiste nel garantire a tutti i lavoratori subordinati una tutela comunitaria minima in caso di insolvenza del datore di lavoro mediante il pagamento dei crediti non pagati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e vertenti sulla retribuzione relativa ad un periodo determinato (sentenza Barsotti e a., cit., punto 35 e la giurisprudenza ivi citata).

28 Nondimeno, a norma dell'art. 2, n. 2, della direttiva 80/987, compete al diritto nazionale precisare il termine «retribuzione» e definirne il contenuto (sentenza 16 dicembre 2004, causa C-520/03, Olaso Valero, Racc. pag. I-12065, punto 31 e la giurisprudenza ivi citata).

29 Di conseguenza, spetta al diritto nazionale definire la natura giuridica di crediti come quelli su cui verte il procedimento principale.

30 A tale proposito si deve constatare che la direttiva 80/987 non precisa le procedure giurisdizionali e le norme in tema di prescrizione applicabili ai crediti dei lavoratori subordinati in caso di fallimento del datore di lavoro.

31 Ne consegue che la prima questione dev'essere risolta nel senso che gli artt. 3 e 4 della direttiva 80/987 non ostano a una normativa nazionale che consente la qualificazione di «prestazioni previdenziali» per i crediti insoluti dei lavoratori allorché tali crediti sono pagati da un organismo di garanzia.

Sulla seconda questione

32 Con la seconda questione il giudice a quo chiede, in sostanza, se, ai fini dell'applicazione degli artt. 4 e 5 della direttiva 80/987, sia sufficiente che una normativa nazionale utilizzi il credito iniziale del lavoratore subordinato come mero termine di paragone ovvero se tale credito debba essere tutelato dall'intervento del Fondo come qualsiasi altro credito di lavoro.

33 Alla luce della soluzione data alla prima questione, occorre considerare che anche il regime giuridico da applicare ai crediti insoluti dei lavoratori deve essere definito dal diritto nazionale.

34 Ne consegue che il credito retributivo iniziale del lavoratore subordinato può costituire un mero termine di paragone rispetto al quale determinare l'importo della prestazione da garantire con l'intervento del Fondo.

35 La seconda questione deve pertanto essere risolta nel senso che la direttiva 80/987 non osta a una normativa nazionale che utilizzi il credito retributivo iniziale del lavoratore subordinato come mero termine di paragone per determinare la prestazione da garantire con l'intervento del Fondo.

Sulla terza questione

36 Con la terza questione il giudice a quo domanda, in sostanza, se, nell'ipotesi in cui

un lavoratore subordinato richieda ad un fondo di garanzia il pagamento dei crediti retributivi insoluti, la direttiva 80/987 osti all'applicazione di un regime di prescrizione meno favorevole rispetto a quello applicato a crediti di analoga natura.

37 La direttiva 80/987 non contiene alcuna disposizione che stabilisca se gli Stati membri possono prevedere un termine di prescrizione perché un lavoratore subordinato presenti una domanda volta ad ottenere, conformemente alle modalità fissate dalla direttiva medesima, il pagamento da parte del Fondo delle retribuzioni non pagate dal datore di lavoro insolvente.

38 Infatti, gli artt. 4, 5 e 10 della direttiva 80/987, che consentono agli Stati membri non solo di fissare le modalità di organizzazione, di finanziamento e di funzionamento dell'organismo di garanzia, bensì anche di limitare, in talune circostanze, la tutela da essa garantita ai lavoratori, non prevedono né una limitazione nel tempo dei diritti riconosciuti ai lavoratori dalla direttiva stessa né una limitazione della possibilità, per gli Stati membri, di stabilire un termine di prescrizione (v. sentenza 18 settembre 2003, causa C-125/01, Pflücke, Racc. pag. I-9375, punto 31).

39 Ciò considerato, gli Stati membri sono in via di principio liberi di prevedere nei rispettivi ordinamenti disposizioni che fissino un termine di prescrizione per la presentazione da parte di un lavoratore subordinato di una domanda intesa ad ottenere, conformemente alle modalità stabilite dalla direttiva 80/987, il pagamento dei suoi crediti retributivi insoluti, a condizione, tuttavia, che tali disposizioni non siano meno favorevoli di quelle che riguardano domande analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v. sentenza Pflücke, cit., punto 34 e la giurisprudenza ivi citata).

40 A questo punto il giudice a quo considera che occorre verificare se una qualificazione come prestazioni previdenziali dei crediti del lavoratore nei confronti del Fondo, che comporta la non applicazione delle norme sull'interruzione del termine di prescrizione previste per i crediti ammessi al passivo fallimentare, sia o meno contraria ai principi di equivalenza e di effettività.

41 Quanto al principio di equivalenza, si deve subito rilevare che la domanda di pagamento di retribuzioni non pagate del lavoratore subordinato nei confronti del Fondo e quella dello stesso lavoratore nei confronti del datore di lavoro in stato di insolvenza non sono simili. Ciò risulta segnatamente dall'art. 4 della direttiva 80/987, che riconosce agli Stati membri la facoltà di limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia.

42 Di conseguenza, la previsione di regimi prescrizionali differenti non lede il principio di equivalenza.

43 Quanto al principio di effettività, la Corte ha riconosciuto compatibile con il diritto comunitario la fissazione di ragionevoli termini di ricorso a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto, a tutela sia del contribuente sia dell'amministrazione interessata (v. sentenza 17 novembre 1998, causa C-228/96, Aprile, Racc. pag. I-7141, punto 19 e la giurisprudenza ivi citata).

Infatti, termini del genere non sono tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

44 Va rammentato in proposito che, per quanto concerne il pagamento di crediti retributivi che, per loro stessa natura, rivestono una grande importanza per l'interessato, è necessario che la brevità del termine di prescrizione non metta l'interessato stesso nell'impossibilità pratica di rispettare tale termine e quindi di beneficiare della tutela che la direttiva 80/987 intende appunto garantirgli (v. sentenza Pflücke, cit., punto 37).

45 A tale riguardo la Corte ha già dichiarato che il termine di decadenza di un anno per proporre un'azione di risarcimento dei danni derivanti dalla tardiva trasposizione della direttiva 80/987 nell'ordinamento nazionale appare ragionevole (v., in tal senso, sentenza 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 29).

46 Tuttavia, dal punto 39 della motivazione della sentenza 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks & Spencer (Racc. pag. I-6325), risulta parimenti che un termine di prescrizione, per adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto, dev'essere stabilito in anticipo. Una situazione caratterizzata da un'incertezza normativa considerevole può costituire una violazione del principio di effettività, poiché il risarcimento dei danni causati ai cittadini da violazioni del diritto comunitario imputabili ad uno Stato membro potrebbe essere reso eccessivamente gravoso nella pratica se detti soggetti non potessero determinare il termine di prescrizione applicabile con un ragionevole grado di certezza (sentenza 24 marzo 2009, causa C-445/06, Danske Slagterier, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 33 e la giurisprudenza ivi citata).

47 Nella causa principale occorre rilevare che, secondo il giudice del rinvio, da un lato, il D.Lgs. n. 80/92 stabilisce in un anno il termine di prescrizione, ma non determina il dies a quo.

48 Dall'altro lato, il medesimo giudice osserva che la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione ha, in un primo tempo, qualificato come retributiva la natura delle prestazioni erogate dal Fondo, natura identica alle retribuzioni versate dal datore di lavoro, con la conseguenza che a tali prestazioni si applicavano i termini di prescrizione nonché il regime di sospensione in essere nella procedura concorsuale. In un secondo momento, però, la citata Corte suprema si è orientata nel senso che l'obbligazione del Fondo ha ad oggetto una prestazione previdenziale, indipendente dall'obbligazione retributiva del datore di lavoro, con la conseguenza, in particolare, che non troverebbero applicazione le suddette regole sulla sospensione dei termini di prescrizione.

49 Queste due constatazioni sono atte a creare un'incertezza giuridica che può costituire una violazione del principio di effettività ove risulti, cosa che spetta al giudice nazionale verificare, che proprio tale incertezza può spiegare la tardività dell'azione del sig. Visciano.

50 Alla luce delle considerazioni che precedono occorre, pertanto, risolvere la

terza questione dichiarando che, nell'ambito di una domanda di un lavoratore subordinato intesa ad ottenere da un fondo di garanzia il pagamento di crediti retributivi insoluti, la direttiva 80/987 non osta all'applicazione di un termine di prescrizione di un anno (principio d'equivalenza). Spetta, tuttavia, al giudice nazionale accertare se, per come è strutturato, tale termine non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

Sulle spese

51 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

1) **Gli artt. 3 e 4 della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, non ostano a una normativa nazionale che consente la qualificazione di «prestazioni previdenziali» per i crediti insoluti dei lavoratori allorché tali crediti sono pagati da un organismo di garanzia.**
2) **La direttiva 80/987 non osta a una normativa nazionale che utilizzi il credito retributivo iniziale del lavoratore subordinato come mero termine di paragone per determinare la prestazione da garantire con l'intervento di un fondo di garanzia.**
3) **Nell'ambito di una domanda di un lavoratore subordinato intesa ad ottenere da un fondo di garanzia il pagamento di crediti retributivi insoluti, la direttiva 80/987 non osta all'applicazione di un termine di prescrizione di un anno (principio d'equivalenza). Spetta, tuttavia, al giudice nazionale accertare se, per come è strutturato, tale termine non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).**

Trasferimento d'impresa – Mantenimento dei diritti dei lavoratori – Legislazione nazionale che prevede la disapplicazione ai trasferimenti d'imprese in "stato di crisi" – Direttiva 2001/23/CE – Inadempimento di uno Stato

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 11 giugno 2009 nel procedimento C-561/07, avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto 18 dicembre 2007 dalla Commissione delle Comunità europee contro la Repubblica italiana.

(Omissis)

Sentenza

1 Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, mantenendo in vigore le disposizioni dell'art. 47, commi 5 e 6, della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (Supplemento ordinario alla GURI n. 10 del 12 gennaio 1991; in prosieguo: la «legge n. 428/1990») in caso di «crisi aziendale» ai sensi dell'art. 2, quinto comma, lett. c), della legge 12 agosto 1977, n. 675 (GURI n. 243 del 7 settembre 1977; in prosieguo: la «legge n. 675/1977»), in modo tale che i diritti riconosciuti ai lavoratori dagli artt. 3 e 4 della direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti (GU L 82, pag. 16), non sono garantiti nel caso di trasferimento di un'azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva.

Contesto normativo

Il diritto comunitario

2 L'art. 3 della direttiva 2001/23 dispone quanto segue:

«1. I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario.

Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento.

2.Gli Stati membri possono adottare i provvedimenti necessari per garantire che il cedente notifichi al cessionario tutti i diritti e gli obblighi che saranno trasferiti al cessionario a norma del presente articolo, nella misura in cui tali diritti e obblighi siano o avessero dovuto essere noti al cedente al momento del trasferimento. (…)

3.Dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro con-

venute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo.

Gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro, purché esso non sia inferiore ad un anno.

4. a) A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, i paragrafi 1 e 3 non si applicano ai diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, di invalidità o per i superstiti dei regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali, esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli Stati membri.

   b) Anche quando essi non prevedono, a norma della lettera a), che i paragrafi 1 e 3 si applichino a tali diritti, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per tutelare gli interessi dei lavoratori e di coloro che hanno già lasciato lo stabilimento del cedente al momento del trasferimento per quanto riguarda i diritti da essi maturati o in corso di maturazione, a prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, dei regimi complementari di cui alla lettera a) del presente paragrafo».

3 Ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2001/23:

«1. Il trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di impresa o di stabilimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario. Tale dispositivo non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione.

(…)».

4 In conformità all'art. 5 della direttiva 2001/23:

«1. A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, gli articoli 3 e 4 non si applicano ad alcun trasferimento di imprese, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da un'autorità pubblica competente).

2. Quando gli articoli 3 e 4 si applicano ad un trasferimento nel corso di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente (indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso) e a condizione che tali procedure siano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere un curatore fallimentare determinato dal diritto nazionale), uno Stato membro può disporre che:

   a) nonostante l'articolo 3, paragrafo 1, gli obblighi del cedente risultanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro e pagabili prima del trasferimento o prima dell'apertura della procedura di insolvenza non siano trasferiti al cessionario, a condizione che tali procedure diano adito, in virtù della legislazione dello Stato membro, ad una protezione almeno equivalente a

quella prevista nelle situazioni contemplate dalla direttiva 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro [(GU L 283, pag. 23), come modificata dall'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (GU 1994, C 241, pag. 21, e GU 1995, L 1, pag. 1)]; e/o

b) il cessionario, il cedente o la persona o le persone che esercitano le funzioni del cedente, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire, nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano, modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti.

3. Uno Stato membro ha facoltà di applicare il paragrafo 2, lettera b), a trasferimenti in cui il cedente sia in una situazione di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale, purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni fossero già vigenti nel diritto nazionale il 17 luglio 1998.

(…)».

La legislazione nazionale

5 L'art. 47 della legge n. 428/1990 stabilisce, ai commi 5 e 6, quanto segue:

«5. Qualora il trasferimento riguardi aziende o unità produttive delle quali il CIPI [comitato interministeriale per il coordinamento della politica industriale] abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'art. 2, quinto comma, lett. c), della legge 12 agosto 1977, n. 675 (…) ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante.

6. I lavoratori che non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall'acquirente, dall'affittuario o dal subentrante in un momento successivo al trasferimento d'azienda, non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile».

6 In conformità alla legge n. 675/1977, l'accertamento dello stato di crisi aziendale ai sensi dell'art. 2, quinto comma, lett. c), di tale legge consente all'impresa di beneficiare temporaneamente della presa a carico, ad opera della Cassa integrazione guadagni straordinaria (in prosieguo: la «CIGS»), della retribuzione di tutti o di parte dei suoi dipendenti.

7 L'art. 2112 del codice civile, come modificato dal decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18 (GURI n. 43 del 21 febbraio 2001; in prosieguo: il «codice civile»), prevede quanto segue:

«1. In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

2. Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. (…)

3. Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

4. Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. (…)

(…)».

Fase precontenziosa del procedimento

8 Con lettera di diffida del 10 aprile 2006 la Commissione richiamava l'attenzione delle autorità italiane sul fatto che l'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990 può costituire una violazione della direttiva 2001/23 in quanto i lavoratori dell'impresa ammessi al regime della CIGS trasferiti all'acquirente non beneficiano dei diritti tutelati dall'art. 2112 del codice civile, fatte salve le eventuali garanzie previste da un accordo sindacale.

9 Con lettera dell'8 agosto 2006 la Repubblica italiana contestava di essere stata inadempiente ai propri obblighi sostenendo la conformità dell'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990 alla direttiva 2001/23.

10 La Commissione, con lettera del 23 marzo 2007, inviava alla Repubblica italiana un parere motivato ove concludeva che tale Stato membro non aveva ottemperato agli obblighi derivanti dalla direttiva 2001/23 e lo invitava ad assumere i provvedimenti necessari per conformarsi a tale parere entro un termine di due mesi a partire dal ricevimento dello stesso. La Repubblica italiana rispondeva a tale parere con lettera del 29 maggio 2007 ribadendo, in sostanza, i propri precedenti argomenti.

11 Ciò premesso, la Commissione decideva di proporre il ricorso in esame.

Sul ricorso

12 Si deve preliminarmente rilevare che, nel suo ricorso, la Commissione sostiene che l'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990 non è conforme alla direttiva 2001/23, laddove non garantisce ai lavoratori l'applicazione dell'art. 2112 del codice civile, il quale traspone le garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 in caso di trasferimento di un'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi.

13 A seguito di talune precisazioni fornite dalla Repubblica italiana e di un quesito

posto dalla Corte, la Commissione ha rinunciato, nella sua replica e all'udienza, alla censura basata sulla difformità del citato art. 47, commi 5 e 6, rispetto all'art. 3, nn. 1, secondo comma, e 2, della direttiva 2001/23.

Argomenti delle parti

14 La Commissione afferma che, escludendo l'applicazione dell'art. 2112 del codice civile al trasferimento di un'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi, i lavoratori la cui impresa è oggetto di un trasferimento perdono il diritto al riconoscimento della loro anzianità, del loro trattamento economico e delle loro qualifiche professionali, nonché il diritto a prestazioni di vecchiaia derivanti dal regime di sicurezza sociale legale di cui all'art. 3, n. 1, prima frase, della direttiva 2001/23. Essi perderebbero altresì il beneficio del mantenimento, per un periodo minimo di un anno, delle condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo, come previsto dall'art. 3, n. 3, di tale direttiva.

15 La Commissione rileva che l'art. 3, n. 4, della direttiva 2001/23 consente di non applicare i nn. 1 e 3 di tale articolo alle prestazioni di vecchiaia, di invalidità o per i superstiti concesse al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale, ma che, in tal caso, gli Stati membri devono adottare i provvedimenti necessari per tutelare gli interessi dei lavoratori. Orbene, ciò non avverrebbe nel caso della legislazione italiana in questione.

16 L'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990 non sarebbe neppure conforme all'art. 4 della direttiva 2001/23, dal momento che tale disposizione, pur vietando il licenziamento giustificato dal solo motivo del trasferimento, non pregiudica i licenziamenti giustificati da motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione. Così, la Commissione rileva che il fatto che un'impresa sia dichiarata in stato di crisi non implicherebbe automaticamente e sistematicamente variazioni sul piano dell'occupazione ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2001/23. Inoltre, la dichiarazione di crisi aziendale coinvolgerebbe unicamente il cedente, mentre gli obblighi che discendono dall'art. 4 della direttiva 2001/23 si applicherebbero anche al cessionario.

17 Secondo la Commissione, il trasferimento di un'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi non rappresenta un trasferimento d'impresa che è oggetto di una procedura aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente e che si trova sotto il controllo di un'autorità pubblica competente. Orbene, quest'ultima ipotesi sarebbe l'unica prevista dalla direttiva 200l/23 al suo art. 5, n. l, il quale consente di non applicare gli artt. 3 e 4 di quest'ultima.

18 Neppure l'art. 5, n. 2, della direttiva 2001/23 sarebbe applicabile alla procedura volta a constatare lo stato di crisi in quanto, per un verso, il presupposto da cui muove tale disposizione sarebbe l'applicazione degli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 e in quanto, per altro verso, il citato art. 5, n. 2, sarebbe applicabile solamente nell'ipotesi di un trasferimento d'impresa realizzato nel corso di una procedura di insolvenza, procedura a cui non potrebbe assimilarsi quella in esame, tenuto conto di quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza 7 dicembre 1995, causa C-472/93, Spano e a. (Racc. pag. I-4321).

19 Del pari, non potrebbe neppure applicarsi l'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23, che consente l'applicazione del n. 2, lett. b), dello stesso art. 5 in caso di trasferimento in una situazione di grave crisi economica, dal momento che l'art. 5, n. 2, lett. b), della direttiva 2001/23 abilita gli Stati membri unicamente a consentire all'alienante e ai rappresentanti dei lavoratori di modificare di comune accordo le condizioni di lavoro in talune circostanze e non consentirebbe loro quindi di escludere, come previsto dall'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/90, l'applicazione degli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23.

20 La Repubblica italiana nega l'inadempimento contestatole sostenendo, in primo luogo, che, laddove la direttiva 2001/23 prevede una garanzia facoltativa, non le si può addebitare di non applicare l'art. 2112 del codice civile. Ciò si verificherebbe, ad esempio, per quanto riguarda le prestazioni di vecchiaia, di invalidità o per i superstiti concesse in base ai regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali il cui trasferimento è escluso dall'art. 3, n. 4, lett. a), della direttiva 2001/23, e ciò salvo che gli Stati membri non dispongano diversamente.

21 In secondo luogo, tale Stato membro sostiene che, laddove la direttiva 2001/23 prevede garanzie obbligatorie, vale a dire quelle di cui al suo art. 3, nn. 1, primo comma, e 3, nonché al suo art. 4, essa prevede altresì espressamente la possibilità di derogarvi in ragione di circostanze specifiche.

22 Per quanto concerne la garanzia prevista all'art. 4 della direttiva 2001/23, la Repubblica italiana rileva che la procedura volta all'accertamento dello stato di crisi riguarda sempre specifici casi di crisi aziendale che presentino particolare rilevanza sociale, in relazione alla situazione occupazionale locale e alla situazione produttiva nel settore economico di riferimento, casi che costituirebbero circostanze giustificative del licenziamento.

23 L'art. 5, nn. 2 e 3, della direttiva 2001/23 rappresenterebbe una deroga alle garanzie previste dall'art. 3, nn. 1 e 3, di tale direttiva, applicabile in una situazione di crisi aziendale quale quella prevista dalla legge n. 675/77, dal momento che l'accertamento della crisi aziendale ai sensi di tale legge presuppone lo stato d'insolvenza dell'impresa.

24 Infatti, l'art. 5, n. 2, lett. a), della direttiva 2001/23, che ha ad oggetto una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente, «indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso», si applicherebbe alla procedura di accertamento dello stato di crisi. In un'ipotesi siffatta, ancorché trovino applicazione gli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23, la suddetta disposizione prevedrebbe una sostanziale deroga consentendo, nonostante le disposizioni dell'art. 3, n. 1, della direttiva 2001/23, di non trasferire al cessionario gli obblighi del cedente nei confronti dei lavoratori, a condizione che tale procedura dia adito ad una protezione almeno equivalente a quella prevista per le situazioni contemplate nella direttiva 80/987, come modificata dall'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adatta-

menti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea. Il meccanismo della CIGS avrebbe una durata più estesa e, in conformità all'art. 47, sesto comma, della legge n. 428/1990, sarebbe finalizzato all'assunzione del personale in esubero da parte del cessionario con priorità rispetto alle eventuali altre assunzioni che quest'ultimo intendesse effettuare entro un anno dal trasferimento d'azienda.

25 Del pari, l'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23, che, mediante un rinvio al n. 2, lett. b) del citato art. 5, consentirebbe di apportare modifiche alle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa in caso di grave crisi economica, rappresenterebbe una specifica deroga alla garanzia di cui all'art. 3, n. 3, della direttiva 2001/23, che prevede il mantenimento, almeno per un anno, delle condizioni di lavoro. L'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/90 contemplerebbe una procedura compatibile, sotto tutti i punti di vista, con quella richiesta per l'applicazione della deroga di cui all'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23. La situazione di grave crisi economica, infatti, sarebbe dichiarata da un'autorità pubblica, sarebbe prevista l'esigenza di salvaguardia delle opportunità occupazionali, sarebbe necessario un accordo tra cessionario, cedente e rappresentanti dei lavoratori e sussisterebbe l'apertura al controllo giudiziario in quanto, nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura prevista per quanto concerne in particolare la conclusione dell'accordo, le parti sono legittimate a ricorrere all'autorità giudiziaria competente.

26 La Repubblica italiana sostiene, infine, che un'interpretazione della direttiva 2001/23 che si risolva nell'impedire che i lavoratori in soprannumero dell'impresa restino alle dipendenze del cedente potrebbe risultare meno favorevole ai lavoratori medesimi, sia perché il potenziale cessionario potrebbe essere dissuaso dall'acquistare l'impresa dalla prospettiva di dover mantenere in servizio il personale eccedente dell'impresa trasferita, sia perché il personale verrebbe licenziato e perderebbe quindi i vantaggi che avrebbe eventualmente potuto trarre dalla continuazione del rapporto di lavoro con il cedente.

Giudizio della Corte

27 Si deve anzitutto rilevare che la Repubblica italiana non contesta il fatto che l'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990, escludendo l'applicazione dell'art. 2112 del codice civile, priva i lavoratori trasferiti ammessi al regime della CIGS, in caso di accertamento dello stato di crisi dell'impresa, delle garanzie su cui verte il presente ricorso. Tale Stato membro sostiene tuttavia che tale esclusione è conforme alla direttiva 2001/23 in quanto, in primo luogo, tale direttiva prevedrebbe, al suo art. 3, n. 4, una garanzia facoltativa e in quanto, in secondo luogo, essa consentirebbe espressamente di derogare alle garanzie obbligatorie di cui al suo art. 3, nn. 1, primo comma, e 3, nonché al suo art. 4.

28 Occorre di conseguenza verificare, in primo luogo, se l'art. 3, n. 4, della direttiva 2001/23 introduca una garanzia facoltativa, la cui esclusione sia giustificata dall'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990.

29 A tal proposito, si deve rilevare che l'art. 3, n. 4, della direttiva 2001/23 prevede

un'eccezione all'applicazione dei nn. 1 e 3 del medesimo art. 3, che impongono al cessionario di mantenere i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente dal contratto di lavoro o dal rapporto di lavoro, nonché le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo, fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo, per un periodo minimo di un anno.

30 Tale eccezione riguarda i diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, di invalidità o per i superstiti dei regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali, esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale. Inoltre, in considerazione dell'obiettivo generale di tutela dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese perseguito dalla citata direttiva, tale eccezione deve essere interpretata restrittivamente (v., per analogia, sentenza 4 giugno 2002, causa C-164/00, Beckmann, Racc. pag. I-4893, punto 29).

31 Si deve inoltre rilevare che, ai sensi dell'art. 3, n. 4, lett. b), della direttiva 2001/23, gli Stati membri, anche qualora applichino tale eccezione, sono tenuti ad adottare i provvedimenti necessari per tutelare gli interessi dei lavoratori per quanto riguarda i diritti da essi maturati o in corso di maturazione a prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, dei regimi complementari di cui alla lett. a) della medesima disposizione.

32 Ne discende che, anche ammesso che l'obbligo di trasferimento delle prestazioni di vecchiaia, di invalidità o per i superstiti dei regimi complementari risultante dall'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990 sia conforme all'art. 3, n. 4, lett. a), della direttiva 2001/23, si deve tuttavia rilevare che l'argomento della Repubblica italiana, inteso a sostenere che l'esclusione, in caso di crisi dell'impresa, dell'applicazione ai lavoratori trasferiti dell'art. 2112 del codice civile sarebbe conforme all'art. 3, n. 4, della direttiva 2001/23, si fonda su una lettura erronea ed incompleta di detto art. 3, n 4. Infatti, per un verso, solo le prestazioni concesse al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale tassativamente elencate dall'art. 3, n. 4, lett. a), della direttiva 2001/23 possono essere sottratte all'obbligo di trasferimento dei diritti dei lavoratori. Per altro verso, tale esclusione di un obbligo di trasferimento deve essere accompagnata dall'adozione, da parte dello Stato membro, dei provvedimenti necessari per tutelare gli interessi dei lavoratori in conformità all'art. 3, n. 4, lett. b), della citata direttiva con riferimento ai loro diritti a prestazioni di vecchiaia dei regimi complementari di cui alla lett. a) del citato art. 3, n. 4, ciò che la Repubblica italiana non dimostra in alcun modo.

33 Di conseguenza, non possono essere accolti gli argomenti della Repubblica italiana intesi a sostenere che l'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990 è conforme all'art. 3, n. 4, della direttiva 2001/23.

34 In secondo luogo, si deve verificare se la mancata applicazione, ad opera dell'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990, dell'art. 3, nn. 1 e 3, nonché dell'art. 4 della direttiva 2001/23 sia conforme alle disposizioni della direttiva stessa, in quanto quest'ultima prevedrebbe espressamente deroghe alle garanzie obbligatorie ivi previste.

35 Per quanto concerne, anzitutto, l'argomento della Repubblica italiana secondo cui le ragioni che giustificano il licenziamento in caso di trasferimento indicate dall'art. 4, n. 1, della direttiva 2001/23 risultano soddisfatte in casi specifici di crisi aziendale ai sensi dell'art. 2, quinto comma, lett. c), della legge n. 675/1977, si deve rammentare che l'art. 4, n. 1, della direttiva 2001/23 garantisce la tutela dei diritti dei lavoratori contro un licenziamento giustificato esclusivamente dal trasferimento, sia nei confronti del cedente sia nei confronti del cessionario, pur non pregiudicando i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportino variazioni sul piano dell'occupazione.

36 Orbene, si deve necessariamente rilevare che il fatto che un'impresa sia dichiarata in situazione di crisi ai sensi della legge n. 675/1977 non può implicare necessariamente e sistematicamente variazioni sul piano dell'occupazione ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva 2001/23. Inoltre, deve rilevarsi che le ragioni giustificative del licenziamento possono trovare applicazione, conformemente alle disposizioni italiane di cui trattasi, solamente in casi specifici di crisi aziendale, come ammesso dalla stessa Repubblica italiana. Pertanto, la procedura di accertamento dello stato di crisi aziendale non può necessariamente e sistematicamente rappresentare un motivo economico, tecnico o d'organizzazione che comporti variazioni sul piano dell'occupazione ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva 2001/23.

37 Per quanto riguarda, inoltre, l'argomento della Repubblica italiana in merito alla pretesa applicabilità della deroga prevista dall'art. 5, n. 2, lett. a), della direttiva 2001/23 alla procedura di accertamento dello stato di crisi, come prevista dall'art. 47, sesto comma, della legge n. 428/1990, emerge dal tenore letterale di tale prima disposizione che gli Stati membri, quando gli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 si applicano ad un trasferimento nel corso di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente e a condizione che tale procedura sia sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, possono disporre che, nonostante l'art. 3, n. 1, di tale direttiva, taluni obblighi del cedente non siano trasferiti alle condizioni stabilite alla lett. a) del medesimo art. 5, n. 2.

38 L'art. 5, n. 2, lett. a), della direttiva 2001/23 consente quindi agli Stati membri, a determinate condizioni, di non applicare talune garanzie di cui agli artt. 3 e 4 della direttiva stessa a un trasferimento di impresa laddove sia aperta una procedura di insolvenza e laddove questa si trovi sotto il controllo di un'autorità pubblica competente. Orbene, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale vertente sulla questione se la direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (GU L 61, pag. 26), che precedeva la direttiva 2001/23, fosse applicabile al trasferimento di un'impresa oggetto della procedura di accertamento dello stato di crisi, la Corte ha stabilito che tale procedura mira a favorire la prosecuzione dell'attività dell'impresa nella pro-

spettiva di una futura ripresa, non implica alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa e non prevede nessuna sospensione dei pagamenti (sentenza Spano e a., cit., punti 28 e 29). Si deve inoltre rilevare che il CIPI si limita a dichiarare lo stato di crisi di un'impresa e che tale dichiarazione consente all'impresa di cui trattasi di beneficiare temporaneamente del fatto che la CIGS si faccia carico della retribuzione di tutti o di parte dei suoi dipendenti.

39 Ne discende che, alla luce di tali elementi, non può ritenersi che la procedura di accertamento dello stato di crisi aziendale sia tesa ad un fine analogo a quello perseguito nell'ambito di una procedura di insolvenza quale quella di cui all'art. 5, n. 2, lett. a), della direttiva 2001/23, né che essa si trovi sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, come previsto dal medesimo articolo.

40 Di conseguenza, i presupposti d'applicazione dell'art. 5, n. 2, lett. a), della direttiva 2001/23 non ricorrono nella procedura su cui verte l'inadempimento in esame e gli argomenti formulati in tal senso dalla Repubblica italiana non possono, pertanto, essere accolti.

41 Oltretutto, anche ammesso che l'art. 5, n. 2, lett. a), della direttiva 2001/23 sia applicabile alla procedura di accertamento dello stato di crisi, come sostenuto dalla Repubblica italiana, è pur vero che il presupposto fondamentale di tale disposizione è l'applicazione degli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23. Orbene, l'art. 47, sesto comma, della legge n. 428/1990 prevede, al contrario, la loro esclusione.

42 Tale interpretazione è peraltro avvalorata da una lettura sistematica del citato art. 5 della direttiva 2001/23. Infatti, quando il legislatore comunitario ha voluto escludere l'applicazione degli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23, lo ha espressamente previsto, come emerge dalla lettera stessa dell'art. 5, n. 1, della direttiva citata, secondo cui tali artt. 3 e 4 non si applicano al trasferimento di un'impresa che sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni, a meno che gli Stati membri dispongano diversamente.

43 Per quanto concerne, infine, l'argomento della Repubblica italiana basato sull'asserita conformità dell'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990 con l'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23, si deve rilevare che tale disposizione consente agli Stati membri di prevedere che le condizioni di lavoro possano essere modificate, in conformità al n. 2, lett. b), di questa stessa disposizione, in caso di trasferimento di impresa qualora il cedente sia in una situazione di grave crisi economica, purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario.

44 Ne consegue che, ammesso che la situazione dell'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi possa essere considerata come costituente una situazione di grave crisi economica, l'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 autorizza gli Stati membri a prevedere che le condizioni di lavoro possano essere modificate per salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza

dell'impresa, senza tuttavia privare i lavoratori dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23.

45 Orbene, è pacifico che l'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990 priva puramente e semplicemente i lavoratori, in caso di trasferimento di un'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi, delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 e non si limita, di conseguenza, ad una modifica delle condizioni di lavoro quale è autorizzata dall'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23.

46 Contrariamente a quanto sostenuto dalla Repubblica italiana, la modifica delle condizioni di lavoro ai sensi dell'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 non può rappresentare una deroga specifica alla garanzia prevista dall'art. 3, n. 3, della direttiva stessa, che garantisce il mantenimento delle condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo per un periodo non inferiore ad un anno dopo il trasferimento. Infatti, poiché le norme della direttiva 2001/23 vanno ritenute imperative nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori, i diritti e gli obblighi in capo al cedente risultanti da un contratto collettivo in essere alla data del trasferimento si trasmettono ipso iure al cessionario per il solo fatto del trasferimento (v. sentenza 9 marzo 2006, causa C-499/04, Werhof, Racc. pag. I-2397, punti 26 e 27). Ne discende che la modifica delle condizioni di lavoro autorizzata dall'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo.

47 Inoltre, l'applicazione dell'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 è subordinata alla possibilità del controllo giudiziario della procedura in questione. La Repubblica italiana ha precisato in proposito che le parti hanno il diritto di adire l'autorità giudiziaria competente nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura prevista. Tale diritto non può essere considerato come costitutivo del controllo giudiziario previsto dall'articolo citato, dal momento che quest'ultimo presuppone un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente.

48 Peraltro, con riferimento all'argomento della Repubblica italiana secondo cui l'interpretazione della direttiva 2001/23 nel senso di impedire ai lavoratori in soprannumero dell'impresa di restare alle dipendenze del cedente potrebbe risultare meno favorevole ai lavoratori medesimi, si deve necessariamente rammentare che la Corte ha dichiarato, a tal proposito, che non si può ritenere che una disposizione quale l'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990, che ha l'effetto di privare i lavoratori di un'impresa delle garanzie loro offerte dalla direttiva 2001/23, costituisca una disposizione più favorevole per i lavoratori ai sensi dell'art. 8 della direttiva stessa (sentenza Spano e a., cit., punto 33).

49 Ne discende che non può essere accolto l'argomento della Repubblica italiana secondo cui l'esclusione, ad opera dell'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990, delle garanzie previste dall'art. 3, nn. 1 e 3, nonché dall'art. 4 della direttiva 2001/23 sarebbe conforme a quest'ultima.

50 Alla luce delle precedenti considerazioni, il ricorso della Commissione deve essere considerato fondato.

51 Si deve di conseguenza rilevare che, mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990, in caso di «crisi aziendale» a norma dell'art. 2, quinto comma, lett. c), della legge n. 675/1977, in modo tale che i diritti riconosciuti ai lavoratori dall'art. 3, nn. 1, 3 e 4, nonché dall'art. 4 della direttiva 2001/23 non sono garantiti nel caso di trasferimento di un'azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva.

Sulle spese

52 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica italiana, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

1) Mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, commi 5 e 6, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, in caso di «crisi aziendale» a norma dell'art. 2, quinto comma, lett. c), della legge 12 agosto 1977, n. 675, in modo tale che i diritti riconosciuti ai lavoratori dall'art. 3, nn. 1, 3 e 4, nonché dall'art. 4 della direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, non sono garantiti nel caso di trasferimento di un'azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

ISSN 1593-5914