INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Direttore: MAURO NORI

Direttore Responsabile: MARCO BARBIERI

Comitato Scientifico: MAURIZIO CINELLI - MICHELE DE LUCA
ALESSANDRO GARILLI - STEFANO GIUBBONI - ROBERTO PESSI - PASQUALE SANDULLI
FILIPPO SATTA - ANTONIO VALLEBONA

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

In questo numero:

- Corte Cost., 6 novembre 2009, ordinanza n. 285 1038

Invalidi civili - Indennità di frequenza e di accompagnamento - Straniero - Titolarità della carta di soggiorno - Denunciata violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali - Successiva declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata e sopravvenuta entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei disabili - Necessità di una nuova valutazione della rilevanza della questione nel giudizio *a quo* - Restituzione degli atti al giudice rimettente.

- Corte Cass., SS. UU., 20 ottobre 2009, sentenza n. 22154 1046

Pensioni - Fondo volo - Liquidazione in capitale di quota della pensione - Domande presentate anteriormente al 1 luglio 1997 - Coefficienti di calcolo - Individuazione - Applicabilità dei coefficienti previsti per la determinazione della riserva matematica ai sensi della legge n. 1338 del 1962 - Esclusione.

- Trib. Milano, 2 marzo 2009, sentenza n. 894 1002

Lavoro (rapporto di) - Collaborazioni a progetto - Dubbi ermeneutici - *Ratio legis* - Finalità antifrodatoria - Progetto - Elemento formale e specificamente descrittivo (fattispecie in tema di addetti a *call center*).
Lavoro (rapporto di) - Collaborazioni a progetto - Mancata produzione giudiziale dei progetti - Carenza dell'elemento formale - Conversione sanzionatoria in rapporti di lavoro subordinato.

- Cons. di Stato, Sez. VI, 7 dicembre 2009, sentenza n. 7678 1163

Procedimento amministrativo - Accesso agli atti - Dichiarazioni rese in sede ispettiva dai dipendenti del richiedente - Diniego - Legittimità.

INPS ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

4

OTTOBRE-NOVEMBRE-DICEMBRE 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
FRANCESCA TILGHER

Redazione, Amministrazione e Segreteria:
Via della Frezza, 17 - 00186 ROMA
Tel. 065905-6340-6348-6484-6741
Fax 065905-6315
E-mail: informazione.previdenziale@inps.it

4

OTTOBRE-NOVEMBRE-DICEMBRE 2009

PRIMAPRINT - Viterbo - Via dell'Industria, 71

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

SOMMARIO N. 4/2009

INDICI		pag.	V
DOTTRINA			
AMENDOLA F.	«Questioni processuali nei giudizi di opposizione alla riscossione coattiva per contributi previdenziali».	»	897
CIMMINO A.	«Le tecniche di aggregazione della posizione assicurativa, ed in particolare la totalizzazione, nell'*iter* evolutivo comunitario e nazionale. Note per un dibattito».	»	922
DENARO G.	«La prescrizione del credito ingiunto nel rito monitorio».	»	935
ROSSI A.	«La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro».	»	977
NARDECCHIA G.B.	«Il trattamento dei creditori nel concordato preventivo».	»	990
NOTE A SENTENZA			
CATALDI M.	«Prime riflessioni giurisprudenziali sul contratto a progetto».	»	1014
MARINELLI M.	«Preavviso non lavorato ed indennità di disoccupazione».	»	1027

GIURISPRUDENZA		
CORTE COSTITUZIONALE	»	1038
CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Unite Civili	»	1044
CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Civili	»	1055
CORTE D'APPELLO – Sezioni Civili	»	1102
TRIBUNALI – Sezioni Civili	»	1134
CONSIGLIO DI STATO	»	1163
TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI	»	1166

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

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

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

INDICE DELLE SENTENZE N. 4/2009

GIURISDIZIONE	*NUMERO DECISIONE*	*DATA*	*PAG.*
CORTE COSTITUZIONALE			
	285/09	06.11.2009	1038
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Unite Civili)	26813/09	19.12.2009	1044
	22154/09	20.10.2009	1046
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Civili)			
	28291/09	31.12.2009	1055
	27764/09	30.12.2009	1058
	27757/09	30.12.2009	1060
	26992/09	22.12.2009	1066
	25747/09	09.12.2009	1073
	25309/09	01.12.2009	1076
	24634/09	23.11.2009	1080
	23599/09	06.11.2009	1087
	23142/09	02.11.2009	1089
	22110/09	19.10.2009	1095
	21299/09	06.10.2009	1099
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Brescia	318/09	22.08.2009	1102
Brescia	196/09	17.12.2009	1104
Brescia	132/09	27.06.2009	1107
Milano	624/09	17.07.2009	1112
Milano	504/09	23.06.2009	1117
Torino	1104/09	02.12.2009	1119
Venezia	645/09	08.02.2010	1129
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Bolzano	224/09	30.09.2009	1134
Brescia	723/09	31.07.2009	1143
Milano	894/09	02.03.2009	1002
Milano	1237/08	20.03.2009	1145
Ravenna	622/09	08.01.2010	1151
Roma	14904/09	07.10.2009	1152
Torre Annunziata	ordinanza	18.01.2010	1158

GIURISDIZIONE	*NUMERO DECISIONE*	*DATA*	*PAG.*
CONSIGLIO DI STATO			
	7678/09	07.12.2009	1163
T.A.R.			
Lazio	12542/09	04.12.2009	1166
Veneto	3668/09	22.12.2009	1175

INDICE ANALITICO N. 4/2009

ASSICURAZIONE CONTRO LA DISOCCUPAZIONE

Assicurazione contro la disoccupazione - Indennità di mobilità - Estensione alle imprese commerciali aventi determinati requisiti occupazionali - Riferimento temporale per verificare la titolarità del requisito - Media del semestre precedente all'apertura della procedura - Rilevanza.(pag. 1058)

CONTRIBUTI

Contributi - Affitto di ramo d'azienda - Agevolazioni contributive per assunzione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità - Non spettano. (pag. 1112)

Contributi - Amministratore societario - Difetto di partecipazione a consigli d'amministrazione - Simulazione carica societaria - Lavoro subordinato - Sussistenza. (pag. 1112)

Contributi - Appalto illecito di manodopera - Versamenti contributivi da parte della cooperativa appaltatrice - Valenza satisfattiva. (pag. 1117)

Contributi – Impresa laterizia – Autisti - Lavoro oltre le 40 ore settimanali - Lavoro discontinuo o mobile - Esclusione. (pag. 1134)

Contributi - Recupero di aiuti di Stato illegittimi consistiti negli sgravi contributivi accordati dalla legislazione italiana ai contratti di formazione e lavoro in violazione dell'art. 87 Trattato UE - Prescrizione - Indebito oggettivo - Prescrizione decennale. (pag. 1119)

Contributi - Sgravi contributivi illegittimi - Onere della prova - Regola del de minimis. (pag. 1119)

Contributi - Sgravi contributivi illegittimi accordati dalla legislazione italiana - Circostanze eccezionali - Tutela dell'affidamento – Esclusione. (pag. 1119)

Contributi assicurativi - Classificazione dei datori di lavoro - Effetti dei provvedimenti di variazione dell'INPS ex art. 3, comma ottavo, della legge n. 335 del 1995 - Applicabilità a tutti i provvedimenti INPS, incluse le fattispecie anteriori all'art. 49 della legge n. 88 del 1989 - Limiti - Giudicato riguardante un diverso inquadramento. (pag. 1060)

Contributi assicurativi - Classificazione delle imprese per settori produttivi a fini previdenziali e assistenziali - Quadro normativo precedente all'entrata in vigore della legge n. 88 del 1989 - Attività industriale dell'impresa - Riconoscimento ai fini degli sgravi - Efficacia di giudicato nel successivo giudizio riguardante la determinazione dei contributi - Configurabilità - Fondamento. (pag. 1060)

Contributi assicurativi - Classificazione delle imprese precedente all'entrata in vigore della legge n. 88 del 1989 - Rilevanza dell'attività effettivamente svolta dall'impresa - Sussistenza - Rilevanza dei decreti ministeriali di "aggregazione" e degli atti di inquadramento emanati dall'INPS - Esclusione - Fattispecie in tema di inquadramento delle case di cura. (pag. 1060)

Contributi assicurativi - Sanzioni civili - Art. 4 del d.l. n. 536 del 1987, convertito, con modificazioni, nella legge n. 48 del 1989 - Graduazione delle sanzioni - Fattispecie concernente evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero. (pag. 1066)

Contributi assicurativi - Sgravi - Condono previdenziale - Domanda presentata ai sensi della legge n. 63 del 1993 - Successivo più favorevole intervento di sanatoria ai sensi dell'art. 1, comma 193 e seguenti, della legge n. 662 del 1996 - Applicabilità al condono precedente - Condizioni - Domanda dell'interessato - Necessità - Persistenza dell'omissione - Necessità. (pag. 1073)

CONTROVERSIE IN MATERIA DI ASSISTENZA E PREVIDENZA

Controversie in materia di assistenza e previdenza - Adempimento di prestazioni previdenziali - Principio di non contestazione - Applicabilità - In appello - Configurabilità - Fondamento - Limiti ex lege alla prova per testimoni o per presunzioni - Irrilevanza – Fattispecie. (pag. 1089)

Controversie in materia di assistenza e previdenza - Cartella esattoriale - Opposizione all'iscrizione a ruolo - Omessa notifica del ricorso all'INPS entro il termine ex art. 415 c.p.c. - Omessa notifica a Società di cartolarizzazione dei crediti INPS - Improcedibilità ricorso. (pag. 1143)

DISOCCUPAZIONE INVOLONTARIA

Disoccupazione involontaria - Trattamento in favore lavoratori rimpatriati - Art. 71 del regolamento comunitario n. 1408 del 1971 - Equiparazione del servizio lavorativo svolto nei paesi comunitari - Condizioni - Rinvio alla normativa interna - Legge n. 402 del 1975 - Lavoratori che abbiano già usufruito in precedenza del trattamento di disoccupazione -

Nuova attribuzione dell'indennità di disoccupazione - Condizioni. (pag. 1087)

Disoccupazione involontaria - Trattamento speciale per i lavoratori dell'edilizia - Requisito contributivo - Accertamento - Periodi di assenza per malattia – Computabilità come lavoro prestato - Esclusione - Fondamento. (pag. 1099)

ESECUZIONE FORZATA

Esecuzione forzata - Pignoramento di crediti di Enti e Istituti previdenziali ed assistenziali - Intervento dei creditori di detti Enti ai sensi dell'art. 551 c.p.c. - Giudice competente - Tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento posto a fondamento dell'intervento. (pag. 1055)

GIURISDIZIONE CIVILE

Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Impiego pubblico - Prestazioni pensionistiche - Spettanza - Sentenza della Corte dei conti - Ritardata corresponsione degli importi riconosciuti dal giudice contabile - Conseguente domanda di condanna della P.A. al pagamento degli interessi e della rivalutazione - Giurisdizione del giudice ordinario - Sussistenza - Fondamento. (pag. 1044)

IMPIEGO PUBBLICO

Impiego pubblico - Avvocatura dell'Ente - Collocazione organizzativa all'interno di strutture di Direzione generale - Violazione dell'autonomia delle professioni legali degli enti pubblici - Sussiste. (pag. 1166)

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Inquadramento nella posizione economica C5 - Esercizio di mansioni analoghe a quelle svolte dal personale di cui all'art. 15, primo comma, legge n. 88/89 - Diritto all'equiparazione del trattamento economico - Insussistenza - Inesistenza di un principio di parità di trattamento economico e normativo tra lavoratori che svolgono mansioni equivalenti. (pag. 1152)

IMPRESA ARTIGIANA

Impresa artigiana - Società in nome collettivo - Qualificabilità come impresa artigiana – Condizioni. (pag. 1066)

INTEGRAZIONE SALARIALE

Integrazione salariale ordinaria - Condizioni di ammissibilità – Limiti. (pag. 1175)

Integrazione salariale straordinaria - Obbligo datoriale di comunicare alle organizzazioni sindacali i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere - Omissione - Conseguenze - Illegittimità del provvedimento di sospensione - Diritto del lavoratore alla retribuzione piena ed alla relativa contribuzione - Rinunzia da parte del lavoratore alla retribuzione a seguito di transazione - Inopponibilità all'INPS. (pag. 1107)

INVALIDI CIVILI

Invalidi civili - Indennità di frequenza e di accompagnamento - Straniero - Titolarità della carta di soggiorno - Denunciata violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali - Successiva declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata e sopravvenuta entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei disabili - Necessità di una nuova valutazione della rilevanza della questione nel giudizio a quo - Restituzione degli atti al giudice rimettente. (pag. 1038)

LAVORO

Lavoro (rapporto di) - Collaborazioni a progetto - Dubbi ermeneutici - Ratio legis - Finalità antifrodatoria - Progetto - Elemento formale e specificamente descrittivo (fattispecie in tema di addetti a call center). (pag. 1002)

Lavoro (rapporto di) - Collaborazioni a progetto - Mancata produzione giudiziale dei progetti - Carenza dell'elemento formale - Conversione sanzionatoria in rapporti di lavoro subordinato. (pag. 1002)

Lavoro subordinato (rapporto di) - Indici qualificatori - Alienità del prestatore all'organizzazione aziendale ed ai risultati della prestazione - Lavoro tipologicamente subordinato - Presunzione di subordinazione - Inversione dell'onere della prova. (pag. 1129)

MATERNITÀ

Maternità - Lavoratrici agricole con rapporto di lavoro a tempo determinato - Indennità di maternità per il periodo di astensione obbligatoria o facoltativa - Spettanza - Condizioni – Carenza di attività lavorativa minima ex art. 63, comma 2, del D.Lgs. n. 151 del 2001 nell'anno precedente - Congedo di maternità usufruito nel predetto anno – Sufficienza. (pag. 1080)

PENSIONI

Pensioni - Decadenza - Mancata proposizione del ricorso amministrativo - Decorrenza - Dies a quo - Dall'insorgenza del diritto ai singoli ratei di pensione - Esclusione. (pag. 1095)

Pensioni - Fondo volo - Liquidazione in capitale di quota della pensione - Domande presentate anteriormente al 1 luglio 1997 - Coefficienti di calcolo - Individuazione - Applicabilità dei coefficienti previsti per la determinazione della riserva matematica ai sensi della legge n. 1338 del 1962 - Esclusione. (pag. 1046)

Pensioni - Indebito – Omessa comunicazione all'INPS da parte del pensionato di dati relativi al reddito – Ripetibilità delle somme già corrisposte - Sussistenza. (pag. 1076)

Pensioni - Invalidità civile - Indennità di accompagnamento - Requisito della necessità di assistenza continua - Incapacità di compiere atti di primaria importanza - Insufficienza. (pag. 1104)

Pensioni - Invalidità civile - Piano straordinario di verifica - Prestazioni erogate in virtù di provvedimento giudiziale - Assoggettabilità a verifica - Sussistenza - Limiti. (pag. 1158)

Pensioni - Liquidazione in esclusiva applicazione del sistema c.d. contributivo - Facoltà di opzione - Esercizio - Condizioni. (pag. 1151)

PRESTAZIONI PREVIDENZIALI

Prestazioni previdenziali - Pagamento - Prova estinzione del debito per presunzione - Ammissibilità - Fondamento. (pag. 1089)

PREVIDENZA COMPLEMENTARE

Previdenza complementare - Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito del personale delle aziende di credito ordinario - Assegno straordinario - Agevolazioni all'esodo - Riforma pensionistica ex L. 243/2004 - Deroghe al nuovo regime contributivo della pensione - Condizioni - Opzione per il calcolo contributivo della pensione - Revocabilità - Esclusione. (pag. 1145)

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Procedimento amministrativo - Accesso agli atti - Dichiarazioni rese in sede ispettiva dai dipendenti del richiedente - Diniego - Legittimità. (pag. 1163)

PROCESSO CIVILE

Processo civile - Notificazione ai sensi dell'art. 140 c.p.c. - Mancata affissione - Nullità sanabile - Successivo invio dell'avviso di deposito - Ricezione - Perfezionamento notifica. (pag. 1102)

FABRIZIO AMENDOLA

Consigliere sezione lavoro della Corte di Appello di Napoli

QUESTIONI PROCESSUALI NEI GIUDIZI DI OPPOSIZIONE ALLA RISCOSSIONE COATTIVA PER CONTRIBUTI PREVIDENZIALI*.

Sommario: 1. - Il ruolo e la cartella esattoriale. 2. - La tipologia delle opposizioni alla riscossione coattiva per contributi previdenziali. 2.1. - L'opposizione per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva. 2.2. - Le opposizioni esecutive. 2.3. - La qualificazione delle opposizioni. 3. - Il contenuto del ruolo e della cartella. 3.1. - Il difetto di motivazione. 3.2. - La mancata indicazione del responsabile del procedimento. 4. - Il termine per proporre l'opposizione di merito. 4.1. - Natura del termine. 4.2. - Incontrovertibilità del credito in conseguenza della perentorietà del termine. 5. - La tempestività del ricorso in opposizione per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva. 6. - Le opposizioni nel caso di irrituale notificazione della cartella esattoriale. 7. - La posizione processuale del ricorrente nelle opposizioni inerenti il merito della pretesa contributiva. 7.1. - Oneri di allegazione e di contestazione. 7.2. - Oneri probatori. 7.3. - Rapporti con le azioni di accertamento negativo. 8. - La decisione sull'opposizione contro l'iscrizione a ruolo.

1. - Il ruolo e la cartella esattoriale.

La riforma della riscossione coattiva dei contributi previdenziali, in seguito della delega di cui alla L. 28 settembre 1997, n. 337, che conteneva quale criterio direttivo *l'affidamento, mediante procedure ad evidenza pubblica, ai concessionari della riscossione mediante ruolo delle entrate dello Stato, degli enti territoriali e degli enti pubblici, anche previdenziali,* è stata attuata con il D. Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46.

L'art. 24, comma 1, del D.Lgs. citato stabilisce che *i contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge o dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici sono iscritti a ruolo (…).*

---

* Lo scritto riproduce il testo della relazione svolta all'incontro di studio promosso dall'Ufficio dei Referenti per la Formazione decentrata dei magistrati della Corte di Appello di Napoli sul tema: "Il punto sul processo del lavoro: profili previdenziali", Napoli, 27ottobre 2009.

Il ruolo è un elenco di debitori e delle somme da questi dovute formato dall'ufficio competente dell'ente creditore e perfezionato con sottoscrizione, anche elettronica, del titolare di detto ufficio che lo rende esecutivo[1].

Tale documento informatico viene trasmesso al concessionario della riscossione affinché proceda alla riscossione coattiva[2].

L'elenco viene altresì trasmesso alla società di cartolarizzazione quale cessionaria dei crediti previdenziali[3].

Il ruolo ha forza di titolo esecutivo di formazione stragiudiziale[4]; l'ordinamento conosce altri titoli esecutivi formati sulla base di un mero procedimento amministrativo dell'ente impositore, come le iscrizioni a ruolo delle imposte dirette ed indirette[5].

La peculiarità per i contributi previdenziali è che l'iscrizione a ruolo riproduce il contenuto di un accertamento che non sempre è stato portato a conoscenza del debitore con un atto autonomamente impugnabile.

Una volta ricevuto il ruolo il concessionario della riscossione forma la cartella di pagamento, che ne rappresenta un estratto.

Essa contiene l'intimazione ad adempiere entro il termine di 60 giorni dalla notificazione, con l'avvertimento che in mancanza si procederà ad esecuzione forzata.

In essa dunque si specifica l'avvenuta iscrizione a ruolo del credito, l'entità delle somme dovute e le relative causali, nonché gli estremi del soggetto debitore e le modalità di pagamento.

La cartella è pertanto l'atto - assimilabile al precetto - attraverso la cui notificazione il debitore viene notiziato dell'iscrizione a ruolo e preavvisato che, ove non provvederà al pagamento, sarà destinatario di una procedura di riscossione coattiva.

L'intero sistema è governato dal principio, dalle rilevanti conseguenze processuali, della separazione tra titolarità del credito e titolarità dell'azione esecutiva. L'ente previdenziale ed il cessionario della partita creditoria sono i titolari dal lato attivo del rapporto obbligatorio, assumendone poteri e responsabilità conseguenti; il concessionario della riscossione è il dominus dell'azione esecutiva e ne assume la responsabilità della conduzione.

---

(1) Art. 12 del D.P.R. n. 602 del 1973 come sostituito dall'art. 4 del D. Lgs. n. 46 del 1999.

(2) Con l'art. 3 della L. 2 dicembre 2005, n. 248 si è prevista, a decorrere dal 1° settembre 2006, la soppressione del sistema di affidamento in concessione del servizio nazionale della riscossione e la costituzione, da parte dell'Agenzia delle Entrate e dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, della Riscossione S.p.A. (poi denominata Equitalia Spa), società con il compito di effettuare, senza obbligo di cauzione, l'attività di riscossione mediante ruolo degli enti pubblici.

(3) Art. 13, co. 6, L. n. 448 del 1998.

(4) In tal senso è schierata la giurisprudenza di legittimità in cui ricorre l'affermazione secondo cui "la cartella di pagamento, essendo un estratto del ruolo, costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 49 DPR 29 settembre 1973, n. 602, come modificato dall'art. 16 D. Lgs. n. 46 del 26 febbraio 1999" (cfr. Cass. n. 21863 del 2004; Cass. n. 4506 del 2007).

(5) Cass. n. 4506/2007 cit..

2. La tipologia delle opposizioni alla riscossione coattiva per contributi previdenziali.

Una preliminare disamina è necessaria per individuare le opposizioni esperibili nell'ambito di una procedura di riscossione coattiva eseguita per il recupero di contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali.

2.1 Segue: l'opposizione per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva.

Innanzitutto *il contribuente può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella … contro l'iscrizione a ruolo*[6].

Tale *giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli artt. 442 e ss. cpc*[7].

Trattasi di strumento finalizzato ad "ottenere una verifica giudiziale della fondatezza della pretesa contributiva" (Cass. n. 17978 del 2008).

La legge individua il contraddittore di tale opposizione nell'ente impositore, cui *il ricorso va notificato*[8].

Inoltre, secondo l'opinione assolutamente prevalente, ai sensi della L. n. 448/1998, nei giudizi oppositivi instaurati successivamente alla data della cessione dei crediti dall'Istituto al cessionario di cui alla detta legge sussiste un litisconsorzio necessario dell'ente previdenziale e del cessionario (Cass. n. 20481 del 2008; Cass. n. 15041 del 2007).

Non è invece parte necessaria in tali giudizi il concessionario della riscossione in seguito alla modifica del comma 5 dell'art. 24, D. Lgs. n. 46/99, intervenuta con L. n. 265/2002, che ha cancellato l'onere di notificare al concessionario il ricorso contro l'iscrizione a ruolo.

Il concessionario, infatti, non è contitolare della situazione sostanziale dedotta in giudizio, ma solo soggetto destinatario del pagamento (v. Cass. n. 23701 del 2004; Cass. n. 11746 del 2004).

Ad esso va solo notificato l'eventuale provvedimento di sospensione dell'esecuzione del ruolo (art. 24, co. 7, D.Lgs n. 46/99) ed il medesimo, quale *adiectus solutionis causa* ex art. 1188 c.c., "è vincolato alla decisione giudiziale contraria" all'ente impositore, "non potendo pretendere il pagamento di un credito (o di una sua parte) dichiarato non spettante al creditore che lo ha incaricato della riscossione", anche se non è stato parte nel processo (in termini, Cass. n. 21222 del 2006).

2.2 Segue: le opposizioni esecutive.

L'art. 29, co. 2, del D. Lgs. n. 46/99, lascia espressamente salva l'operatività delle opposizioni esecutive nell'ambito delle procedure di riscossione delle entrate non

(6) Art. 24, co. 5, del D. Lgs. n. 46/99.
(7) Art. 24, co. 6, del D. Lgs. n. 46/99.
(8) Art. 24, co. 5, del D. Lgs. n. 46/99.

tributarie, sancendo che *le opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi si propongono nelle forme ordinarie*.

Il contribuente, dunque, può proporre opposizione all'esecuzione, secondo il combinato disposto degli artt. 615 e 618 bis cpc, *quando si contesta il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata*.

Il giudizio investe l'an dell'esecuzione, cioè il diritto di procedere ad esecuzione forzata per difetto originario o sopravvenuto, totale o parziale, del titolo esecutivo o della pignorabilità dei beni.

Ribadiamo che il titolo esecutivo, ai sensi del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 49, si identifica nella cartella esattoriale; quest'ultima, infatti, essendo un estratto del ruolo, costituisce titolo esecutivo a mente della disposizione citata, come modificata dal D.Lgs. n. 46 del 1999, art. 16, (cfr. Cass. n. 4506 del 2007; Cass. n. 21863 del 2004).

Il difetto originario può ravvisarsi "allorché si contesti la legittimità dell'iscrizione a ruolo per la mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione stessa" (Cass. n. 6119 del 2004; n. 18207 del 2003).

Il difetto sopravvenuto si riscontra allorché "si adducano fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo" (Cass. n. 6119 del 2004; n. 18207 del 2003), come il pagamento.

Tale opposizione non è soggetta ad alcun termine, se non quello rappresentato dal compimento dell'esecuzione (Cass. n. 8061 del 2007).

Allorché si contesti la ritualità formale della cartella esattoriale o si adducano vizi di forma del procedimento esattoriale, compresi i vizi strettamente attinenti alla notificazione della cartella e quelli riguardanti i singoli atti dell'esecuzione, l'opposizione è disciplinata dagli artt. 617 e 618 bis cpc.

L'opposizione agli atti esecutivi attiene al *quomodo* del procedimento, investendo la legittimità dello svolgimento dell'azione esecutiva.

La materia del contendere consiste nell'accertamento della nullità dell'atto impugnato per impedire gli effetti che da esso derivano, sia con riguardo all'atto stesso, che a quelli successivi nulli per derivazione.

Detta opposizione deve essere proposta nel termine perentorio di venti giorni stabilito dall'art. 617 cpc.

Il termine decorre dal momento in cui l'esistenza dell'atto esecutivo sia resa palese alle parti del processo esecutivo, ossia da quello in cui l'interessato ne abbia avuto legale conoscenza, ovvero abbia avuto conoscenza di un atto successivo che necessariamente presupponga il primo, con la conseguenza che l'opposizione proposta contro un atto successivo, implicando la legale conoscenza dell'atto precedente, fa decorrere il termine per l'impugnazione di quest'ultimo (Cass. n. 252 del 2008; Cass. n. 17780 del 2007; Cass. n. 2665 del 2003; Cass. n. 10119 del 2000; Cass. n. 8473 del 1998; Cass. n. 3785 del 1997).

La tempestività dell'opposizione agli atti esecutivi deve essere controllata pregiudizialmente d'ufficio, anche in sede di legittimità (Cass. n. 3404 del 2004; Cass. n. 9912 del 2001; Cass. n. 8765 del 1997).

Le descritte opposizioni esecutive in materia, a mente dell'art. 618 bis, co. 1, cpc, *sono disciplinate dalle norme previste per le controversie individuali di lavoro in quanto*

applicabili: con conseguente competenza del giudice del lavoro.

Resta ferma la competenza del giudice dell'esecuzione limitatamente alle fasi che culminano con *provvedimenti assunti con ordinanza* (art. 618 bis, co. 2, cpc).

Ciascuna delle due opposizioni è, poi, soggetta al regime suo proprio in ordine ai mezzi di impugnazione della relativa decisione: ricorso per Cassazione quanto all'opposizione agli atti esecutivi; appello quanto all'opposizione all'esecuzione (v. Cass., sez. un, n. 562 del 2000 e n. 14772 del 2002; Cass. n. 9498 del 2002)[9].

In ordine all'individuazione del contraddittore nelle opposizioni esecutive si rileva che per le questioni che riguardino la sola attività esecutiva la legittimazione passiva compete esclusivamente al concessionario della riscossione (v. Cass. n. 2617 del 2007; Cass. n. 6450 del 2002).

Segnatamente nelle opposizioni all'esecuzione può accadere che l'oggetto del giudizio riguardi anche la persistenza del credito vantato, come nel caso in cui il contribuente eccepisca l'estinzione dell'obbligazione venuta in essere dopo la formazione del titolo esecutivo.

Ai sensi dell'art. 39 del D.Lgs. n. 112 del 1999, *il concessionario, nelle liti promosse contro di lui che non riguardano esclusivamente la regolarità o la validità degli atti esecutivi, deve chiamare in causa l'ente creditore interessato; in mancanza, risponde delle conseguenze della lite*.

2.3 Segue: qualificazione delle opposizioni.

Delineata la tripartizione delle opposizioni che possono essere proposte nell'ambito di una procedura di riscossione per crediti contributivi, occorre dire che spetta al contribuente – coerentemente con il principio della domanda – la facoltà di scegliere l'uno o l'altro percorso di contestazione.

E' anche possibile che con l'unico atto introduttivo della lite si propongano doglianze riconducibili a più di una tipologia di opposizione.

Spetta poi al giudice (cfr. Cass., sez. un., n. 16412 del 2007) qualificare la scelta operata dal contribuente, interpretando la domanda ed i singoli capi di essa e sottoponendola al regime previsto dalla legge a seconda si tratti di una opposizione contro il ruolo, di una opposizione all'esecuzione o di una opposizione agli atti esecutivi ovvero di un ricorso che contenga censure riconducibili a più di una tipologia di opposizione.

L'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile avverso il provvedimento giurisdizionale emesso all'esito dell'opposizione deve essere fatta esclusivamente, "in base al principio dell'apparenza", tenendo conto della qualificazione dell'azione compiuta dal giudice, indipendentemente dalla sua esattezza (cfr. Cass. n. 3404 del 2004); tale

(9) Giova rammentare che, a mente della nuova formulazione dell'art. 616 cpc introdotta dalla L. n. 52 del 2006, era previsto che dal 1° marzo 2006 anche le cause di opposizione all'esecuzione venissero decise con *sentenza non impugnabile*. Tale inciso è stato soppresso dalla L. n. 69 del 2009 con disposizione immediatamente applicabile anche ai processi in corso.

qualificazione è sindacabile poi dal giudice cui spetta la cognizione dell'impugnazione in base a detto criterio (cfr. Cass. n. 9292 del 2001).

La sentenza, dunque, anche quando formalmente unica può contenere decisioni distinte soggette a diversi regimi di impugnazione (tra le altre: Cass. n. 11377 del 2002).

3. Il contenuto del ruolo e della cartella esattoriale.

L'art. 25 del D.P.R. n. 602/73, come modificato dall'art. 11 del D. Lgs. n. 46/99, prevede che la cartella di pagamento, da notificare al contribuente iscritto a ruolo, deve contenere *l'intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal ruolo entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione, con l'avvertimento che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata* e deve essere redatta in conformità al modello approvato con decreto del Ministero delle Finanze.

Con decreto del Ministero delle Finanze n. 321 del 1999 (GU n. 218 del 16/09/1999) si è emanato il *Regolamento recante norme per la determinazione del contenuto del ruolo e dei tempi, procedure e modalità della sua formazione e consegna, da emanare ai sensi degli articoli 4 e 10 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46*.

L'art. 1 del Decreto citato stabilisce il *Contenuto dei ruoli*:

1. *I ruoli sono formati direttamente dall'ente creditore o con l'intervento, ai fini della informatizzazione e con le modalità previste dall'articolo 3, del consorzio nazionale obbligatorio tra i concessionari (CNC). Essi, in entrambi i casi, recano un numero identificativo univoco a livello nazionale e sono costituiti ognuno da un prospetto conforme al modello da approvare con decreto dirigenziale, adottato dalle Amministrazioni delle finanze e del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, e da un elenco contenente l'indicazione dei seguenti dati:*
   - *a) l'ente creditore;*
   - *b) la specie del ruolo;*
   - *c) il codice fiscale e i dati anagrafici dei debitori;*
   - *d) il codice di ogni componente del credito, di seguito denominata articolo di ruolo;*
   - *e) il codice dell'ambito;*
   - *f) l'anno o il periodo di riferimento del credito;*
   - *g) l'importo di ogni articolo di ruolo;*
   - *h) il totale degli importi iscritti nel ruolo;*
   - *i) il numero delle rate in cui il ruolo deve essere riscosso, l'importo di ciascuna di esse e la cadenza delle stesse;*
   - *l) la data di consegna al concessionario.*
2. *Nell'elenco di cui al comma 1 è contenuta, per ciascun debitore, anche l'indicazione sintetica degli elementi sulla base dei quali è stata effettuata l'iscrizione a ruolo; nel caso in cui l'iscrizione a ruolo consegua ad un atto precedentemente notificato, devono essere indicati gli estremi di tale atto e la relativa data di notifica.*

L'art. 6 del Decreto citato stabilisce il *Contenuto minimo della cartella di pagamento*:

1. *Il contenuto minimo della cartella di pagamento è costituito dagli elementi che, ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, devono essere elencati nel ruolo, ad eccezione della data di consegna del ruolo stesso al concessionario e del codice degli articoli di ruolo e dell'ambito.*
2. *Ai fini dell'esposizione nella cartella di pagamento delle indicazioni di cui all'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, ciascun soggetto creditore fornisce al CNC le avvertenze concernenti le modalità e i termini di impugnazione relativi alle proprie entrate, redatte in forma chiara e facilmente comprensibile.*

Il primo rilievo da effettuare è che le disposizioni sui contenuti del ruolo e della cartella di pagamento sono presenti in un decreto ministeriale, anche se su specifico rinvio di una norma di legge.

Il secondo rilievo è che mentre il ruolo è predisposto dall'ente creditore, la cartella di pagamento che lo recepisce è formata dal concessionario e, poiché il tutto avviene in via telematica, l'ente non conosce direttamente il contenuto della singola cartella; inoltre va considerato che la cartella di pagamento viene stampata in unica copia per singolo destinatario, restando allo stesso concessionario unicamente il referto di notifica ed eventualmente la sola stampa dell'estratto di ruolo; ne consegue che - di norma - l'ente creditore non può esser chiamato a contraddire nel giudizio ove si lamenti il vizio di contenuto della cartella.

3.1 Segue: il difetto di motivazione.

Il vizio censurato dall'opponente può riguardare una qualsiasi difformità rispetto al modello di contenuti stabiliti dal Decreto n. 321 del 1999: in particolare può attenere alla omessa o inadeguata motivazione della cartella di pagamento.

Per recente opinione del giudice di legittimità (Cass. n. 18691 del 2008), essa si configura come un vizio di forma del titolo esecutivo, anche quando non sia stata preceduto da alcun accertamento o da relative contestazioni, per cui in questi casi l'opposizione ha natura di opposizione agli atti esecutivi.

In proposito l'art.1, co. 2, cui rinvia l'art. 6, co. 1, del D.M. stabilisce *per ciascun debitore, anche l'indicazione sintetica degli elementi sulla base dei quali è stata effettuata l'iscrizione a ruolo.*

L'interpretazione della disposizione deve tenere conto di un più ampio contesto normativo e giurisprudenziale.

La Corte di Cassazione (sent. n. 15638 del 2004) ha avuto modo di statuire quanto segue:

"… anche nella cartella di pagamento della TARSU, il Comune ha l'obbligo di chiarire (sia pure succintamente) le ragioni (intese come indicazione sia della mera causale che della motivazione vera e propria) dell'iscrizione nel ruolo (nella specie suppletivo), proprio per consentire all'interessato di verificare se sussistono i presupposti per tale iscrizione e di difendersi in giudizio: il contenuto minimo di tali indicazioni va, appunto, commisurato all'esigenza di consentire al contribuente un non eccessivamente

difficoltoso esercizio del proprio diritto alla difesa. Al riguardo giova sottolineare che una congrua, sufficiente ed intelligibile motivazione deve sempre sussistere in relazione ai presupposti (ed alle finalità) dell'atto e non può, quindi, essere riservata ai soli avvisi di accertamento della tassa. Alla cartella di pagamento, infatti, sono comunque applicabili i principi di ordine generale indicati per ogni provvedimento amministrativo dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990, anche se notificata (come nella specie) prima dell'entrata in vigore delle specifiche disposizioni dettate in materia tributaria dall'art. 7 della l. n. 212 del 2000 (in attuazione del quale, l'art. 6, comma 1°, lettera c, del D.Lgs.. n. 32 del 2001 ha introdotto il comma 2°-bis dell'art. 71 del D.Lgs.. n. 507 del 1993, relativo alla motivazione dell'avviso di accertamento della TARSU). Come da ultimo opportunamente sottolineato da questa Corte (con le sentenze n. 3861 del 2002 e n. 17356 del 2003, che hanno superato l'opposto orientamento espresso dalla sentenza n. 14306 del 1999), il citato art. 3 della l. n. 241 del 1990 - inserito nel capo 1° della legge - si applica ad ogni tipo di provvedimento amministrativo e, quindi, anche agli atti evidenzianti una pretesa tributaria nei confronti del contribuente (v. anche Corte cost., ordinanza n. 117 del 2000), poiché le disposizioni che l'art. 13, comma 2°, della stessa legge dichiara non applicabili ai procedimenti tributari sono solo quelle inserite nel capo 3°. Una diversa interpretazione si porrebbe, del resto, in insanabile contrasto con la Costituzione, in riferimento agli artt. 3 (sotto il profilo della disparità di trattamento, rispetto agli altri atti della pubblica amministrazione, e del difetto di ragionevolezza) e 24 (sotto il profilo della ingiustificata lesione del diritto di difesa del contribuente): ciò a maggior ragione allorché la cartella di pagamento della TARSU non sia stata preceduta da un motivato avviso di accertamento".

Di tali enunciati, anche se la S.C. non si è ancora specificamente pronunciata in argomento su pretese contributive, dovrà tenere conto ciascun giudice nel valutare il grado di sinteticità "degli elementi sulla base dei quali è stata effettuata l'iscrizione a ruolo" da ritenere sufficiente con riguardo alle singolarità del caso concreto.

In generale può dirsi che la "indicazione sintetica" deve riguardare non solo la descrizione del titolo (causale) della pretesa contributiva, ma attiene anche alla eziologia della stessa.

Ad esempio non sembra sufficiente che in cartella sia trascritto "contributi aziende", ma occorre sia precisato se essi originano da autodenunce del debitore (modelli DM 10) ovvero da rettifiche operate d'ufficio dall'INPS.

Ciò posto occorre distinguere, conformemente alla fondamentale bipartizione prospettata dall'art. 24, co. 1, del D.Lgs. n. 46/99, *i contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge* dai contributi o premi *dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici*.

Nel primo caso l'obbligo contributivo attiene a pagamenti automatici, che presuppongono una collaborazione continuativa e periodica del contribuente; sicché, ad esempio, nel caso di contributi denunciati e non versati, la mera indicazione "modello DM10", accompagnata dalla menzione delle mensilità insolute, può considerarsi sufficientemente esaustiva.

Nel secondo caso, invece, il credito è generato da un atto impositivo o autoritativo

dell'amministrazione.

Ci si chiede se l'indicazione degli estremi di tale atto e della relativa data di notifica, come richiesta dall'art. 1, co. 2, del D.M. n. 321 del 1999, sia indicazione sufficiente a soddisfare il requisito di motivazione.

Secondo una certa opinione giurisprudenziale di merito meriterebbero sanzione cartelle di pagamento che non abbiano adeguatamente specificato, con riferimento alla singola fattispecie oggetto di pregresso verbale, il contenuto delle valutazioni e qualificazioni assunte in sede ispettiva o comunque operate dall'amministrazione.

L'orientamento non può essere condiviso.

Dalla lettera delle disposizioni citate non si ricava alcun espresso obbligo motivazionale così configurato.

Ove la nullità della cartella possa ricavarsi da una lettura teleologica di tali disposizioni, finalizzate ad assicurare il rispetto dei canoni di chiarezza e trasparenza a tutela del contribuente, la mancata esplicitazione nel contesto dell'atto degli elementi essenziali fondanti il credito in tanto è rilevante in quanto comporti l'impossibilità obiettiva di apprenderne la giustificazione ed effettuare il necessario controllo sulla correttezza della pretesa.

Pertanto, allorquando nella cartella sia citato espressamente, negli esatti estremi temporali di riferimento, il verbale ispettivo posto a fondamento dell'addebito, con l'annotazione della data in cui è stato già portato a conoscenza del destinatario, e siano altresì indicati, sia pur in estratto, tutti i dati necessari all'individuazione del titolo del credito azionato, alcuna sanzione per censure formali può essere comminata.

Del resto, se la funzione della motivazione consiste nel portare a conoscenza del contribuente i presupposti di fatto e di diritto sui quali la pretesa è fondata, nonché l'iter logico-giuridico che la sorregge, la motivazione per relationem – alla stregua della quale i motivi del provvedimento possono essere desunti da altri atti dello stesso procedimento, specificamente richiamati nell'atto finale e già notificati all'interessato – è ampiamente legittimata dall'elaborazione giurisprudenziale a finanche istituzionalizzata dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990.

Diversamente ragionando dovrebbe pretendersi che l'operatore dell'ente creditore o, fuor di luogo, quello del concessionario dovrebbe prendere in visione il fascicolo cartaceo dell'istruttoria amministrativa e, previo vaglio critico, estrapolare succinte indicazioni dandone conto nel ruolo e, quindi, nella cartella; ciò con inevitabile pregiudizio delle esigenze, anche tecniche, di celerità e semplicità dell'azione di riscossione che si riverberano sull'interesse pubblico all'osservanza dell'obbligo contributivo (MOGAVERO).

3.2 Segue: la mancata indicazione del responsabile del procedimento.

L'art. 36, co. 4-*ter*, del D.L. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 2008, n. 31, stabilisce che *la cartella di pagamento di cui all'articolo 25 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive*

modificazioni, contiene, altresì, a pena di nullità, l'indicazione del responsabile del procedimento di iscrizione a ruolo e di quello di emissione e di notificazione della stessa cartella. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano ai ruoli consegnati agli agenti della riscossione a decorrere dal 1° giugno 2008; la mancata indicazione dei responsabili dei procedimenti nelle cartelle di pagamento relative a ruoli consegnati prima di tale data non è causa di nullità delle stesse.

La Corte costituzionale (sent. n. 58 del 27 febbraio 2009) ha respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale della disposizione così argomentando:
"L'art. 7, comma 2, della legge n. 212 del 2000 stabilisce che gli atti dell'amministrazione finanziaria e dei concessionari della riscossione devono tassativamente indicare, tra l'altro, il responsabile del procedimento. Come affermato da questa Corte con l'ordinanza n. 377 del 2007, la previsione è volta ad assicurare la trasparenza amministrativa, l'informazione del cittadino e il suo diritto di difesa. La legge n. 212 del 2000, peraltro, non precisa gli effetti della violazione dell'obbligo indicato: essa, in particolare, a differenza di quanto fa con riferimento ad altre disposizioni, non commina la nullità per la violazione della disposizione indicata. Né la nullità, in mancanza di un'espressa previsione normativa, può dedursi dai principi di cui all'art. 97 Cost. o da quelli del diritto tributario e dell'azione amministrativa.

Deve pertanto escludersi che, anteriormente all'emanazione della disposizione impugnata, alla mancata indicazione del responsabile del procedimento conseguisse la nullità della cartella di pagamento. Questa è stata infatti esclusa, a fronte di notevoli incertezze dei giudici di merito, dalla Corte di cassazione. La disposizione impugnata, di conseguenza, non contiene una norma retroattiva. Essa dispone per il futuro, comminando la nullità per le cartelle di pagamento prive dell'indicazione del responsabile del procedimento. Stabilisce, poi, un termine a partire dal quale opera la nullità e chiarisce che essa non si estende al periodo anteriore. Dunque, la nuova disposizione non contiene neppure una sanatoria di atti già emanati, perché la loro nullità doveva essere esclusa già in base al diritto anteriore".

L'argomentare del giudice delle leggi è particolarmente rilevante perché sembra affermare il principio – con effetti esegetici estensibili ad ipotesi similari – che la sanzione della nullità della cartella non è automaticamente applicabile ogni qual volta l'atto difetti di un certo elemento, pur se previsto da una norma di legge, allorquando la nullità non sia espressamente prevista dalla legge medesima.

In ogni caso non è dubbio che anche il vizio di mancata indicazione del responsabile del procedimento debba esser fatto valere nelle forme della opposizione agli atti esecutivi.

4. Il termine per proporre l'opposizione di merito.

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[10].

Il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa

(10) Art. 24, co. 5, del D. Lgs. n. 46/99.

contributiva è regolato dagli artt. 442 e ss. cpc[11].

4.1 Segue: natura del termine

Ormai superfluo ripercorrere l'ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale tendente ad individuare la natura del termine di quaranta giorni per proporre l'opposizione di merito alla pretesa contributiva.

La Cassazione, infatti, è consolidata nel ritenere che tale termine deve ritenersi perentorio (V. Cass. n. 2835 del 2009; n. 6674 del 2008; n. 4506 del 2007; n. 21863 del 2004).

A tale conclusione non osta né l'inespressa indicazione in tal senso, dovendo pur sempre il giudice indagare se, a prescindere dal dettato normativo, un termine, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba essere rigorosamente osservato a pena di decadenza, né che l'iscrizione a ruolo avvenga senza un preventivo accertamento giudiziale, non ignorando l'ordinamento titoli esecutivi formati sulla base di un mero procedimento amministrativo dell'ente impositore.

La stessa Corte Costituzionale, con ord. n. 111 del 2007 ha ritenuto, in riferimento all'art. 111 Cost., manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 46 del 1999, art. 24, laddove attribuisce agli enti previdenziali il potere di riscuotere i propri crediti attraverso un titolo (il ruolo esattoriale, da cui scaturisce la cartella di pagamento) che si forma prima e al di fuori del giudizio e in forza del quale l'ente può conseguire il soddisfacimento della pretesa a prescindere da una verifica in sede giurisdizionale della sua fondatezza in quanto, da un lato, non è irragionevole la scelta del legislatore di consentire ad un creditore, attesa la sua natura pubblicistica e l'affidabilità derivante dal procedimento che ne governa l'attività, di formare unilateralmente un titolo esecutivo, e, dall'altro lato, è rispettosa del diritto di difesa e dei principi del giusto processo la possibilità, concessa al preteso debitore, di promuovere, entro un termine perentorio ma adeguato, un giudizio ordinario di cognizione nel quale far efficacemente valere le proprie ragioni, sia grazie alla possibilità di ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo e/o dell'esecuzione, sia grazie alla ripartizione dell'onere della prova in base alla posizione sostanziale (e non già formale) assunta dalle parti nel giudizio di opposizione.

La Suprema Corte ha inoltre già escluso che possano sorgere dubbi di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 76 Cost. e art. 77 Cost., comma 1, per eccesso di delega, rientrando nell'ambito della delega, e cioè del riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, la previsione di un sistema di impugnazione del ruolo stesso (Cass. n. 2835 del 2009).

4.2 Segue: incontrovertibilità del credito in conseguenza della natura perentoria

(11) Art. 24, co. 6, del D. Lgs. n. 46/99.

del termine.

Un'autorevole dottrina (NICOLINI) ha evidenziato che anche a voler ammettere la natura perentoria del termine per l'opposizione, da ciò non discenderebbe inevitabilmente la preclusione per il contribuente di contestare la pretesa sostanziale con una successiva azione di accertamento negativo; infatti la decadenza per omessa opposizione del termine potrebbe riguardare la sola impossibilità di impedire l'esecuzione esattoriale.

I giudici di legittimità hanno però assunto una posizione di segno decisamente contrario.

In tema di contributi previdenziali, per contestare il ruolo è necessaria l'opposizione da parte dell'interessato nel termine perentorio previsto dal D.Lgs. n. 46 del 1999, art. 24, poiché, in caso contrario, il titolo diviene definitivo e il diritto alla relativa pretesa contributiva incontestabile, anche al fine di consentire così una rapida riscossione del credito medesimo (Cass. n. 17978 del 2008, oltre quelle innanzi citate).

La situazione che si verifica in ipotesi di mancata osservanza del termine suddetto non è quindi dissimile da quella già ritenuta dalla giurisprudenza della Corte (cfr. Cass. n. 8624 del 1993) in relazione al mancato rispetto del termine previsto dall'ormai abrogato D.L. n. 338 del 1989, art. 2, convertito in L. n. 389 del 1989. Era stato ivi ritenuto che non solamente i titoli esecutivi giudiziali sono passibili di diventare definitivi, cioè incontrovertibili con effetti analoghi al giudicato, in caso di mancata opposizione o di opposizione proposta fuori termine, poiché, tenuto conto delle leggi speciali che sono state emanate in diverse materie e con le quali il legislatore ha consentito agli organi della pubblica amministrazione di ordinare ai privati, mediante ingiunzioni, il pagamento di somme di danaro, la giurisprudenza di legittimità aveva già avuto modo di individuare i c.d. titoli paragiudiziali (cfr, ex plurimis, per l'utilizzo di tale terminologia, Cass., nn. 9944/1991; 10269/1991; entrambe in motivazione), per i quali, al pari di quelli giudiziali, è previsto un termine perentorio per la relativa opposizione davanti al giudice ordinario; con la conseguenza che tali titoli diventano definitivi in caso di omessa opposizione ovvero di opposizione tardiva, in quanto proposta dopo la scadenza del termine e tale dichiarata dal giudice a conclusione del relativo giudizio.

Dalla circostanza che l'opposizione per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva venga in rilievo non già quale mera manifestazione di contestazione del credito, ma come mezzo al fine di ottenere una verifica giudiziale della fondatezza della pretesa stessa, discende che l'efficacia dell'opposizione quale atto idoneo ad impedire la definitività del titolo e l'incontestabilità della pretesa contributiva viene meno non soltanto nel caso di sua tardiva proposizione, ma anche qualora, per sopravvenute situazioni processuali, risulti definitivamente precluso il risultato a cui l'opposizione è finalizzata. Il che si verifica in ipotesi di estinzione del giudizio di opposizione; con la conseguenza che gli effetti che si generano sono gli stessi già descritti nel caso di mancata o tardiva proposizione dell'opposizione (ancora Cass. n. 17978 del 2008 cit.).

Dalla cristallizzazione della pretesa per intervenuta decadenza processuale dal diritto di proporre opposizione può derivare un delicato problema sul cosa accada se, in tal caso, la cartella contenga contributi prescritti.

L'art. 3, co. 9, della L. n. 335 del 1995, infatti, dispone che le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria non possono essere versati con il decorso dei termini prescrizionali; è opinione condivisa che tale principio comporti l'estinzione ex lege del rapporto obbligatorio, con l'effetto che i contributi eventualmente versati danno luogo in tali casi ad un indebito oggettivo, dovendo gli enti preposti provvedere alla restituzione.

Si ritiene che, non potendosi dubitare della operatività del principio di irricevibilità dei contributi prescritti, anche in presenza di un titolo ormai definitivo perché non opposto nei termini, vi sarebbe spazio per l'esercizio del potere di autotutela in sede amministrativa da parte dell'ente previdenziale (CAPURSO).

5. La tempestività del ricorso in opposizione per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva.

Le pesanti conseguenze derivanti dall'inammissibilità dell'opposizione per decorso del termine perentorio di 40 giorni dalla notifica della cartella esattoriale pongono all'interprete il delicato problema della ripartizione degli oneri di allegazione e di prova in ordine alla tempestività dell'opposizione.

Sul tema appare indispensabile l'attento esame dell'unico precedente specifico che – a quanto consta – risulta emesso dalla Suprema Corte (Cass. n. 11274 del 2007).

La pronuncia espressamente sancisce che "l'accertamento della tempestività dell'opposizione, con riguardo all'osservanza del termine prescritto dal D.L. 26 febbraio 1999, n. 46, art. 24, comma 5, in quanto involge la verifica di un presupposto processuale quale la proponibilità della domanda, è un compito che il giudice deve assolvere a prescindere dalla sollecitazione delle parti, conseguendo dal mancato rilievo della eventuale carenza di quel presupposto la stessa nullità della sentenza - rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, in ragione del difetto di potestas judicandi derivante dalla preclusione dell'azione giudiziale (cfr. Cass., Sezioni unite, n. 3176 del 1984; con riferimento al processo previdenziale, applicabile nella specie ai sensi del sesto comma dell'art. 24 cit., cfr. Cass. n. 13331 del 2001; n. 3947 del 2002)".

"Ciò comporta che - prosegue la Corte - l'allegazione dell'Istituto, contenuta nella memoria di costituzione depositata tardivamente, si configura come una mera difesa, volta alla declaratoria di inammissibilità dell'opposizione, e non come un'eccezione in senso stretto, cioè, a norma dell'art. 416 cpc, comma 2, come un'eccezione (processuale) non rilevabile d'ufficio, da proporre, a pena di decadenza, con la memoria costitutiva da depositare nel termine previsto dal primo comma dello stesso articolo (almeno dieci giorni prima dell'udienza), né come una contestazione "circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda", da proporre anch'essa nello stesso termine - giusta il disposto del medesimo art. 416 cpc, comma 3, - ma con esclusivo riguardo a fatti costitutivi non rilevabili d'ufficio e non, dunque, con riguardo a presupposti processuali (cfr. Cass., Sezioni unite, n. 761 del 2002)".

Da tali enunciati consegue che: la tempestività dell'opposizione costituisce un

presupposto processuale che condiziona la proponibilità della domanda; esso è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo; per consentirne la verifica l'opponente deve innanzitutto specificamente dedurre il giorno in cui ha avuto la notifica della cartella e, poi, fornirne la prova; l'affermazione della intempestività dell'opposizione da parte dell'Istituto costituisce una mera difesa e per essa non opera il principio di non contestazione.

Nel coordinare, però, tali principi con la fattispecie del caso concreto sottoposta all'attenzione del Collegio la decisione pone qualche interrogativo.

In prosieguo, infatti, la Corte sostiene che "la necessità … di una verifica d'ufficio riguardo alla tempestività dell'opposizione non esclude che il relativo accertamento debba svolgersi con l'osservanza del generale principio di distribuzione dell'onere della prova (art. 2697 c.c.)", censurando la sentenza impugnata "per avere espressamente addossato all'opponente l'onere di dimostrare la tempestività dell'opposizione rispetto alla data della notificazione della cartella, in violazione dei principi di diritto - enunciati da questa Corte nelle analoghe materie delle opposizioni a sanzioni amministrative e delle opposizioni a decreti ingiuntivi - secondo cui, da un lato, la mancata produzione da parte dell'opponente dell'avviso di ricevimento dell'atto non comporta ex se la inammissibilità dell'opposizione siccome tardiva (cfr. Cass., Sezioni unite, n. 1006 del 2002, cit.) e, dall'altro, la data in cui deve ritenersi compiuta la notificazione per mezzo del servizio postale è quella della ricezione del plico da parte del destinatario, e il solo documento che fa piena prova tanto di questa circostanza, quanto della persona a mani della quale la consegna è avvenuta, è l'avviso di ricevimento, con la conseguenza che incombe all'opposto che eccepisca la tardività dell'opposizione rispetto alla data di notificazione dell'atto avvenuta per mezzo del servizio postale l'onere di produrre tale documento (cfr. Cass. n. 1634 del 1984)".

Invero, l'onere di allegare l'esistenza di un presupposto processuale quale la tempestività dell'opposizione non sembra possa essere disgiunto dall'onere di provare la data di notificazione della cartella.

Anche il richiamo alle Sezioni unite (n. 1006 del 2002) non sembra esattamente in termini, atteso che il Collegio, chiamato a pronunciarsi sul "se alla mancata allegazione dell'ordinanza notificata al ricorso proposto ex art. 22 l. 689 del 1981 consegua o non la inammissibilità della opposizione", ha risolto un contrasto che riguardava la pronuncia di inammissibilità effettuata in limine litis dal giudice a mente di detta legge statuendo che la mancata allegazione dell'atto opposto non costituisce, di per sè, prova della non tempestività dell'opposizione; "sicché la dichiarazione di inammissibilità potrà intervenire anche successivamente alla fase preliminare, nel contraddittorio delle parti, ed essere dichiarata con sentenza: sia che la intempestività risulti per tabulas, a seguito del deposito degli atti da parte dell'autorità che ha emesso il provvedimento opposto, sia che permanga e diventi definitiva l'impossibilità di verificare la tempestività del ricorso".

Dal che si evince addirittura che il mancato accertamento della effettiva data di notifica della ordinanza ingiunzione ridonda a carico dell'opponente, traducendosi in una sanzione di inammissibilità dell'opposizione.

Vero è che l'opponente, in taluni casi, può incontrare obiettive difficoltà

nell'assolvere all'onere di provare la data di notifica della cartella, come nel caso in cui l'originale della cartella notificata, pur depositato, rechi annotazioni illeggibili, oppure nel caso, richiamato da Cass. n. 11274 del 2007 citato, di notificazione effettuata a mezzo posta, laddove l'avviso di ricevimento è nella esclusiva disponibilità del notificante.

Nelle ipotesi di incertezza sulla tempestività dell'opposizione per questioni afferenti la notifica, la dottrina (PERINA) sostiene che la prova della notificazione deve gravare sul soggetto che è in grado di fornirla, ossia il concessionario.

In ogni caso non par dubbio che su una tale questione il giudice abbia il potere-dovere di attivare i propri poteri officiosi, ordinando al concessionario di esibire l'originale della notifica, anche ove lo stesso non sia parte del processo.

6. Le opposizioni nel caso di irrituale notificazione della cartella esattoriale.

Accade frequentemente che l'opponente eccepisca l'inesistenza o la nullità della notificazione della cartella esattoriale.

L'occasione per proporre l'opposizione è generalmente fornita dalla notificazione o comunicazione di un qualsivoglia atto successivo della procedura che presuppone l'avvenuta notifica della cartella ovvero anche dalla conoscenza del debito contributivo che l'opponente deduce aver acquisito aliunde, ad esempio attraverso la richiesta di un estratto del ruolo presso il concessionario.

Fermo l'esame pregiudiziale della questione in ordine alla invalida notificazione della cartella che, in caso di esito negativo per l'opponente, può condurre all'immediata declaratoria di inammissibilità dell'opposizione, anche in tali casi è indispensabile una enucleazione dei vizi fatti valere con il ricorso al fine di individuare il regime giuridico da applicare al giudizio.

In ipotesi chi agisce o può far valere esclusivamente l'invalidità dell'atto a valle sull'assunto della irrituale notificazione dell'atto a monte oppure può proporre questioni inerenti il merito della pretesa contributiva, o, più spesso, introduce censure di entrambe le tipologie.

Analogamente in materia tributaria le Sezioni unite (n. 16412 del 2007) hanno avuto modo di ribadire che spetta al contribuente la scelta di impugnare solo l'avviso di mora, facendo valere l'omessa notifica della cartella esattoriale, ovvero impugnare cumulativamente anche l'atto presupposto non notificato, facendo valere i vizi di quest'ultimo per contestare radicalmente la pretesa tributaria.

Ancor più chiaramente, in seguito il Supremo Collegio, sempre in materia di riscossione delle imposte, ha statuito che "l'omissione della notifica di un atto presupposto costituisce un vizio procedurale che comporta la nullità dell'atto consequenziale notificato. Poiché tale nullità può essere fatta valere dal contribuente mediante la scelta, …, di impugnare solo l'atto consequenziale notificatogli (avviso di mora, cartella di pagamento, avviso di liquidazione), facendo valere il vizio derivante dall'omessa notifica dell'atto presupposto, o di impugnare cumulativamente anche quello presupposto (nell'ordine, cartella di pagamento, avviso di accertamento o avviso di liquidazione) non notificato,

facendo valere i vizi che inficiano quest'ultimo, per contestare radicalmente la pretesa tributaria, spetterà al giudice di merito, interpretando la domanda, verificare la scelta compiuta dal contribuente, con la conseguenza che, nel primo caso, dovrà verificare solo la sussistenza o meno del difetto di notifica al fine di pronunciarsi sulla nullità dell'atto consequenziale (con eventuale estinzione della pretesa tributaria a seconda se i termini di decadenza siano o meno decorsi), nel secondo la pronuncia dovrà riguardare l'esistenza, o no, di tale pretesa" (Cass. SS.UU. n. 5791 del 2008).

E' opinione non contrastata che la mancata notifica della cartella esattoriale non possa privare il destinatario del rimedio previsto dalla legge n. 46 del 1999 avverso l'iscrizione a ruolo e rendere inammissibile l'opposizione: il momento di garanzia deve essere recuperato nei confronti del primo atto idoneo a porre il soggetto in grado di esercitare validamente il suo diritto di difesa.

La tesi è stata già adottata dalla giurisprudenza di legittimità per ammettere l'opposizione ex art. 22 della legge n. 689 del 1981 nei confronti dell'avviso di mora, quando non risulta la notifica dell'ordinanza ingiunzione e/o della cartella esattoriale (cfr. Cass. n. 2214 del 2007; Cass. n. 3127 del 2002; Cass. n. 2293 del 2000).

Il difetto dell'atto presupposto, quale elemento costitutivo della domanda di annullamento dell'atto susseguente per invalidità derivata e *causa petendi* dell'eventuale difesa nel merito della pretesa impositiva, deve essere dedotto dal ricorrente nell'atto introduttivo del processo a pena di inammissibilità, risultando altrimenti elusa la perentorietà dei termini di impugnazione (in materia tributaria cfr. Cass. n. 24675 del 2007).

Alla funzione recuperatoria dell'opposizione va riconosciuta una sorta di forza attrattiva nei confronti della relativa disciplina impugnatoria, da cui l'esigenza di conformare la disciplina applicabile a quella dettata per l'azione recuperata (Cass. n. 17312 del 2007; Cass. n. 3035 del 2005; entrambe in materia di opposizione ex lege n. 689 del 1981; v. anche: Cass. n. 3647 del 2007).

Da ciò dovrebbe derivare che in tali casi l'opponente non può limitarsi ad eccepire l'omessa rituale notificazione della cartella, ma, gravando sullo stesso l'onere di provare la tempestività dell'iniziativa giudiziaria, deve anche allegare la data in cui ha avuto conoscenza del debito contributivo di cui, nel merito, contesta l'esistenza; da tale data, infatti, decorre il termine di quaranta giorni per proporre l'opposizione ex art. 24 D. Lgs. n. 46 del 1999.

Di avviso diverso sembra una pronuncia di legittimità – sebbene nell'ambito di un giudizio non in materia contributiva - secondo la quale "ove la notifica (della cartella) sia del tutto mancata, e l'atto sia venuto a conoscenza del destinatario per vie diverse, difettano gli estremi di certezza circa il modo, la data e il luogo della consegna proprio in vista dei quali la notifica è prescritta", sicché "non può dirsi che il termine per proporre opposizione contro quell'atto prenda a decorrere se la notificazione dell'atto medesimo non vi sia stata" (Cass. n. 18730 del 2004).

La censura con cui l'opponente deduce l'invalidità derivata di uno o più atti della procedura di riscossione, sull'assunto della irrituale notifica della cartella esattoriale, introduce una opposizione agli atti esecutivi da proporre nel termine perentorio di

venti giorni dal giorno in cui il debitore ha avuto conoscenza dell'atto successivo che necessariamente presupponga il primo.

L'alterazione della sequenza procedimentale prevista dalla legge costituisce un vizio del quomodo dell'attività esecutiva del concessionario e si traduce nella nullità dell'atto successivo impugnato per omessa notifica dell'atto presupposto.

In seguito alla declaratoria di nullità il concessionario potrà rinnovare la procedura secondo la corretta sequenza procedimentale e provvedere alla notificazione dell'atto omessa in precedenza, ove non altrimenti preclusa l'azione esecutiva.

Poiché la materia del contendere di una opposizione agli atti esecutivi ha ad oggetto l'accertamento della nullità dell'atto impugnato per impedire gli effetti che da esso derivano, non sembra sorretta dal necessario interesse ad agire una opposizione agli atti esecutivi in cui si deduca di aver avuto conoscenza del debito contributivo mediante presa visione di un estratto del ruolo ma, senza contestare il merito della pretesa, non si impugni alcun atto derivato della procedura.

Infatti, fino al compimento di un atto successivo all'omessa notifica della cartella esattoriale non discende da tale vizio alcuna conseguenza pregiudizievole per l'istante: il concessionario, in ipotesi, potrebbe non intraprendere mai l'esecuzione forzata sulla base di quella cartella, magari consapevole del vizio di notifica.

Abbiamo visto che è ammissibile per il contribuente sia lamentare il vizio formale dell'omessa notifica della cartella sia, su tale comune presupposto, contestare in radice l'esistenza del debito contributivo e spetta al giudice interpretare e qualificare la domanda contenuta nell'opposizione.

In tali casi la pronuncia sulla opposizione agli atti esecutivi non può dirsi necessariamente assorbita, atteso che vi può essere un interesse alla declaratoria di nullità dei singoli atti della procedura di riscossione senza che ciò esima il giudicante dall'affrontare il merito della controversia per accertare a cognizione piena la sussistenza della pretesa contributiva.

7. La posizione processuale del ricorrente nelle opposizioni inerenti il merito della pretesa contributiva.

Mutuando un principio di diritto affermato dalla Suprema Corte con riferimento a cartella esattoriale emessa ai sensi dell'art. 2 del previgente D.L. n. 338 del 1989, conv. con modificazioni, nella L. n. 389 del 1989, in tema di riscossione di contributi previdenziali, l'opposizione avverso la cartella di pagamento dà luogo ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo (cfr. Cass. n. 5763 del 2002).

Con più recenti pronunce si è ribadito che l'opposizione all'iscrizione a ruolo è il mezzo accordato dalla legge al debitore al fine di instaurare un vero e proprio processo di cognizione per l'accertamento della fondatezza della pretesa dell'ente (cfr. Cass. n. 17978 del 2008; n. 14692 del 2007).

Dal punto di vista della posizione delle parti nel giudizio ex art. 24, D. Lgs. n.

46 del 1999, con cui si impugna il ruolo, comunemente si sostiene che l'opponente, pur rivestendo la veste formale e processuale di attore-ricorrente, è dal punto di vista sostanziale convenuto; viceversa l'ente previdenziale è attore in senso sostanziale, mentre l'intimato è il convenuto di fatto.

Tale diffusa e condivisa opinione si è formata sugli approdi cui è giunta la giurisprudenza in materia di opposizione a decreto ingiuntivo (tra le altre: Cass. n. 5340 del 1999 e n. 5045 del 1999).

Da tale assunto derivano importanti conseguenza in tema di oneri assertivi e probatori nel processo che qui interessa.

7.1 Segue: oneri di allegazione e di contestazione.

Il giusto parallelismo con le vicende che connotano i giudizi di merito monitorio non può farci dimenticare che mentre l'opposizione a decreto ingiuntivo è preceduta da un ricorso giudiziale che individua compiutamente *causa petendi* e *petitum*, l'opposizione in questione si contrappone ad una cartella di pagamento contenente un prospetto di date, importi, causali sintetiche e, talvolta, un generico riferimento al verbale ispettivo, rispetto ai quali non sempre è agevole per il contribuente identificare fatti e ragioni su cui l'INPS avanza pretesa contributiva.

Vuole dirsi che legittimamente la cartella contiene solo gli elementi previsti dal regolamento approvato con Decreto del Ministro delle Finanze del 3/9/99 n. 321, ma tali dati, per la loro necessaria sinteticità, presentano un carattere di laconicità che li differenzia di gran lunga dai requisiti di contenuto di un atto giudiziario.

Da tale constatazione occorre partire per rammentare l'elaborazione giurisprudenziale offerta dai giudici di legittimità per altro procedimento di tipo impugnatorio quale è l'opposizione a decreto ingiuntivo.

Per la Suprema Corte, in tema di ricorso di ingiunzione per crediti derivanti da rapporti di lavoro o previdenziali, le norme sul processo del lavoro non si applicano alla prima fase di cognizione sommaria, atteso che gli artt. 633 e ss. cpc non hanno subito modifiche a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 533 del 1973.

Secondo numerose decisioni è con la memoria difensiva di costituzione che l'opposto, attore in senso sostanziale, deve indicare, tra l'altro, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda fatta valere con il ricorso per ingiunzione in conformità alle prescrizioni dettate dall'art. 414 cpc (cfr. Cass. n. 7688 del 2004; Cass. n. 5526 del 2002; Cass. n. 9824 del 1994; Cass. n. 7095 del 1994; Cass. n. 7060 del 1991).

Per altre pronunce, condiviso il principio che nel giudizio di opposizione il creditore opposto riveste la qualità sostanziale di attore, mentre il debitore opponente quella di convenuto, la domanda del creditore-attore va individuata e valutata nel suo contenuto e nei suoi limiti facendo riferimento al ricorso per ingiunzione, che è l'atto introduttivo del giudizio (inizialmente monitorio) (Cass. n. 3114 del 2001; Cass. n. 3115 del 1998).

Poiché però tale atto introduce direttamente una fase speciale e sommaria del

procedimento, che si svolge senza il contraddittorio della controparte e che consente prospettazioni e deduzioni semplificate e ridotte (pur nella garanzia della forma scritta della prova, richiesta ai sensi degli artt. 634 e 635 cpc) rispetto alla successiva fase in cui interviene l'ordinaria cognizione in contraddittorio a seguito dell'opposizione (secondo comma art. 645 cpc), la memoria difensiva dell'opposto per i giudici di legittimità deve rispondere ad una duplice funzione.

Sicuramente quella di consentire alla parte opposta di formulare, quale prima risposta all'opposizione, deduzioni o controeccezioni volte a contrastare i fatti estintivi o modificativi ovvero le domande riconvenzionali che siano stati dedotti o proposte dall'opponente (convenuto sostanziale).

Ma, tenendo conto delle implicazioni derivanti dall'innesto della fase monitoria – con le sue regole dettate dall'art. 633 e ss. cpc – nel contesto del rito del lavoro, alla memoria di costituzione nel giudizio d'opposizione a decreto va riconosciuta sostanzialmente natura di atto integrativo del precedente ricorso per ingiunzione, e rispondente al fine di adeguare al carattere ed ai principi della cognizione ordinaria la pretesa azionata in sede monitoria (Cass. n. 13467 del 2003; Cass. n. 8502 del 2002; Cass. n. 1568 del 2002).

Orbene, seppure con qualche diversità di accenti, sembra comunque chiaro che non oltre la memoria di costituzione l'opposto deve formulare compiutamente tutte le allegazioni in fatto e le argomentazioni in diritto secondo le prescrizioni imposte dal processo del lavoro.

Se tanto è richiesto dalla Cassazione nell'ambito di un procedimento nel quale gli elementi essenziali dell'azione, e cioè il fondamento o titolo (*causa petendi*) e l'oggetto (*petitum*) della pretesa azionata, si rinvengono pur sempre nel ricorso per ingiunzione, quanto meno pari oneri di allegazione in fatto e di argomentazioni in diritto devono gravare sull'ente previdenziale – attore in senso sostanziale – che si costituisce in un procedimento di opposizione in cui i fondamenti della pretesa creditoria si trovano sunteggiati in un atto extragiudiziale quale è la cartella esattoriale.

Tale assunto trova conforto proprio nell'art. 24 del D. Lgs. n. 46 del 1999 che richiama per il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva le regole dettate dagli artt. 442 e ss. cpc e, quindi, dagli artt 414 e ss. cpc.

Tra queste regole, coessenziali al funzionamento del processo che detti articoli cadenzano, vi è il rispetto della circolarità tra oneri di allegazione, di contestazione e di prova che non può ammettere deroghe per una "ineludibile tutela della certezza, celerità ed economia dei giudizi" (Cass. SS.UU. n. 8202 del 2005; cfr. n. 11353 del 2004).

Né pare essere sufficiente il rinvio al verbale ispettivo, perché le ragioni per cui si agisce non possono essere desunte da documenti diversi dall'atto di costituzione in giudizio, atteso che uno è il piano delle prove e altro è quello delle allegazioni (da ultimo, autorevolmente, Cass. n. 13825 del 2008); nel rito del lavoro tutti gli elementi della contesa devono essere interamente desumibili dagli atti introduttivi, sia per garantire i diritti della difesa che l'esercizio consapevole dei poteri del giudice.

Secondo la dottrina che si è occupata della materia (PERINA) appare allora

legittima l'opposizione nella quale l'intimato si limiti a contestare quanto possa essere desumibile dalla cartella esattoriale, allegando poi fatti impeditivi, modificativi ed estintivi del credito e riservandosi di dedurre più compiutamente all'esito della costituzione dell'INPS, allorquando l'Istituto abbia precisato i fatti costitutivi dedotti schematicamente in cartella; solo dopo che l'opposto ha integrato e specificato i fatti con la memoria di costituzione, indicando i relativi mezzi di prova, l'opponente sarà autorizzato a svolgere tutte le proprie difese in fatto ed in diritto, proponendo i mezzi di prova che si rendano necessari in relazione alle difese spiegate dall'opposto.

7.2 Segue: oneri probatori.

Dalla qualificazione dell'Istituto opposto come attore in senso sostanziale deriva come inevitabile conseguenza che su di esso grava l'onere di provare i fatti costitutivi in ragione dei quali richiede i contributi (Cass. n. 18481 del 2005).

Così grava sull'ente previdenziale l'onere di provare la natura subordinata del rapporto, sulla quale basa la pretesa contributiva (Cass. 14 marzo 1975 n. 996), ovvero l'onere di provare l'orario di lavoro (Cass. n. 4824 del 1992) o di provare l'attività prevalente ai fini dell'inquadramento dell'impresa (Cass. n. 13869 del 2004).

Al datore di lavoro incombe provare le circostanze eccettuative; così, ad es., provare che parte delle somme erogate alla cessazione del rapporto di lavoro siano escluse dalla base imponibile (Cass. n. 1077 del 1999); ovvero provare i presupposti per la riduzione dei contributi a seguito di fiscalizzazione degli oneri sociali (Cass. n. 2387 del 2004); oppure provare di avere diritto ad usufruire degli sgravi quale eccezione all'obbligo contributivo (Cass. n. 29324 del 2008; n. 16351 del 2007; n. 5137 del 2006; n. 19262 del 2003).

Frequentemente gli enti previdenziali si avvalgono a fini probatori dei verbali di accertamento ispettivi.

Solo per completezza si riportano sinteticamente i riferimenti della giurisprudenza di legittimità che si è sviluppata sul punto.

Il principio fondamentale è che i verbali ispettivi fanno piena prova, fino a querela di falso, dei fatti attestati dal pubblico ufficiale come da lui compiuti o avvenuti in sua presenza, nonché della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha redatto (Cass. SS.UU. n. 916 del 1996).

Controversa l'efficacia probatoria di altri elementi pure contenuti nel verbale.

Un primo orientamento nega qualsiasi validità probatoria ai verbali ispettivi nella parte in cui riportano fatti che non sono stati oggetto di percezione diretta da parte del verbalizzante; ne deriva che le dichiarazioni rese agli ispettori non hanno alcuna efficacia probatoria, neppure quali presunzioni semplici (Cass. n. 19092 del 2007; n. 12357 del 2003; n. 9963 del 2002; n. 2087 del 2002; n. 317 del 2002).

Secondo altre pronunce le dichiarazioni rese al pubblico ufficiale devono essere valutate dal giudice per la formazione del suo convincimento ai sensi dell'art. 116 cpc, in concorso con gli altri elementi probatori, anche se non possono costituire la prova

esclusiva dei fatti invocati dall'ente previdenziale (Cass. n. 16055 del 2004; n. 9384 del 1995).

Un terzo orientamento, infine, afferma che le dichiarazioni acquisite dagli ispettori hanno un'attendibilità che può essere infirmata solo da una prova contraria (Cass. n. 15702 del 2004; n. 405 del 2004).

Non offre ulteriori utili indicazioni l'art. 8, co. 5, del D. Lgs. n. 124 del 2004, per il quale i verbali di accertamento *sono fonti di prova ai sensi della normativa vigente relativamente agli elementi di fatto acquisiti e documentati e possono essere utilizzati per l'adozione di eventuali provvedimenti sanzionatori, amministrativi e civili, da parte di altre amministrazioni interessate*.

Si ritiene pertanto che la disposizione non abbia fatto altro che recepire il principio generale stabilito in materia dalle Sezioni Unite innanzi citate.

In ogni caso, per quanto sopra espresso, non si ritiene che i verbali ispettivi possano colmare o integrare lacune degli atti processuali di costituzione e difesa dell'ente previdenziale, neanche dal punto di vista dell'articolazione dei capitoli di prova testimoniale.

7.3 Segue: i rapporti con le azioni di accertamento negativo.

Avverso gli *accertamenti effettuati dagli uffici* degli enti previdenziali è possibile per il debitore proporre un'azione di accertamento tendente ad acclarare l'insussistenza della pretesa contributiva.

Tale possibilità trova un riscontro normativo nell'art. 24, co. 3, d. lgs. n. 46 del 1999, secondo il quale *se l'accertamento effettuato dall'ufficio è impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice*.

Secondo l'indirizzo dominante l'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo grava sul soggetto che agisce in giudizio (cfr. Cass. n. 1454 del 1951, n. 4724 del 1989, n. 6487 del 2004, n. 2032 del 2006, a cui si possono aggiungere Cass. n. 7282 del 1997, n. 12963 del 2005 e n. 3374 del 2007, relative all'ipotesi particolare di proposizione da parte del convenuto in accertamento negativo di domanda riconvenzionale basata sulla dedotta esistenza del medesimo diritto).

L'art. 2697 c.c. secondo cui *chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento* non soffrirebbe deroghe nel caso in cui il fatto che si ha l'onere di provare sia negativo, potendo la relativa prova essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo (v. Cass. n. 23229 del 2004 e rif. ivi contenuti, pronunciatasi proprio su di un'azione di accertamento dell'inesistenza di rapporti di lavoro subordinato per i quali l'INPS richiedeva contributi).

Il descritto orientamento è stato sottoposto ad un meditato ripensamento ad opera di Cass. n. 19762 del 2008 secondo la quale nelle azioni di accertamento negativo, nell'applicare le regole di distribuzione dell'onere probatorio poste dall'art. 2697 c.c.,

occorre dare rilievo non al criterio dell'iniziativa processuale, bensì al criterio di natura sostanziale relativo alla posizione delle parti riguardo ai diritti oggetto del giudizio (conforme, in precedenza, Cass. n. 1391 del 1985).

L'attore-ente previdenziale, nelle azioni di accertamento positivo, e il convenuto-ente previdenziale, nelle azioni di accertamento negativo, così come il convenuto-ente previdenziale nelle opposizioni alle iscrizioni a ruolo e nelle opposizioni a decreto ingiuntivo, mirano tutti allo stesso obiettivo, ossia all'affermazione dell'esistenza della pretesa contributiva.

La regola di giudizio deve, pertanto, essere la stessa, a prescindere dal ruolo processuale che le parti sostanziali rivestono, perché sarebbe contrario all'ordinamento giuridico che più cause aventi medesimo oggetto possano avere esito differente in considerazione del mancato assolvimento di diversi oneri probatori addossati alle parti in funzione esclusiva della veste processuale rivestita dalle stesse.

L'assunto sembra trovare avallo nella statuizione delle Sezioni Unite della Corte (sent. n. 20596 del 2007) che ha sancito il rapporto di continenza tra causa di accertamento negativo e causa di opposizione a decreto ingiuntivo (cui può assimilarsi l'opposizione a cartella esattoriale per crediti contributivi), per cui si tratta di azioni eguali che si differenziano solamente per la maggiore ampiezza del petitum: sicchè non può mutare il carico probatorio a seconda del diverso ruolo formale rivestito dalle parti (BOGHETIC).

8. La decisione sull'opposizione contro l'iscrizione a ruolo.

Il legislatore del D. Lgs. n. 46 del 1999 tace completamente sull'esito del giudizio di opposizione all'iscrizione a ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva.

Ciò ha posto delicati problemi all'interprete soprattutto nel caso di accertamento solo parziale di sussistenza del credito vantato dall'Istituto.

Secondo una prima tesi, in caso di accoglimento parziale, la sentenza si sostituisce al ruolo ed alla cartella e nel dispositivo deve essere contenuta una pronuncia di condanna del debitore al pagamento di una minor somma quantificata.

A tale soluzione si giunge applicando in via analogica l'art. 653 cpc che, in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, dispone che, in caso di accoglimento parziale del ricorso, il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza di condanna al pagamento del minor importo dovuto.

Ulteriore argomento a sostegno si trae dall'iniquità di negare all'ente previdenziale la possibilità di ottenere la formazione di un titolo di natura giudiziale.

In giurisprudenza si richiama un precedente della Cassazione formatosi però nel sistema previgente di opposizione a cartella esattoriale prevista dall'art. 2 D.L. n. 338 del 1999, conv. in L. n. 389 del 1989.

Nella sentenza si afferma che, poiché il giudizio di opposizione dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto contributivo, "l'ente previdenziale può chiedere, oltre che il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato dalla cartella, senza

che ne risulti mutata la domanda" (Cass. n. 5763 del 2002).

Secondo altra tesi, in caso di accertamento della parziale debenza dei contributi ingiunti, il giudice può limitarsi a dichiarare l'illegittimità o l'inefficacia parziale dell'iscrizione a ruolo per i crediti portati dalla cartella e ritenuti non dovuti, sicché la cartella resta e conserva la sua efficacia esecutiva per le iscrizioni a ruolo accertate come legittime.

A sostegno si rileva che non appare chiara la ragione per cui in presenza di un titolo esecutivo che è valido, seppur in parte, e sul quale è fondata la procedura esecutiva – in ipotesi neanche sospesa – il giudice debba pronunziare sentenza di condanna per gli stessi crediti per i quali pende la procedura esecutiva, creando un secondo titolo – questa volta di formazione giudiziale – sostanzialmente sovrapponibile a quello già esistente (PERINA).

Tale opinione sembra consolidarsi nella giurisprudenza di legittimità.

Già Cass. n. 21222 del 2006 aveva avuto modo di affermare l'ammissibilità di una "mera riduzione quantitativa del credito dell'ente impositore da parte del giudice tributario, che non importa la necessità per l'ente di rinnovare l'iscrizione a ruolo, essendo la minor somma ad esso sicuramente spettante per effetto della decisione di quel giudice comunque già compresa nel ruolo formato".

Più specificamente, assai di recente, la S.C. ha sancito il principio di diritto secondo cui "nel giudizio di opposizione a cartella esattoriale, emessa per la riscossione di contributi previdenziali, con la quale si contesti la sussistenza del credito, se viene accertata la solo parziale fondatezza dell'opposizione non si determina per questa sola ragione la totale inefficacia della cartella, ma il giudice deve, anche d'ufficio, dichiarare l'inefficacia della cartella solo limitatamente alle somme non dovute" (Cass. 10.9.2009, n. 19502).

Nella motivazione della pronuncia si accosta l'accertamento circa l'esistenza e la misura dei crediti iscritti a ruolo e"portati" dalla cartella a quello effettuato in sede di opposizione a precetto "nel quale l'accertata eccessività della somma portata nel precetto non travolge questo per l'intero ma ne determina la nullità o inefficacia parziale per la somma eccedente, con la conseguenza che l'intimazione rimane valida per la somma effettivamente dovuta, alla cui determinazione provvede il giudice, che è investito di poteri di cognizione ordinaria a seguito dell'opposizione in ordine alla quantità del credito".

Va sottolineato che, pur nelle diverse prospettive, non sembra necessario che l'opposto Istituto formuli una specifica domanda per ottenere un titolo per il pagamento dell'inferiore credito, atteso che la minore pretesa contributiva è da ritenersi contenuta in quella maggiore portata dal ruolo e, quindi, già oggetto del contendere.

Altrimenti ragionando si dovrebbe qualificare la domanda dell'ente previdenziale come riconvenzionale, con seri problemi di compatibilità con la veste di attore in senso sostanziale che esso assume nel giudizio di opposizione, rammentato che, come noto, negli analoghi giudizi di cognizione introdotti con l'opposizione a decreto ingiuntivo solo l'opponente, nella sua posizione sostanziale di convenuto, può proporre domande riconvenzionali, non anche l'opposto che incorrerebbe nel divieto di proporre domande

nuove (tra le altre: Cass. n. 18767 del 2004).

Sulle premesse innanzi esposte può essere affrontata la questione del tenore dei dispositivi ipotizzabili nel giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi attinenti al merito della pretesa contributiva.

Assai frequenti nella prassi giudiziale le formule di accoglimento dell'opposizione che, totalmente o parzialmente, annullano o revocano la cartella oggetto di impugnazione.

Ribadito ancora una volta che l'opposizione di merito di cui all'art. 24 del D. Lgs. n. 46 del 1999 è contro l'iscrizione a ruolo, e non è avverso la cartella esattoriale, tali formule appaiono comunque improprie, considerato che il giudice non può tecnicamente revocare un atto altrui e che per l'annullamento non vi è previsione analoga a quella contenuta nell'art. 23 della legge n. 689 del 1981, in materia di opposizione ad ordinanza ingiunzione, che consente la pronuncia demolitoria di un atto amministrativo.

Più corretto dunque, in caso di accoglimento totale o parziale dell'opposizione, dichiarare l'illegittimità o l'inefficacia dell'iscrizione a ruolo per i crediti contributivi di cui alla cartella numericamente identificata; nel caso di accoglimento parziale, inoltre, occorre individuare esattamente le partite creditorie portate dalla cartella e ritenute illegittime, anche al fine di consentire provvedimenti di sgravio da parte dell'ente previdenziale.

Bibliografia:

Si sono limitate le indicazioni bibliografiche ai riferimenti dottrinali contenuti nello scritto da intendersi come consigli utili per letture di approfondimento.

BOGHETIC, *L'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo*, in Mass. Giur. Lav., 2009, 365 e ss.

CAPURSO, *Elementi per uno studio sulle opposizioni alle iscrizioni a ruolo dei crediti contributivi*, in Inf. Prev., 2005, 947 e ss.

DE SANTIS, *Profili delle opposizioni a cartella esattoriale, con particolare riferimento alle opposizioni a cartella previdenziale,* in Inf. Prev., 2005, 901 e ss.

FERRAU', *Riscossione a mezzo ruolo di contributi previdenziali*, in Lav. Giur., 2005, 566 e ss.

GATTO, *Rapporto tra ruolo e sentenza nel caso di accoglimento parziale dell'opposizione ex art. 24 del decreto legislativo n. 46/99,* in Inf. Prev., 2003, 477 e ss.

GUADAGNINO, *Il processo previdenziale in materia contributiva*, Padova, 2008.

MOGAVERO, *Brevi note sulla motivazione della cartella di pagamento in materia contributiva. Profili processuali*, in Inf. Prev., 2005, 1045 e ss.

NODARI, *Opposizione contro l'iscrizione a ruolo nella riscossione dei contributi previdenziali,* in Lav. Giur., 2003, 563 e ss.

NICOLINI, *Iscrizione a ruolo e termine per l'opposizione: un problema di metodo*, in Riv. It. Dir. Lav., 2007, 784 e ss.

PALLADINI, *La riscossione mediante ruolo dei crediti contributivi*, in Arg. Dir. Lav., 2006, 1799 e ss.

PARISE, *Le opposizioni a cartelle esattoriali: rapporti con procedimenti di opposizione a verbale di accertamento, accertamento parziale del credito ed effetti sulla cartella, annullamento della cartella per vizi formali e potere del giudice*, in Inf. Prev., 2005, 925 e ss.
PELLECCHIA, *Le opposizioni a cartella esattoriale e all'ordinanza ingiunzione*, Piacenza, 2009.
PERINA, *Cessione, cartolarizzazione e riscossione a mezzo ruolo dei crediti contributivi*, in Lav. Giur., 2003, 627 e ss.

ANTONIO CIMMINO

Avvocato INPS

LE TECNICHE DI AGGREGAZIONE DELLA POSIZIONE ASSICURATIVA, ED IN PARTICOLARE LA TOTALIZZAZIONE, NELL'*ITER* EVOLUTIVO COMUNITARIO E NAZIONALE. NOTE PER UN DIBATTITO*

Sommario: 1. - Premessa. La valutazione diacronica delle diverse tipologie di impiego unipersonale nell'attuale contesto occupazionale. 2. - Le tecniche di aggregazione della posizione assicurativa in ambito comunitario: normazione primaria, secondaria ed acquis communautaire. Il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee. 3. - Le tecniche di aggregazione della posizione assicurativa nel quadro evolutivo della sicurezza sociale nazionale. La totalizzazione come rimedio alla sterilizzazione dei periodi lavorativi assoggettati a contribuzione. 4. - Note per un dibattito.

1. - Premessa. La valutazione diacronica delle diverse tipologie di impiego unipersonale nell'attuale contesto occupazionale.

La frammentazione contributiva trova la risposta preminente nella totalizzazione e, più in generale, nelle tecniche di aggregazione della posizione assicurativa.

Queste richiamano il fenomeno della circolazione dei lavoratori in ambito internazionale e comunitario, in origine caratterizzato da stringenti esigenze alimentari: nondimeno, essendosene progressivamente affrancato[1], esso è divenuto il fattore di sviluppo di un mercato del lavoro ampio ed anche qualificato, soprattutto in ambito europeo.

Sotto altri aspetti, l'attuale quadro giuslavoristico nazionale offre però indicazioni di assoluta novità consistenti nella diffusione della discontinuità occupazionale: dal punto di vista previdenziale, occorre quindi coniugare la flessibilità con la sicurezza

---

* Il presente scritto riproduce l'intervento al convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" dal titolo "Competitività, flessibilità e diritti fondamentali dei lavoratori", Ascoli Piceno 20-21 marzo 2009.

(1) Se si eccettua la condizione in cui versano gli Stati membri dell'Unione europea di recente acquisizione, che scontano un *gap* di arretratezza che li costringe a subire un flusso migratorio in uscita costituito sostanzialmente da manodopera a basso costo.

sociale (*flexicurity* o, con un neologismo, flessicurezza[2]).

Ed infatti, la migrazione non è più relegata al solo ambito geografico ma si realizza adesso da un lavoro ad un altro, poiché la flessibilità appare ineluttabilmente legata alla precarietà, tanto è vero che si sarebbe già determinato il passaggio dall'idea di lavoro a quella di mera laboriosità[3].

In un contesto caratterizzato dal tendenziale superamento della garanzia dell'impiego stabile, ed in movimento verso nuove forme di tutela incentrate sul lavoratore piuttosto che sul rapporto di lavoro, sarà necessario prendere in considerazione tutte le fasi della vita attiva dell'individuo all'interno di un percorso volto ad assicurare a ciascuno l'unitarietà del proprio *status* professionale[4].

Di conseguenza, la valutazione diacronica delle diverse tipologie di impiego (ed, ovviamente, di non-impiego) unipersonale porta a guardare all'irrinunciabile valore aggiunto, in termini di pacificazione sociale, che il pieno sviluppo delle tecniche di aggregazione della posizione contributiva porta con sé.

2. - Le tecniche di aggregazione della posizione contributiva in ambito comunitario: normazione primaria, secondaria ed acquis communautaire. Il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Detto sviluppo, come anticipato, presenta il carattere dell'irrinunciabilità.

Ed, in questo, occorre subito rimarcare la sostanziale diversità nell'approccio sistematico adottato dal legislatore comunitario rispetto a quello nazionale.

E' noto infatti come il Trattato di Roma non abbia dedicato particolare attenzione alle politiche sociali, poiché ciò che si sviluppava sul finire degli anni Cinquanta era un processo che scaturiva dalla necessità di strutturare un sistema di interrelazioni tra Stati sovrani limitate ai soli rapporti economici e commerciali[5].

In quel contesto, il neonato diritto comunitario disciplinava prevalentemente le "quattro libertà fondamentali" e, per quel che qui concerne, alcuni aspetti della sicurezza

---

(2) Bronzini G., *Dieci noterelle sul Green Paper*, in Rivista critica di diritto del lavoro (d'ora in avanti RCDL), 2007, 1, 9.

(3) Bozzao P., *Dal "lavoro" alla "laboriosità". Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità dell'occupazione*, in Rivista di diritto della sicurezza sociale (d'ora in avanti RDSS), 2003, 534; Giubboni S., *Diritto del lavoro e competizione regolativa nell'Unione Europea*, in Informazione Previdenziale (d'ora in avanti IP), 2008, 3, 627 e 640.

(4) Supiot A., *Il futuro del diritto del lavoro*, Roma, 2003, 63 e 66. "*Allo statuto dei lavoratori, che lega la subordinazione alla sicurezza, dovrà succedere un nuovo statuto professionale delle persone, fondato su un approccio comprensivo del lavoro e capace di legare gli imperativi di libertà, di sicurezza e di responsabilità. (…) Al paradigma del lavoro di mercato sarà così sostituito un paradigma della condizione lavorativa delle persone che non viene definita dall'esercizio di una professione o di un impiego determinato, ma che ingloba le diverse forme di lavoro (di mercato e non di mercato) che ogni persona è suscettibile di compiere nel corso della propria esistenza*".

(5) Mancini G. F., *Argomenti per uno Stato europeo*, in Sociologia del diritto, 1998, I, 8.

sociale in funzione ancillare rispetto alla libertà di circolazione dei lavoratori migranti: quest'ultima rappresentava soltanto il precipitato di una regola antidiscriminatoria concepita in chiave meramente strumentale rispetto all'integrazione economica dei singoli mercati europei.

Nonostante ciò, occorre evidenziare il rango costituzionale attribuito dal legislatore europeo all'istituto della totalizzazione attraverso la previsione contenuta nell'art. 42 TCE.

A ciò si aggiunga, sul versante cronologico, come uno dei primi interventi postcostituzionali adottati dalla neonata Comunità (economica) europea consistette giusto nell'adozione del regolamento n. 3 del 25.9.1958, la cui rubrica richiama la sicurezza sociale dei lavoratori migranti[6].

L'approccio minimalista, insito sia nella logica funzionalista che nel pragmatismo monnettiano[7], ha caratterizzato il percorso europeo dal 1957 al 1974: tuttavia, nonostante il predominio culturale di detta metodologia, sul finire di quel periodo il legislatore europeo non ha dimenticato di procedere alla revisione della normativa portante in tema di sicurezza sociale dei lavoratori migranti.

Ciò è avvenuto attraverso il regolamento CEE n. 1408/71 del Consiglio, in data 14.6.1971, che ha disciplinato l'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità[8].

Nel regolamento CEE n. 1408/71 ha trovato conferma una compiuta disciplina della totalizzazione comunitaria attraverso il dato testuale contenuto nell'originaria formulazione degli artt. 45 e 46.

Si osserva ancora come il regolamento CEE n. 1408/71 abbia significativamente anticipato un nuovo moto di interesse maturato intorno alle tematiche giuslavoristiche *tout court*, nell'ambito della pur breve stagione dell'armonizzazione funzionalista[9].

Gli anni Ottanta hanno poi segnato il momento dell'eurosclerosi e solo attraverso l'Atto Unico europeo del 1986 si è riusciti ad introdurre alcune modeste innovazioni nel processo decisionale comunitario, con ripercussioni in materia sociale e del lavoro.

Successivamente è intervenuta la Carta sociale europea del 1989 la quale, pur nella sua limitatezza, ha dato il segno di una rinnovata attenzione verso le politiche di sicurezza sociale, ed ha introdotto il Trattato sull'Unione europea.

Maastricht ha rappresentato, nel bene e nel male, una tappa fondamentale poiché ha segnato innanzitutto un cambiamento di strategia: il legislatore europeo ha mostrato

(6) GUCE n. 30 del 16.12.1958, 561.

(7) E' nota l'icastica espressione secondo la quale il Trattato di Roma sarebbe affetto da *frigidità sociale*: l'ispirazione funzionalista allora dominante mirava, infatti, ad un'integrazione limitata ad alcuni settori (agricoltura, carbo-siderurgia, tariffe doganali, trasporti, energia etc.) che avrebbero dovuto svolgere una funzione catalizzatrice rispetto agli altri. L'armonizzazione in materia sociale e del lavoro sarebbe dovuta scaturire solo successivamente, quale naturale conseguenza del funzionamento del Mercato Economico Comune.

(8) GUCE, serie L, n. 149 del 5.7.1971, 2.

(9) Giubboni S., *Politiche sociali e leggi dell'economia. L'integrazione sociale europea rivisitata*, in RDSS, 2001, 26.

la volontà di convergere verso un sistema di *soft law* che ha contemplato, nella materia in esame, interventi più mirati e meno invasivi. Inoltre Maastricht ha portato con sé l'Accordo sulla Politica Sociale (APS, inizialmente stipulato solo tra undici Stati membri), con l'estensione delle competenze comunitarie alla sfera sociale e la previsione del principio maggioritario in materie sempre più numerose. Tuttavia, solo attraverso il Trattato di Amsterdam è stata introdotta l'istanza sociale nel Trattato istitutivo della CEE, attraverso la riforma del Titolo VIII.

Orbene, nonostante la tortuosità e la laboriosità evidenziate nel rapido *excursus* appena concluso, che va dall'adozione del regolamento CEE n. 1408/71 alla fine del secolo scorso, occorre tuttavia rimarcare come proprio le tematiche trattate nel regolamento CEE n. 1408/71 (e quindi, *in primis*, una visione unitaria della contribuzione versata dal lavoratore migrante attraverso l'affinamento delle tecniche di aggregazione della posizione assicurativa), non siano state mai perse di vista dal legislatore comunitario, che si è fatto carico di una costante opera di adeguamento della legislazione di riferimento.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle fondamentali innovazioni introdotte attraverso i regolamenti CEE nn. 1247, 1248 e 1249/92 del Consiglio, in data 30.4.1992[10]. In particolare, il regolamento n. 1248/92, entrato in vigore l'1.6.1992, attraverso le modifiche apportare all'art. 46 del regolamento CEE n. 1408/71 (e l'introduzione degli artt. 46 bis, ter e quater), ha significativamente anticipato gli effetti della disciplina successivamente introdotta proprio attraverso il regolamento n. 833/2004 CE.

Appartengono alla storia meno risalente le vicende relative alla proclamazione della Carta del diritti fondamentali dell'Unione (Nizza, Dicembre 2000[11]) ed il progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, adottato dalla Convenzione europea il 10.7.2003, nell'ambito del quale le tematiche sociali e del lavoro hanno trovato ampio risalto[12].

Sono altresì ben note le profonde incertezze determinate dall'esito infausto delle consultazioni referendarie francese ed olandese, in ordine alla ratifica della Carta costituzionale europea, ed i timori connessi al processo di "allargamento" dell'Unione a 27 Stati membri: tuttavia, anche in quel frangente storico, non è venuta meno l'opera di aggiornamento della disciplina previdenziale comunitaria.

Ed ancora una volta, i temi generali della politica comunitaria (che vertono adesso sulla ratifica del Trattato di Lisbona) si sono intersecati, e si intersecano oggi, con quelli

(10) GUCE, serie L, n. 136 del 30.4.1992, 1-36.

(11) Ravelli F., *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali (d'ora in avanti GDLRI), n. 98, 2003, 325.

(12) Balandi G.G., *La solidarietà come componente non esclusiva di un ordinamento e la Costituzione per l'Europa*, in RDSS, 2005, 439; Cinelli M., *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale*, in RDSS, 2004, 447; Foglia R., *La Carta dei diritti sociali fondamentali dell'Unione europea*, in RDSS, 2001, 6; Giubboni S., *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in RDSS, 2004, 489; Lo Faro A. - Andronico A., *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in GDLRI, n. 108, 2005, 513; Perez De Los Cobos Orihuel F., *Aspetti sociali della Costituzione europea*, in Argomenti di diritto del lavoro, 2005, 2, 551; Pinelli C., *Diritti e politiche sociali nel progetto di trattato costituzionale europeo*, in RDSS, 2004, 477.

relativi alla tutela del lavoratore migrante: è stato infatti già approvato il regolamento n. 833/2004 CE del 29.4.2004[13], che entrerà in vigore entro la fine del 2009, portando così all'abrogazione del regolamento CEE n. 1408/71.

Le preoccupazioni non mancano, e la nuova disciplina rappresenterà la fonte regolatrice di fenomeni la cui complessità, al momento attuale, può solo intuirsi[14].

Nel quarto dei *consideranda* che preludono all'articolato del regolamento CEE n. 1408/71, ancor oggi vigente, si legge come il legislatore europeo abbia tenuto in debita considerazione il rispetto delle peculiarità delle legislazioni nazionali in tema di sicurezza sociale, sicché il regolamento stesso altro non configurerebbe se non uno strumento concepito al fine di elaborare un sistema di mero coordinamento[15].

---

(13) GUCE, serie L, n. 166 del 30.4.2004, 1.

(14) Come evidentemente traspare al punto 3.3.1 della comunicazione inviata dalla Commissione al Parlamento europeo il 16.11.2004 (COM 2004 752). Sul punto, inoltre: Cazzola G., *Problemi e prospettive del metodo di coordinamento aperto nell'Europa del post-allargamento*, in Diritto delle relazioni industriali (d'ora in avanti DRI), 2005, 599; Giubboni S., *Allargamento dell'Unione europea e libera circolazione dei lavoratori*, in Il diritto del lavoro-Scritti in memoria di Salvatore Hernandez (d'ora in avanti DL), 2003, 331; Grandi B., *Diritti sociali ed allargamento UE; le problematiche connesse all'estensione dei diritti*, in RDSS, 2005, 581; Limardo E., *La sicurezza sociale comunitaria tra riforme istituzionali e allargamento dell'Unione europea*, in DL, 2004, I, 99.

(15) Secondo la giurisprudenza costante della Corte europea, in mancanza di un'armonizzazione comunitaria in materia, spetta alla legislazione di ciascuno Stato membro: a) la determinazione delle condizioni valevoli sia per l'iscrizione ad un regime di previdenza sociale che per la cessazione di tale iscrizione, purché non si pongano in essere discriminazioni rispetto ai cittadini degli altri Stati membri: CGCE 7.7.1979, causa 266/78, *Brunori/Landsversicherungsanstalt rheinprovinz*, in Raccolta della giurisprudenza EURLEX (d'ora in avanti, Racc.) 1979, 02705; CGCE 24.4.1980, causa 110/79, *Coonan/Insurance officer*, in Racc. 1980, 01445; CGCE 4.10.1991, causa C-349/87, *Paraschi/Landsversicherungsanstalt wuertteemberg*, in Racc. 1991, I-04501 (pt. 15 della motivazione); b) la determinazione delle condizioni cui è subordinato il diritto a prestazioni previdenziali: CGCE 30.1.1997, cause riunite C-4/95 e C-5/95, *Stöber e Piosa Pereira/Bundesanstalt für Arbeit*, in Racc. 1997, I-00511 (pt. 36 della motivazione); CGCE 26.9.2000, causa C-262/97, *Rijksdienst voor pensioenen/Engelbrecht*, in Racc. 2000, I-07321 (pt. 36 della motivazione); c) la previsione di eventuali termini di decadenza per la presentazione della domanda volta al conseguimento di una prestazione previdenziale: CGCE 24.9.1987, causa 43/86, *Bestuur van de sociale verzekeringsbank/De Rijke*, in Racc. 1987, 03611 (pt. 17 della motivazione). Spetta inoltre al giudice nazionale, soggiunge la Corte, valutare il contenuto e l'interpretazione delle disposizioni delle proprie leggi qualora sorgano problemi esegetici in ordine alla qualificazione di un prestazione: CGCE 6.10.1987, causa 197/85, *Office national des pensions pour travailleurs salaries/Stefanutti*, Racc. 1987, 03855 (pt. 16 della motivazione). Più in particolare la stessa Corte europea, in sede di rinvio pregiudiziale, non è competente ad applicare norme di diritto comunitario ad una determinata fattispecie e, quindi, a qualificare disposizioni di diritto nazionale in relazione a tali norme. Tuttavia essa può fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario che potrebbero essergli utili nella valutazione degli effetti di queste disposizioni: CGCE 24.9.1987, causa 37/86, *Coenen ved. Van Gastel/Rijksdienst voor werknemerpensionen*, in Racc. 1987, 03589 (pt. 8 della motivazione). L'indirizzo è confermato in: CGCE 18.4.1989, causa 128/88, *Di Felice/Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indipendants*, in Racc. 1989, 00923 (pt. 7 della motivazione); CGCE 5.4.1990, causa C-108/89, *Pian/Office national des pensions*, in Racc. 1990, I-01599; CGCE 5.4.1990, causa C-109/89, *Office national des pensions/Bianchin*, in Racc. 1990, I-01619.

In un campo così sensibile e ricco di implicazioni come quello in esame, la scelta per quella più invasiva tra le fonti di rango secondario tipiche previste dall'art. 249 TCE (proprio perché si è ritenuto che il regolamento rappresentasse lo strumento più idoneo per far fronte dell'esigenza di "comunitarizzare" rapidamente quella porzioni delle legislazioni nazionali che continuavano a contrastare col principio di libera circolazione ed i suoi addentellati), non può avere un significato trascurabile al di là del cauto *incipit* appena rammentato.

In realtà la tutela del lavoratore migrante, perseguita anche attraverso la previsione normativa delle tecniche di aggregazione della posizione contributiva, rappresenta un punto fermo mai revocato in dubbio in ambito comunitario.

L'elevazione al rango costituzionale dell'istituto della totalizzazione ne è la prova, così come lo è la successiva (e continua) opera di adeguamento maturata attraverso gli atti di normazione secondaria.

E se ciò non bastasse, la logica del sistema comunitario trova il proprio meccanismo di chiusura nell'interpretazione adeguatrice della Corte di Giustizia.

Rileva infatti la Corte europea come la normativa in materia di sicurezza sociale, non potendo aver l'effetto di modificare quella nazionale[16], miri unicamente al coordinamento[17], e non alla armonizzazione, dei diversi regimi degli Stati membri: è compito esclusivo di questi ultimi determinarne struttura e caratteristiche.

Sotto questo aspetto, anche il nuovo regolamento n. 883/2004 CE sconta genetiche resistenze ed inevitabili disparità fra tra i sistemi[18], in ragione degli obiettivi nazionali, tanto per le condizioni di erogazione quanto per l'entità delle prestazioni, fissate comunque nel rispetto dei principi generali del Trattato di Roma (segnatamente, la parità di trattamento e la non discriminazione in base alla cittadinanza).

Tuttavia, laddove l'intervento legislativo non si è espresso risolutivamente, ha continuato ad affermarsi il meccanismo di salvaguardia di cui è detentore il Giudice di Lussemburgo, cui sono stati demandati la mediazione nei conflitti nonché l'eventuale riconoscimento dei diritti, in un contesto caratterizzato da tensioni transnazionali in cui il giudice europeo ha certamente contribuito, in modo decisivo, a colmare il *deficit* di democrazia[19].

Nell'enucleazione dei principi-cardine della disciplina sociale (e segnatamente previdenziale) comunitaria, proprio l'opera svolta dalla Corte di Giustizia quale interprete supremo dei Trattati, appare assai pregevole.

---

(16) CGCE 7.2.1991, causa C-227/89, *Roenfeldt/Bundesversicherungsanstalt fuer angestellte*, in Racc. 1991, 00323; CGCE 22.4.1993, causa C-65/92, *Office national des pensions/Levatino*, in Racc. 1993, 02005; CGCE 5.10.1994, causa C-165/91, *Van Munster/Rijksdienst voor pensioenen*, in Racc. 1994, 04661.

(17) Numhauser-Henning A., *Diritti pensionistici e norme comunitarie di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale alla luce degli sviluppi in materia di immigrazione e mercato del lavoro*, in RDSS, 2003, 471.

(18) Giubboni S., *Cittadinanza e mercato nella disciplina comunitaria di sicurezza sociale. Spunti per un dibattito sul Regolamento n. 883/2004*, in RDSS, 2005, 223.

(19) Cassese S., *Democrazia e Unione europea*, in RDSS, 2002, 1.

In realtà la Corte, oltre detta precipua funzione, ha progressivamente assunto quella di legislatore occulto[20], in questo certamente favorita dall'inerzia del legittimo legislatore comunitario impegnato a far quadrare i conti rispetto ad una volontà politica periodicamente dilaniata nella scelta della giusta formula per dare corpo alle istanze che trovano enunciazione nei Trattati[21].

Le interferenze funzionali di cui si è resa protagonista la Corte europea, che talvolta ha lambito la sfera teoricamente riservata al potere legislativo, sono state necessitate e comunque determinate, oltre che dalla latitanza di un sentire politicamente forte, soprattutto dal fatto che sovente gli Stati membri si sono mostrati recalcitranti nel recepire al proprio interno la normativa comunitaria non *self executing*: di fatto, l'attivismo dell'organo giurisdizionale ha portato all'emissione di sentenze di condanna degli Stati membri per mancata o ritardata attuazione della normativa comunitaria e, di conseguenza, promosso l'integrazione dei sistemi giuridici nazionali[22].

Il supremo giudice comunitario, attraverso un'assidua opera di mediazione, per un verso ha prontamente tacitato gli egoismi degli Stati membri volti ad accreditare una lettura in chiave restrittiva delle fonti normative comunitarie[23]. Per altro verso, è la stessa Corte ad aver ammonito circa l'esistenza di limiti invalicabili nell'esegesi del dato normativo[24].

---

(20) Joeges C., "La langue de l'etranger". *La necessità di osservare e comprendere le terre straniere*, in GDLRI, n. 97, 2003, 117; Veneziani B., "Labour law in the courts" ovvero della civiltà della conversazione, in GDLRI, n. 97, 2003, 125.

(21) Mammarella G. - Cacace P., *Storia e politica dell'Unione europea*, Bari, 1999, 264.

(22) Cinelli M. - Giubboni S., *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, 2005, 117. Si osserva infatti come la Corte di Giustizia, in più occasioni, abbia trovato il modo di svincolarsi da un esercizio meramente tecnico formale della funzione interpretativa facendosi carico degli aspetti di più intensa valenza umana e sociale della materia e ciò ha rappresentato, e rappresenta tuttora, un decisivo fattore di progresso.

(23) Infatti, in CGCE 13.10.1977, causa 22/77, *Fonds national de retraite des ouvriers mineurs/Mura*, in Racc. 1977, 01699, il giudice comunitario traduce il principio del *favor* nei confronti del lavoratore migrante nella materia in esame affermando che "*la censura secondo cui i lavoratori migranti sarebbero favoriti rispetto ai lavoratori che non hanno mai lasciato il loro Paese va disattesa, dato che non vi può essere discriminazione quando le situazioni legali non sono paragonabili. Le eventuali divergenze a favore dei lavoratori migranti sono dovute non già all'interpretazione del diritto comunitario, ma alla mancanza di un regime comune di previdenza sociale o alla mancata armonizzazione dei regimi nazionali esistenti, cui il semplice coordinamento attualmente in vigore non può ovviare*" (pt. 9 e 10 della motivazione). Lo stesso indirizzo viene confermato in CGCE 15.9.1983, causa 279/82, *Jerzak/Bundesknappschaft verwaltungsstelle aachen*, in Racc. 1983, 0260.

(24) CGCE 22.6.1972, causa 1/72, *Frilli/Stato belga*, in Racc. 1972, I-00457, in cui la Corte afferma il principio per cui le difficoltà che potrebbero sorgere dall'applicazione della normativa comunitaria a prestazioni come il *reddito garantito agli anziani* non pregiudicano il diritto e il dovere dei giudici di garantire la tutela dei lavoratori migranti; tuttavia, tale tutela può e deve essere garantita solo se non sconvolge il sistema istituito dalla normativa nazionale (pt. 20 e 21 della motivazione). Il *reddito garantito agli anziani* è un istituto previsto alla legislazione sociale belga, in tutto simile all'integrazione al trattamento minimo italiana, consistente in una prestazione di vecchiaia concessa ai residenti anziani le cui risorse economiche siano inferiori al minimo garantito dalla legge nazionale belga, in forza del quale il reddito dei beneficiari è integrato in misura pari alla differenza tra il suddetto minimo e le risorse di qualsiasi natura di cui i pensionati medesimi dispongano.

In sintesi, i percorsi giurisprudenziali comunitari hanno consentito di estrapolare quei principi-cardine, emersi attraverso il vaglio esegetico della pregressa disciplina previdenziale europea, che hanno rappresentato il terreno di coltura del regolamento n. 833/2004 CE e, più in generale, del diritto della sicurezza sociale europeo.

Detto regolamento n. 833/2004 CE porta ora con sé il valore aggiunto rappresentato dai principi ispiratori della riforma (semplificazione e modernizzazione): nondimeno, la libertà di circolazione dei lavoratori migranti, ed il correlato diritto alle prestazioni di sicurezza in regime di totalizzazione rappresentano il paradigma rispetto al quale la Commissione europea continua a modellare il proprio indirizzo in materia previdenziale[25].

3. - Le tecniche di aggregazione della posizione assicurativa nel quadro evolutivo della sicurezza sociale nazionale. La totalizzazione come rimedio alla sterilizzazione dei periodi lavorativi assoggettati a contribuzione.

Del tutto dissimile appare l'evoluzione del quadro normativo nazionale.

Guardando alle tecniche di aggregazione della posizione assicurativa di chi migra da un lavoro ad un altro, l'orizzonte appare irregolare volgendo l'occhio al passato, incerto se si scruta il futuro.

Tralasciando gli istituti fortemente penalizzanti sotto il profilo economico, quali la ricongiunzione contributiva prevista dalla l. n. 29/1979, l'attenzione deve ora incentrarsi sulla totalizzazione.

Nel contesto postcostituzionale, l'operatività dell'istituto in esame è stata radicalmente circoscritta ad isolate forme assicurative[26], e lo *status quo* è rimasto sostanzialmente immutato sino a quando è maturato un approfondito dibattito sulla sterilizzazione dei periodi lavorativi assoggettati a contribuzione (c.d. contributi silenti), che si è ricollegato alla più ampia tematica dell'utilizzazione dell'intera anzianità assicurativa ai fini del diritto e della misura del trattamento pensionistico[27].

Il richiamato approfondimento, che ha visto evocare a più voci la totalizzazione quale panacea, ha preso le mosse proprio dal pronunciamento del Giudice delle Leggi (si rammentano la sentenza Corte cost. 61/1999[28], cui è seguita l'ordinanza Corte cost. 244/2000[29], e successivamente la sentenza Corte cost. 198/2002[30]), che in questo frangente ha svolto un ruolo assimilabile a quello interpretato, sia pure con maggiore intensità in quanto organo prevalentemente di *common law*, dalla Corte di Giustizia.

---

(25) Anche se, nel Libro verde COM (2006) 708/F del 22.11.2006 (*Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*) sembra manifestarsi una scollatura tra politica sociale e del lavoro in ragione del mancato riferimento alla Carta dei diritti *sociali* fondamentali dell'Unione del 2002.

(26) De Luca M., *Relazione sulla ricongiunzione e sulla totalizzazione delle posizioni contributive*, in Foro Italiano (d'ora in avanti FI), 2000, I, 22.

(27) De Luca M., *Totalizzazione di posizioni contributive: garanzia di adeguatezza delle pensioni in favore dei lavoratori mobili*, in FI, 2000, I, 2411.

(28) Corte cost. 5.3.1999, n. 61, in FI, 1999, I, 21.

(29) Corte cost. 19.6.2000, n. 244, in FI, 2000, I, 2410.

(30) Corte cost. 16.5.2002, n. 198, in FI, 2004, I, 47.

Dalla sintesi è scaturita la prima organica configurazione della totalizzazione quale modello a carattere generale, rinvenibile nell'art. 71, l. 23.12.2000, n. 388 (in effetti, già l'art. 1, d.lg. n. 184/1997, aveva introdotto il cumulo dei periodi assicurativi, ma soltanto a favore dei lavoratori ai quali si applicava esclusivamente il sistema di calcolo pensionistico contributivo).

In questa prima versione, nelle linee generali, la totalizzazione non si discostava dai tratti classici propri dell'istituto, peraltro già noti al diritto comunitario: essa consentiva il cumulo virtuale per *fictio iuris* della contribuzione, versata in gestioni distinte, al solo fine del raggiungimento del diritto alla prestazione previdenziale, il tutto senza impegno economico a carico del richiedente. In capo alle singole gestioni interessate veniva altresì ripartito l'onere pensionistico *pro rata temporis*, quindi in ragione dell'anzianità contributiva rispettivamente maturata preso le gestioni medesime: la prestazione veniva liquidata, ed erogata, in forma unitaria.

Tuttavia, entrando minimamente nel dettaglio, emergevano eminenti profili di rigidità che valevano a denotare un istituto a sovranità limitata e condizionata, come si ricava analizzandone i tratti essenziali, ad esempio, per quel che attiene ai destinatari (art. 71, 1° co., l. n. 388/2000: poteva infatti accedere al beneficio il lavoratore che avesse vantato versamenti contributivi in due o più gestioni dell'assicurazione generale obbligatoria e delle forme sostitutive, esclusive ed esonerative della medesima, nonché delle forme pensionistiche gestite dagli enti ex d.lg. 30.6.1994, n. 509). Detti versamenti, separatamente considerati, non dovevano però soddisfare i requisiti minimi stabiliti dagli ordinamenti delle singole gestioni coinvolte nel procedimento[31].

Un'ulteriore limitazione atteneva alle prestazioni (art. 71, 1° co., l. n. 388/2000) poiché la totalizzazione trovava applicazione solo ed esclusivamente per le prestazioni definite "essenziali" (vecchiaia, inabilità ed ai superstiti[32]), rimanendo pertanto escluse le prestazioni di anzianità[33] e di invalidità[34].

I tratti salienti appena delineati, ritenuti già sufficientemente penalizzanti[35], sono stati paradossalmente inaspriti attraverso il d.m. n. 57/2003, attuativo dell'art. 71, l. n. 388/2000. A titolo meramente esemplificativo, ma estremamente significativo, si pensi all'introdotta impossibilità di cumulare i periodi risultanti presso le singole gestioni nelle quali l'assicurato fosse stato iscritto qualora, tra i periodi medesimi, si fossero verificate interruzioni superiori a 24 mesi (art. 5, d.m. n. 57/2003), oppure all'imposizione della "*condizione che almeno una quota del trattamento sia liquidabile col sistema contributivo*" (art. 1, d.m. n. 57/2003). Il tutto senza tacere le modifiche apportate al meccanismo di ripartizione dell'onere della prestazione (art. 8, 1° e 2° co., d.m. n. 57/2003), che hanno portato alla ferma reazione delle casse professionali.

---

(31) Cass. 12.7.2005, n. 14570, in FI, 2006, I, 1142.

(32) Cass. 1.2.2008, n. 2490, in Giustizia Civile – Massimario (d'ora in avanti GCM), 2008, 2.

(33) Cass. 5.11.2003, n. 16645, in Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro, 2003, I, 997.

(34) Cass. 28.1.2008, n. 1818, in GCM, 2008, 1.

(35) Cinelli M. - Nicolini C. A., *Le riforme annunciate: la legge delega in materia fiscale e gli emendamenti al disegno di legge in materia previdenziale; ancora problemi per la totalizzazione dei periodi contributivi frazionati*, in Rivista italiana di diritto del lavoro (d'ora in avanti RIDL), 2003, III, 105.

Nel momento in cui si levava più di una voce per denunciare sia l'iniquità che l'irrazionalità delle ulteriori limitazioni apportate attraverso il d.m. n. 57/2003, ed acclarata l'asfitticità della disciplina introdotta attraverso la l. n. 388/2000[36], con la l. n. 243/2004 sono state dettate le linee-guida di delega che hanno gettato le basi per la riforma apportata col d.lg. n. 42/2006.

Ed in effetti, quanto ai destinatari, l'art. 1, 1° co., d.lg. n. 42/2006, nell'attuare il principio di delega volto a consentire il perfezionamento del diritto a pensione in totalizzazione nel caso in cui i requisiti minimi siano già conseguibili in una delle casse, gestioni o fondi previdenziali coinvolti nel procedimento, ha profondamente innovato la precedente disciplina consentendo di ampliare, significativamente, il novero dei potenziali destinatari della facoltà in esame.

Deve invece leggersi in controtendenza la vicenda relativa al periodo minimo cumulabile, attualmente di durata non inferiore a 3 anni, ma solo a far data dall'1.1.2008 ex art. 1, 76° co., l. n. 247/2007: in effetti, il limite precedentemente contemplato dall'art. 1, 1° co., d.lg. n. 42/2006, era pari a 6 anni.

La questione deve ritenersi superata alla luce della novella del 2007, tuttavia proprio l'elevazione a 6 anni del periodo minimo di contribuzione, necessario presso ognuna delle gestioni per accedere alla totalizzazione, originariamente previsto in 5 anni dalla l. 23.8.2004, n. 243, ha indotto i primi commentatori della norma a denunciare un eccesso di delega[37].

A ciò si aggiunga una perplessità residua nell'osservare che, se l'originaria esclusione dalla totalizzazione relativamente ai periodi assicurativi di durata inferiore ai 6 anni era stata giustificata alla luce della particolare esiguità degli importi pensionistici che ne sarebbero scaturiti, non si vede come detto argomento non sia stato valorizzato *a fortiori* in sede di modifica legislativa, attraverso la quale è stato ribassato, a 3 anni, il limite preesistente.

Un ennesimo elemento di ostilità rispetto ad una piena affermazione dell'istituto della totalizzazione, e ciò sembra configurare una ulteriore violazione di delega, è rappresentato dall'estensione del suddetto periodo minimo al trattamento di vecchiaia, laddove il legislatore delegante ne aveva invece associato la sussistenza esclusivamente alla pensione di anzianità.

Quanto alle prestazioni (artt. 1 e 2, d.lg. n. 42/2006), è stato esteso il meccanismo in esame alla pensione di anzianità (come visto, precedentemente non contemplata: tuttavia permane invece l'esclusione del trattamento di invalidità).

Ed ancora, quanto alle condizioni per l'esercizio del diritto (art. 1, 2° e 3° co., e 2, d.lg. n. 42/2006), la totalizzabilità è prevista a favore di chi abbia compiuto 65 anni e possa vantarne almeno 20 di contribuzione (pensione di vecchiaia) o, in alternativa e senza vincolo anagrafico, almeno 40 anni di sola contribuzione (pensione di anzianità).

---

(36) Foglia L., *Flessibilità del lavoro e tutela delle posizioni previdenziali*, in DL, 2003, I, 176.

(37) Cinelli M. - Nicolini C. A., *Verso le elezioni; la nuova disciplina della totalizzazione dei periodi assicurativi*, in *RIDL*, 2006, III, 99; Fedele F.- Morrone A., *Le principali novità del 2006 in materia di sicurezza sociale*, in RDSS, 2006, 838.

L'introduzione di un requisito contributivo complessivo minimo (20 anni), ai fini del conseguimento del trattamento di vecchiaia in totalizzazione, anche in questo caso ha indotto i commentatori della norma a denunciare un eccesso di delega[38].

Ed ancora, quanto alla liquidazione del trattamento in totalizzazione (art. 4, d.lg. n. 42/2006), la novella del 2006 dispone l'applicazione, autentica ed integrale, del criterio *pro quota* (art. 4, 1° co., d.lg. n. 42/2006), riformando così il canone di ripartizione dell'onere della prestazione contemplato della previgente normativa (art. 8, 1° e 2° co., d.m. n. 57/2003).

Inoltre l'art. 4, 2° e 3° co., d. lg. n. 42/2006, nel disciplinare le modalità di liquidazione, introduce un elemento di novità esprimendo l'opzione per il metodo contributivo (art. 1, l. n. 335/1995): detta novità può definirsi assoluta, con ciò intendendo riferirsi alla mancanza di una simile indicazione contenuta nella l. 23.8.2004, n. 243. E' ciò non è passato inosservato: anche in questo caso, infatti, è stata evidenziata l'ennesima violazione di delega[39].

Si giunge, quindi, alla critica di fondo mossa alla via nazionale alla totalizzazione: infatti l'istituto, nella sua attuale configurazione, se per un verso è congegnato allo scopo di assicurare un trattamento previdenziale unitario al lavoratore che abbia svolto attività diverse e che, pertanto, sia stato iscritto a più gestioni previdenziali, per altro verso ha sempre incontrato il proprio storico ostacolo nel duplice argomento rinvenibile sia nell'ardua sostenibilità economica che nel pregiudizio per l'autonomia normativa delle casse previdenziali dei liberi professionisti[40].

L'articolata e differenziata normativa, che disciplina le modalità di calcolo della prestazione *pro quota* quanto agli enti privatizzati, non può passare inosservata anzi è la riprova di un disagio di fondo: e se è stato giustamente evidenziato come il legislatore abbia operato *in subiecta materia* nella direzione del superamento di un approccio metodologico di tipo categorialistico, tuttavia occorre chiedersi come mai lo stesso legislatore abbia poi introdotto una disciplina improntata ad un favoritismo strisciante, nell'ambito della quale si è persino giunti a mettere in discussione la scelta di fondo per il metodo di calcolo contributivo c.d. "puro" (che tende a valorizzare l'intera vita lavorativa del prestatore d'opera), che nel caso degli iscritti agli enti privatizzati viene "contaminato" sino a farlo assomigliare al vecchio sistema retributivo per via della formula che prevede un algoritmo finalizzato a proporzionare il calcolo operato con il sistema contributivo a quello effettuato con il sistema retributivo[41].

---

(38) Cinelli M. - Nicolini C. A., *Verso le elezioni; la nuova disciplina della totalizzazione dei periodi assicurativi*, in *RIDL*, 2006, III, 99; Fedele F.- Morrone A., *Le principali novità del 2006 in materia di sicurezza sociale*, in RDSS, 2006, 838.

(39) Cinelli M. - Nicolini C. A., *Verso le elezioni; la nuova disciplina della totalizzazione dei periodi assicurativi*, in *RIDL*, 2006, III, 99; Foglia L., *La totalizzazione dei periodi assicurativi nel sistema di ridefinizione del welfare*, in Previdenza e assistenza pubblica e privata (d'ora in avanti PAPP), 2006, III, 350.

(40) Carbone L., *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, Torino, 1998.

(41) Foglia L., *La totalizzazione dei periodi assicurativi nel sistema di ridefinizione del welfare*, in PAPP, 2006, III, 357.

4. - Note per un dibattito.

Per rimanere agli aspetti evidenziati, non possono quindi tacersi alcune perplessità che si estendono ai tratti basilari della totalizzazione nazionale.

Tornando per un attimo al dato costituzionale, si osserva come la nostra *Grundnorme* elevi la tutela previdenziale al rango di principio ed in particolare, all'art. 38, 2° co., statuisca che i lavoratori hanno diritto a che siano "*preveduti ed assicurati*" mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

Tuttavia l'uso di una formulazione onnicomprensiva, lontana dalla tassatività dell'art. 42 TCE, ha fatto si che, per un lungo tratto, il sistema italiano di sicurezza sociale sia rimasto sospeso tra un universalismo di facciata ed un particolarismo caratterizzato da una pluralità di enti, gestori ed erogatori di prestazioni, i cui rispettivi ordinamenti hanno coltivato una reciproca indifferenza.

Questo vizio originario, costituente verosimilmente una sorta di riserva mentale, sul versante interno ha caratterizzato l'*iter* degli istituti che avrebbero dovuto dare concretezza al dettato costituzionale.

Viceversa sul fronte comunitario, pur attraverso le difficoltà politiche manifestatesi nell'affermazione degli ideali europeisti, la tutela del lavoratore migrante, perseguita soprattutto attraverso la previsione normativa delle tecniche di aggregazione della posizione contributiva, ha rappresenta da subito un punto fermo mai revocato in dubbio sia attraverso l'elevazione al rango costituzionale dell'istituto della totalizzazione che nella susseguente e costante opera di adeguamento, maturata attraverso gli atti di normazione secondaria. E, soprattutto, proprio la totalizzazione ha paradossalmente anticipato il cammino che ha solo successivamente portato all'affermazione di più ampie istanze di politica sociale europea.

Sul fronte nazionale, invece, si osserva come il complesso normativo che ha retto la totalizzazione contributiva sia caratterizzato da una duplice anima e, pertanto, sia rimasto sospeso tra l'istanza evolutiva (per lo più, un'ispirazione) e quella conservativa[42].

L'analisi è condivisibile, ma necessita di una premessa: non deve imputarsi alla totalizzazione (ed agli strumenti finalizzati all'aggregazione della posizione assicurativa in genere), una contraddizione di fondo maggiore rispetto a quella che, a ben vedere, caratterizza *tout court* l'attuale configurazione del sistema previdenziale nazionale.

Osservando l'evoluzione dell'istituto in esame si giunge infatti a stigmatizzare, sino al parossismo vista l'attualità del tema, l'irrazionalità di un ordinamento di sicurezza sociale messo di fronte alle proprie aporie: promuovendo la logica insita nella totalizzazione, il legislatore ha inteso predisporre una piattaforma comune al fine di promuovere il dialogo tra i troppi enti gestori che popolano il panorama nazionale e, sotto questo aspetto, il metodo di calcolo contributivo rappresenta la "lingua franca" con la quale i rispettivi ordinamenti saranno chiamati a farlo. Ciò è frutto di coerenza

(42) Gentili M. P., *La "totalizzazione" come strumento di effettività della tutela previdenziale: un percorso incompiuto*, in RDSS, 2006, I, 302.

sistematica.

Ma sotto altro aspetto questo non basta, poiché il rischio insito nell'enfatizzazione dell'istituto in esame, quale panacea dei risvolti previdenziali della discontinuità occupazionale, è quello di creare aspettative sovradimensionate rispetto ad un meccanismo che rischia di trasformarsi in un'idea incompiuta, niente di più che guscio vuoto.

Il tortuoso sviluppo dell'istituto della totalizzazione rappresenta la vicenda paradigmatica di un sistema previdenziale le cui contraddizioni si mostrano in tutta la loro crudezza, in mancanza di una verifica sull'adeguatezza sociale degli strumenti attuali, soprattutto quanto alla loro corrispondenza agli assetti di un mercato del lavoro in continua trasformazione.

E' stata richiamata l'attenzione sulla necessità di riproporzionamento del trattamento previdenziale alla quantità di lavoro svolto, soprattutto in termini di accesso alla tutela pensionistica, ed assicurativa di disoccupazione, a vantaggio dei soggetti più deboli nell'attuale contesto lavoristico[43].

E' stato altresì evidenziato come detto meccanismo andrebbe perfezionato, e affiancato proprio dalla totalizzazione contributiva, il che consentirebbe di sfuggire alla trappola dei "minimi", che rendono i periodi lavorativi brevi, o scarsamente retribuiti[44], del tutto inutilizzabili.

Ma ciò potrebbe realizzarsi solo attraverso una totalizzazione completa ed universalistica, quindi liberata da limiti e contraddizioni attualmente vigenti: un primo e significativo passo verso il superamento delle asperità previdenziali connesse alla imperante precarizzazione.

(43) Balandi G. G., *La tutela sociale nel mercato del lavoro*, in Lavoro e diritto, 2007, 1, 4.

(44) Bronzini G., *Il diritto al reddito garantito come diritto fondamentale europeo*, in RCDL, 2009, 2, 335.

GIUSEPPE DENARO

Avvocato INPS

LA PRESCRIZIONE DEL CREDITO INGIUNTO NEL RITO MONITORIO

Sommario: 1. - Premessa. 2. - Prescrizione e giudizio. 3. - Differenti effetti del giudicato esterno e del c. d. giudicato interno. 4. - La ratio dell'art. 2945 del codice civile. 5. - Evoluzione storica del procedimento ingiuntivo. 5a. - La riforma del 1936. 5b. - La riforma del 1940. 6. - Il giudicato sostanziale e l'irrevocabilità del decreto ingiuntivo. 6a. - Irrevocabilità ed esecutorietà. 7. - La tecnica dei compilatori del codice e le norme di rinvio. 7a. - Rapporti fra disciplina speciale e ordinaria. 8. - Effetti della mancata opposizione del decreto ingiuntivo. 8a. - Corollari dell'interpretazione. 9. - Effetti della mancata o tardiva costituzione dell'opponente. 9a. - Il comma 2° dell'art. 647. 9b. - L'art. 647 come norma del processo monitorio e non del processo ordinario. 9c. - Natura dell'istanza del ricorrente. 10. - Le impugnazioni del decreto ingiuntivo. 10a. - La revocazione ordinaria del decreto ingiuntivo. 11. - La conclusione del procedimento speciale nella disponibilità di una sola parte. Considerazioni finali.

1. - Premessa[1]

Con la sentenza n. 13081 del 2004 la Cassazione civile ha dichiarato applicabile l'art. 2945, comma 2°, al procedimento d'ingiunzione, affermando che la prescrizione del credito ingiunto non corre fino al momento in cui il decreto ingiuntivo passa in giudicato[2].

---

(1) Tutti gli articoli di codice non seguiti dalla specificazione del codice, si riferiscono al codice di procedura civile. Tutte le sentenze e le citazioni di dottrina che non contengono gli estremi della loro specifica pubblicazione (rivista, sito, ecc.) sono pubblicate sul sito della De Agostini (http://quotidiano.leggiditalia.it.) e/o sul sito della Giuffrè (http://www.giuffre.it). I testi che hanno avuto più edizioni indicano l'anno dell'edizione citata.

(2) Nel caso deciso il giudicato ingiuntivo era conseguito all'estinzione del giudizio d'opposizione. **La Cassazione ha deciso che il nuovo termine di prescrizione del credito ingiunto inizia a decorrere dalla dichiarazione d'estinzione, che fa passare in giudicato il decreto ingiuntivo (art. 653)**. La parte soccombente aveva chiesto, invece, l'applicazione del comma 3° dell'art. 2945 c.c., per il quale, nel caso di estinzione del giudizio, permane solo l'effetto interruttivo istantaneo della notifica dell'atto introduttivo. La decisione non esplicita chiaramente l'idea che l'art. 2945 co. 2°, riguardi direttamente anche la fase monitoria in senso stretto del procedimento ingiuntivo (si applichi, cioè, anche quando non è stata proposta l'opposizione), limitandosi a interpretare il comma terzo dell'art. 2945 c.c. (interruzione istantanea della prescrizione in caso di estinzione del giudizio) in relazione alla regola dell'art. 653 e dell'art. 310.

Con altre sentenze (n. 6085 del 2004 e n. 6198 del 2009), poi, la Cassazione civile ha affermato che il decreto ingiuntivo acquista efficacia di giudicato sostanziale (esterno) solo a seguito della dichiarazione d'esecutorietà prevista dall'art. 647 .

La combinazione delle due proposizioni giurisprudenziali sembra portare, logicamente, alla conclusione che quando manca l'opposizione dell'intimato la prescrizione del credito ingiunto, interrotta dalla notifica del decreto ingiuntivo (art. 643, comma 3°), non corra fino all'emissione del decreto previsto dall'art. 647[3] [4].

L'enorme importanza pratica della questione[5], giustifica sicuramente un esame molto più accurato. Anche perché non è pacifico **quando e con quali effetti** il decreto ingiuntivo acquista quella definitiva stabilità (tipica del giudicato) dalla quale può iniziare a decorrere un nuovo termine di prescrizione, secondo la lettera e la *ratio* dell'art. 2945 cod. civ..

A determinare i dubbi contribuisce moltissimo la struttura (*inaudita altera parte*) del processo monitorio in senso stretto. L'idea, infatti, che decorso il termine d'opposizione, il creditore possa, senza limiti di tempo, determinare (o meno) la stabilità del decreto ingiuntivo, ed allungare a suo piacimento il termine di prescrizione del credito ingiunto, sembra a prima vista dura da digerire.

2 - Prescrizione e giudizio

L'articolo 2945, comma 2, c.c., come già detto, stabilisce che la prescrizione, interrotta dall'atto con cui s'inizia un giudizio, di cognizione, conservativo o esecutivo

---

(3) Nei casi decisi **la Cassazione ha negato che il decreto ingiuntivo non opposto, ma privo del decreto d'esecutività dell'art. 647, sia già passato in giudicato sostanziale e produca i suoi effetti in un giudizio diverso dal procedimento d'ingiunzione. Ed ha negato pure che tale decreto sia assimilabile ad una sentenza non ancora passata in giudicato, per gli effetti previsti dell'art. 95, comma 3°, della legge fallimentare (vecchio testo), che impone al G. D. al fallimento l'alternativa fra ammettere il credito o impugnare la sentenza**. Decisione confermata, di recente, anche da Cassazione civ., Sez. I, 13.08.2008, n. 21565. Per cui l'orientamento può, oramai, ritenersi consolidato.

(4) E' importante, ai fini della successiva disamina, richiamare subito anche un altro orientamento, pure consolidato, della Cassazione, secondo il quale: «…q**ualora una domanda sia diretta a far valere, nelle forme ordinarie, una pretesa creditoria soggetta al regime del concorso, il giudice adito è tenuto a dichiarare secondo i casi, l'inammissibilità, l'improcedibilità o l'improponibilità della domanda, siccome proposta secondo un rito diverso da quello previsto come necessario dalla legge, quindi inidonea a conseguire una pronuncia di merito** (Cass., Sez. I, 18 maggio 2005, n. 10414, m. 582841, Cass., Sez. I, 22 dicembre 2005, n. 28481, m. 585606, Cass. civ., Sez. I, 13-08-2008, n. 21565). **E tale improcedibilità, che va rilevata d'ufficio anche nel giudizio di cassazione, "discendendo da norme inderogabilmente dettate a tutela del principio della "par condicio creditorum"** (Cass., Sez. I, 15 maggio 2001, n. 6659, m. 546659)…».

(5) Si pensi alla quantità di decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi annualmente emessi per i quali non sempre viene richiesto dal creditore il visto d'esecutorietà dell'art. 647.

(art. 2943 c.c.), non corre fino al **momento in cui passa in giudicato la *sentenza* che *definisce* il giudizio**. La norma riguarda ogni tipo di giudizio[6]. E, quindi, il provvedimento finale cui essa fa riferimento non deve avere sempre la forma della sentenza[7], e può essere fondato, indifferentemente, sul rito o sul merito[8].

Ovviamente, non è questa la sede per esaminare compiutamente il tema complesso del giudicato[9]. E' sufficiente, però, ai nostri fini, rilevare che la sua disciplina specifica è contenuta negli articoli 2909 c.c., e 324, a commento dei quali è stato osservato acutamente[10]: *"…dobbiamo fare un rilievo relativo al tenore dei due art. 324 c. p. c. e 2909 c. c. concernenti rispettivamente la cosa giudicata formale e quella sostanziale. Tale tenore ha in comune l'espressione passata in giudicato, ed è da escludere che essa abbia nei due articoli significato diverso (o che nell'art. 324 si debba sottintendere aggiunto l'aggettivo formale e nell'art. 2909 invece l'aggettivo sostanziale). Il passaggio in giudicato nei due articoli è esattamente la stessa cosa: **per meglio dire, l'art. 324 definisce il significato dell'espressione passata in giudicato, che si legge anche nell'art. 2909**"*. Possiamo affermare, quindi, che anche l'espressione *"passa in giudicato"* contenuta nell'art. 2945, comma 2°, sia un preciso rinvio all'art. 324 ed individua il momento in cui non sono più proponibili, contro il provvedimento considerato, le impugnazioni ordinarie (*"cosa giudicata formale"*)[11].

Non assume rilievo, invece, per l'effetto voluto dall'art. 2945, il momento in cui l'*accertamento*, contenuto nella decisione non più ordinariamente impugnabile, *fa stato a tutti gli effetti* fra le parti ed i loro aventi causa (*"cosa giudicata sostanziale"*)[12]. La norma, infatti, da rilievo al momento in cui si forma il giudicato

---

(6) Cass. n. 4203/2002 per il giudizio di esecuzione; Cass. n. 10381/2004 per il procedimento d'ingiunzione. In dottrina, in tal senso, **C. Ruperto**, Prescrizione e decadenza, Torino 1968, 222, e gli Autori ivi citati.

(7) Vedi **F. D. Busnelli**, in Commentario del codice civile, Torino, 1980, a commento dell'art. 2909, p. 249.

(8) Cass. nn. 7023/83, 7040/86, 1329/1991, 7664/1995, 1608/2000, 4203/2002, 9337/2004, 24808/2005, 5104/2006, 825/2006.

(9) Per un esame approfondito in tema di giudicato si rinvia a **G. Pugliese**, Enc. Dir., Milano, vol. XVIII, alla voce Giudicato (dir. vig.).

(10) **G. Pugliese**, op. cit., p. 801.

(11) L'espressione "giudicato formale" è usata dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche per indicare quelle sentenze che decidono solo questioni di rito (competenza e giurisdizione), e che hanno *autorità* solo nello stesso processo. Per la critica di questa terminologia si veda **G. Pugliese**, op. cit., p. 801 e 803 e ss..

(12) Il contenuto della sentenza assume, invece, un rilievo oggettivo, per stabilire qual è il diritto che è stato conteso, e soggettivo, per individuare le parti contro le quali il diritto può essere fatto valere. Il momento fino al quale il contenuto della sentenza fa stato è collegato, però, al diverso limite temporale fino al quale è possibile **dedurre i fatti rilevanti**, che per **V. Andrioli**, 1979, cit., pp. 987 e ss. è la rimessione al Collegio, nel secondo grado, e l'udienza di precisazione delle conclusioni nell'unico grado. **F. D. Busnelli**, op. cit., p. 227, n. 40, attribuisce carattere innovativo e importante all'espressione "a tutti gli effetti" contenuta nell'art. 2909 (mancante nel precedente art. 1351 del codice del 1865). Secondo lui quell'espressione vale solo per l'*accertamento* sostanziale. Tutti gli altri tipi di *accertamento* non fanno stato a tutti gli effetti.

(*stabilità*), non al momento (sempre anteriore e spesso dubbio) in cui si forma il suo fare stato (*autorità*).

Occorre tener presente, però, per evitare possibili equivoci, che l'*autorità* dell'*accertamento* e la *stabilità* della sentenza che lo contiene, vengono ad esistenza nello stesso momento, come le due facce della stessa medaglia[13]. Da questa contemporaneità, deriva che il momento, interno al processo, in cui scade il limite processuale alla deducibilità dei fatti rilevanti (il momento fino al quale, com'è noto, arriva il *fare stato* dell'accertamento) non produce ancora, di per sé, l'*autorità* del giudicato, e viene ad esistenza **sempre prima** dell'emissione della **sentenza** (in mancanza d'impugnazioni ordinarie) **finale**[14] [15]. Con lo scadere di tale limite interno, si realizzerebbe, secondo alcuni, il c. d. *giudicato interno,* che consente alle parti ed al giudice (ma solo nell'ambito

(13) **L'*autorità* dell'*accertamento* non esiste prima della sentenza**. Solo dopo la sentenza, infatti, l'*accertamento fa stato* o *copre* o impedisce di far valere di nuovo i fatti avvenuti prima del limite della deducibilità. Nel procedimento d'ingiunzione il limite della deducibilità, per l'intimato, scade insieme al termine per l'opposizione. Il pagamento successivo, quindi, estingue il credito ingiunto, ed è opponibile anche in fase esecutiva, nonostante il decreto d'esecutività previsto dall'art. 647 sia stato emesso dopo di esso (per il pagamento precedente diremo in avanti alla nota n. 134). Ciò avviene **non perché** il giudicato sostanziale si è formato prima del pagamento, allo scadere del termine d'opposizione (perché il giudicato sostanziale si formerà insieme al giudicato formale, dopo l'emissione del decreto dell'art. 647 ed il vano decorso del termine per la revocazione ordinaria), **ma perché** il *fare stato* dell'accertamento ingiuntivo retroagisce al momento della scadenza del termine per l'opposizione. La verità di quanto ora detto si coglie appieno in sede fallimentare (v. sopra alla nota n. 3). E' chiaro che, se il decreto ingiuntivo fosse già passato in giudicato sostanziale col decorso del termine d'opposizione, il Giudice Delegato dovrebbe prenderne atto a prescindere dall'art. 95 (come sostiene, ad esempio, **E. Garbagnati,** Il procedimento d'ingiunzione, Milano, 1991, p. 257). Affermare che il decreto ingiuntivo non opposto passa in giudicato nel momento in cui scade il termine per l'opposizione, allora, significa soltanto che il giudice dello stesso decreto o il giudice dell'opposizione intempestiva contro lo stesso decreto non possono svolgere altra attività diversa dalla dichiarazione d'esecutività o d'improcedibilità o d'inammissibilità. Ciò significa che la scadenza del termine per l'opposizione ha valore esclusivamente interno allo stesso procedimento d'ingiunzione e non fa acquistare al decreto ingiuntivo **alcuna *autorità* esterna** a quel processo. Situazione questa che non s'inquadra per certo né nell'art. 2909 c.c., né nell'art. 324.

(14) Nel procedimento ingiuntivo, ad esempio, è frequente il caso in cui, dopo il decorso del termine d'opposizione, il giudice del decreto, sull'istanza dell'art. 647, rilevi la nullità della notifica per l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge n. 890 del 1982, sulle notifiche a mezzo posta (v. Corte Costituzionale n. 346 del 1998), la cui retroattività per la Cassazione (Sez. Un., nn. 2274/1984, 14541/2001, 10844/2003) trova limite solo nel giudicato o nelle preclusioni scaturenti da norme processuali **diverse da quelle dichiarate illegittime**. Proprio di recente la Cassazione (Sez. III, 9 luglio 2008 n. 18847) ha affermato che la regolarità della notifica del decreto ingiuntivo, all'atto di emanare il decreto previsto dall'art. 647, va accertata dal giudice senza distinguere fra notifica anteriore o posteriore alla dichiarazione d'incostituzionalità. In tali casi il giudice potrà ritenere dubbia la conoscenza del decreto ingiuntivo da parte del debitore, ed ordinare il rinnovo della notifica, con conseguente rimessione in termini dell'intimato. La stessa situazione si ha quando il debitore propone opposizione tardiva, ai sensi dell'art. 650, dimostrando che proprio quella nullità (anche sopravvenuta) gli ha impedito di avere tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo (la stessa Cassazione n. 18847 del 09.07.2008 ha affermato, anzi, che l'intimato non può dedurre tale vizio di notifica in

dello stesso processo) di far valere o di rilevare d'ufficio la preclusione allo svolgimento d'ogni ulteriore attività processuale[16] [17].

3. - Differenti effetti del giudicato esterno e del c. d. giudicato interno

1. Il giudice **non può decidere diversamente la stessa causa in un diverso processo,** ma deve dichiarare d'ufficio l'esistenza del giudicato nel momento in cui ne

---

sede d'opposizione all'esecuzione, ma deve proporre proprio l'opposizione tardiva prevista dall'art. 650). E' evidente, in entrambe le situazioni, che **un fatto avvenuto dopo la scadenza del termine per l'opposizione** (la dichiarazione d'incostituzionalità) **ha impedito che il giudice, con il decreto dell'art. 647, attribuisse *autorità* di giudicato formale al decreto ingiuntivo** nonostante la scadenza del limite interno dell'opponibilità.

(15) E' importante non confondere, come si è già detto, il momento in cui il giudicato viene ad esistenza (unico e sempre uguale perché formalizzato dall'art. 324) con il diverso momento **fino a cui** si producono i suoi effetti sostanziali (il suo fare stato); né bisogna mai confondere **i soggetti a cui il giudicato si riferisce**. Il fallimento del debitore (v. sopra alla nota n. 4) rende improcedibili **tutti** i giudizi in corso alla sua data, ivi compreso **il procedimento monitorio in senso stretto che diviene improcedibile nei confronti del fallimento** se non si è già concluso prima della sua dichiarazione (con l'emissione del decreto dell'art. 647). **Il potere del creditore (di presentare l'istanza di cui all'art. 647) permane, quindi, soltanto nei confronti del debitore originario** (che non perde la propria legittimazione passiva per effetto del fallimento), ma non produce effetti (e non può portare ad alcun giudicato valido) nei confronti della massa fallimentare.

(16) Per la critica della definizione di "giudicato interno" si rinvia ancora a **G. Pugliese**, op. cit., p. 801 e 803 e ss.. Occorre aggiungere a tale critica, che la ragione principale della distinzione (rilevabilità del *giudicato interno* d'ufficio, e del *giudicato esterno* su eccezione di parte) oggi è venuta meno perché le Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 25 maggio 2001 n. 226) hanno deciso che **il giudicato** (sia interno che esterno) **è sempre rilevabile d'ufficio** in ogni stato e grado del procedimento. Tuttavia, a certi fini, la distinzione rimane utile. Ad esempio, la violazione del giudicato interno, che si presume sempre noto al giudice del processo, per dottrina e giurisprudenza, **si risolve in errore di giudizio denunciabile solo con il ricorso per cassazione e non con la revocazione ordinaria del n. 5 dell'art. 395**, che presuppone, invece, l'ignoranza da parte del giudice del giudicato contrario. Ugualmente utile appare la definizione in tutti i casi in cui essa vuole indicare che un punto decisivo della controversia, non può essere riesaminato dal giudice del gravame, perché non impugnato, anche per implicito, o non riproposto dalla parte che vi aveva interesse. Si tratta di tenere ben presente, però, che queste distinzioni non modificano la realtà del giudicato, ma descrivono alcuni dei suoi effetti, concorrendo anche altre condizioni (negli esempi già fatti, l'elemento concorrente è la necessaria conoscenza o l'ignoranza del giudicato da parte del giudice).

(17) Il codice di rito, oltre l'*autorità* del giudicato, conosce anche l'*autorità* della sentenza non ancora passata in giudicato (art. 337, art. 95 legge fallimentare vecchio testo). Il decreto ingiuntivo munito del visto d'esecutività, previsto nell'art. 647, in quanto definisce l'unico grado del giudizio speciale d'ingiunzione, lasciando aperte solo le impugnazioni, equivale alla sentenza ancora impugnabile, prevista dall'art. 95 L. F., e per questo motivo determina nel Giudice Delegato gli stessi obblighi (ed in generale quelli previsti dall'art. 337). Ovviamente gli autori per i quali il giudicato ingiuntivo si forma allo scadere del termine d'opposizione, ritengono che il decreto non opposto obblighi il Giudice Delegato all'ammissione del relativo credito a prescindere dal decreto dell'art. 647.

viene formalmente a conoscenza[18]. Nella pratica si dice che il giudicato determina **la legge del caso concreto**. Lo stesso effetto, invece, non deriva dal c. d. *giudicato interno,* il quale ha ancora *in itinere* quella legge in concreto, e consente al diverso giudice solo di rilevare, d'ufficio o su eccezione, la litispendenza, la continenza o la connessione di cause.

La differenza è fondamentale: il giudicato nascente da un diverso giudizio definitivamente chiuso impone al giudice del nuovo giudizio di farne dichiarazione con sentenza (perché esso *fa stato* anche nei suoi confronti). Il giudice deve dichiarare con sentenza che quella lite è stata già decisa in un certo modo in un altro processo, e non può nemmeno rimettere le parti davanti all'altro giudice, preventivamente adito, che si è già spogliato definitivamente del proprio processo. Se non lo fa, perché ignora l'esistenza del precedente giudicato, emette una sentenza *revocabile* (art. 395 n. 5). Se non lo fa per altri motivi, emette una sentenza *ricorribile* (art. 360, comma 1°, n. 5).

Il giudicato interno, formatosi in un diverso giudizio ancora in corso, invece, impone al giudice, successivamente adito (d'ufficio o su eccezione di parte), di applicare le regole della prevenzione, che vogliono pur'esse impedire il formarsi di giudicati contrastanti; e se ne ricorrono i presupposti, gli impone di rimettere le parti davanti al giudice precedentemente adito, che ancora dispone del giudizio. Se il giudice successivamente adito non applica la regola della prevenzione (perché non sa dell'esistenza del precedente giudizio) emette una sentenza non revocabile (perché manca ancora il precedente giudicato contrario) e suscettibile di passare in giudicato, in mancanza d'impugnazione, che impedisce al giudice del processo iniziato prima, informato del precedente giudicato, di decidere diversamente la sua causa (pena la revocazione o il ricorso per cassazione). Tutto ciò deriva dal fatto che il giudicato interno non fa stato a tutti gli effetti ma fa stato solo nel processo in cui si è formato[19].

2. L'*autorità* dell'*accertamento* (il suo *fare stato*) retroagisce sempre al momento in cui i fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto potevano ancora essere fatti valere

---

(18) La sentenza contraria ad un precedente giudicato è revocabile in base al n. 5 dell'art. 395. Se la sentenza revocabile è ancora appellabile il motivo di revocazione si trasforma in motivo d'appello. Occorre precisare, a questi fini, che il giudicato contrario può essersi formato anche il giorno prima del deposito della sentenza soggetta a revocazione, e quindi, nel procedimento ingiuntivo, anche il giorno prima dell'emissione del decreto di esecutorietà. La legge consente di difendere il precedente giudicato oggettivamente, prescindendo dai principi che regolano le prove, i poteri delle parti, la disponibilità del processo, il limite di proponibilità delle eccezioni. Ciò che rileva ai fini della revocazione prevista nel n. 5 dell'art. 395 è l'oggettiva preesistenza del giudicato contrario e la mancanza nella sentenza da revocare di ogni valutazione, giusta o sbagliata, su di esso. E ciò spiega e giustifica il fatto che il giudicato è rilevabile d'ufficio, senza limiti, in ogni stato e grado del processo.

(19) Nel procedimento ingiuntivo, ad esempio, nel tempo corrente tra lo spirare del termine d'opposizione (che chiude il limite della deducibilità dei fatti rilevanti) e l'emissione del decreto dell'art. 647 (che chiude il grado unico del giudizio speciale) può essersi formato in altro giudizio (speciale o ordinario) un giudicato contrario al decreto ingiuntivo non opposto (senza che alcuna eccezione di litispendenza, continenza o connessione sia riuscita ad impedirlo). Giudicato contrario che diventa motivo di revocazione ordinaria del decreto ingiuntivo non opposto (art. 656), impedendone la *stabilizzazione* (il passaggio in giudicato sostanziale esterno).

(*limite della deducibilità*)[20]. Il *fare stato* del giudicato, quindi, non coincide mai con la data in cui si forma l'*autorità* del giudicato (salvo il caso della sentenza costitutiva).

3. I fatti che incidono sul diritto conteso (impeditivi, modificativi, estintivi) possono prodursi anche nel corso dello stesso processo. Se avvengono prima del *limite della deducibilità*, debbono essere dedotti per evitare di essere coperti (cioè annullati) dal formarsi successivo del giudicato sostanziale. Se, invece, intervengono dopo quel *limite* non sono intaccati dal giudicato e possono farsi valere, eventualmente, anche in sede esecutiva.

La prescrizione, invece, è l'unico fatto estintivo del diritto conteso che per legge (art. 2945, comma 2°, c. c.) non può compiersi nel corso del processo e non è mai intaccata, quindi, né dallo scadere del *limite della deducibilità*, né dal formarsi del successivo giudicato[21]**.** La prescrizione del diritto conteso può avere effetto estintivo, e deve essere dedotta nei termini, solo quando si è già compiuta prima dell'inizio del processo (ex art. 2945, comma 2°, c. c.), oppure dopo la formazione del giudicato (art. 2953 c. c.).

4. Il giudicato non è modificabile nemmeno per legge (essendo la legge del caso concreto non può essere derogata da una legge generale): nessun limite, invece, incontra il legislatore nel modificare il c. d. giudicato interno[22].

5. Il giudicato, acquisita la stabilità, definisce il giudizio e pone fine all'interruzione permanente del termine di prescrizione. Il c. d. giudicato interno, invece, non ha alcun effetto sul termine di prescrizione perché non definisce il giudizio.

6. Il giudicato, acquisita la stabilità, trasforma in decennale il termine di prescrizione del diritto (art. 2953 c. c.)[23].

4. - La *ratio* dell'art. 2945 del codice civile

Per alcuni autori, il processo impedisce il decorso della prescrizione perché è esso stesso esercizio del diritto.

Per altri, il legislatore vuole che la *decisione finale* del giudizio sia sempre

---

(20) L'*autorità* del giudicato, quindi, si forma nel momento in cui esso raggiunge la *stabilità*, ma produce affetti a ritroso fino (*copre o fa stato* fino) al momento, in cui era ancora possibile dedurre i fatti rilevanti. Per cui, in astratto, è vero che fatti avvenuti prima del momento della *stabilità* del giudicato possono impedire, modificare o estinguere il diritto in esso consacrato, senza con ciò intaccarne l'*autorità*. A questa regola, come detto nel testo, fa eccezione la prescrizione che non può mai compiersi durante il processo.

(21) Sui problemi determinati dal verificarsi di fatti estintivi, nel corso del procedimento ingiuntivo, v. sopra alla nota 13 e più avanti alla nota n. 134.

(22) Sul punto v. **F. D. Busnelli,** op. cit., p. 228.

(23) La Cassazione ha sempre affermato (vedi, per tutte, la sentenza n. 13544 del 1999) che all'azione nascente dal giudicato si applica solo la prescrizione di cui all'art. 2953 c.c. (negando, ad esempio, in conseguenza, che al debito contributivo oggetto del giudicato possa applicarsi anche la sospensione del termine di prescrizione prevista dall'art. 2, comma 19, della legge 463 del 1983).

possibile (il diritto non deve estinguersi per la durata del processo)[24]. Quest'ultima giustificazione spiega meglio perché l'estinzione del giudizio elimina l'effetto permanente dell'interruzione (art. 2945, comma 3°)[25]. L'esercizio del diritto, infatti, esiste fino al momento della dichiarazione d'estinzione, mentre l'esigenza di emettere il *provvedimento finale* viene meno nel caso d'estinzione del giudizio.

Il provvedimento, oltre che essere inoppugnabile (passato in giudicato), per l'effetto dell'art. 2945, comma 2°, deve anche *definire* il giudizio (nella sua interezza). Non producono lo stesso effetto quei provvedimenti, anche definitivi, che decidono *una parte non autonoma del giudizio* (art. 279 n. 4 c.p.c.); o quei provvedimenti c. d. anticipatori dell'efficacia finale, che consentono la provvisoria esecuzione del diritto lasciandolo in contestazione[26].

Su queste premesse, occorre stabilire quale sia il *provvedimento passato in giudicato che definisce* il procedimento ingiuntivo dal quale inizia a decorrere un nuovo termine di prescrizione del credito ingiunto.

---

(24) L'art. 2128 del codice civile del 1865 recitava:"*Si ha come non interrotta la prescrizione: se la citazione o intimazione è nulla per incompetenza dell'ufficiale che l'ha eseguita, o per difetto di forma; se l'attore recede dalla domanda; se la domanda è perenta; se la domanda è rigettata*". Mancando, allora, una norma identica all'art. 2945, comma 2, sicuramente innovativo, si riteneva che la prescrizione decorresse **alla fine di ogni grado del giudizio** (la *domanda rigettata* dell'art. 2128 era quella della sentenza non definitiva; **Ruperto**, op. cit., p. 177). Oggi l'art. 2945, comma 2°, parla chiaramente **di sentenza passata in giudicato che definisce il giudizio**, per cui la Cassazione (18.01.2006 n. 825) esclude che l'atto d'appello, in quanto interno al giudizio, sia idoneo ad interrompere autonomamente la prescrizione. Questa considerazione dimostra che oggi la sospensione dura finché dura il processo. In tal senso si richiamano due sentenze della Cassazione. La prima in tema d'estinzione del giudizio d'appello (n. 19639/2005), la seconda in tema d'estinzione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo (n. 10381/2004). Entrambe affermano che **la sentenza di primo grado** (ex art. 338) **o il decreto ingiuntivo** (ex art. 653) **passano in giudicato dopo la dichiarazione dell'estinzione** (meglio, dopo l'irrevocabilità dell'ordinanza di estinzione), **che diventa il vero momento finale dei relativi giudizi**. La stessa conclusione, a nostro avviso, deve valere per le ipotesi d'improcedibilità e d'inammissibilità dell'appello o dell'opposizione. In tutti questi casi, anche se l'***accertamento*** si è già consolidato automaticamente (ma come giudicato interno), nel momento in cui sono scaduti i termini per la *deducibilità* dei fatti rilevanti, il processo, formalmente, continua ad esistere fino a quando non interviene la definitiva dichiarazione dell'estinzione, dell'improcedibilità o dell'inammissibilità. Da ciò si può anche dedurre che mentre il *limite della deducibilità* dei fatti rilevanti è (relativamente) indisponibile dalle parti, perché si compie **automaticamente** allo scadere dei termini per esso previsti, il tempo della *stabilità* (la fine formale del processo) può essere ritardato dalle parti, allungando anche il termine di prescrizione del diritto conteso. Questa situazione si può verificare, anche macroscopicamente, nel procedimento monitorio in senso stretto.

(25) Cass. 18.01.2006 n. 825 ha ritenuto inammissibile la questione di costituzionalità dell'articolo 2945, comma 3°, c.c. in riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione, enunciando le linee generali dell'interpretazione dell'art. 2945 c.c..

(26) La provvisoria esecuzione non fa decorrere la prescrizione del diritto conteso, né da luogo all'*actio iudicati* che richiede il giudicato.

5. - Evoluzione storica del procedimento ingiuntivo

Il procedimento d'ingiunzione è stato disciplinato per la prima volta con il R. D. 24 luglio 1922 n. 1036[27]. Esso prevedeva (art. 6) l'esecutorietà automatica del decreto non opposto nel termine stabilito[28]. L'esecuzione, però, poteva essere sospesa dal giudice, nel contraddittorio delle parti, a seguito d'opposizione proposta anche fuori termine[29].

L'opposizione tempestiva, seguita dalla comparizione in giudizio dell'opponente, *sospendeva* automaticamente l'efficacia dell'ingiunzione, lasciando in vita soltanto la pendenza della lite (art. 12)[30]. Se l'opponente tempestivo non compariva all'udienza fissata, il giudice autorizzava *il creditore comparso regolarmente* a procedere all'esecuzione forzata (art. 10). L'opposizione contro il decreto era proponibile, senza particolari giustificazioni, fino al termine dell'esecuzione forzata (art. 15), ma non la sospendeva, salvo il potere del giudice di sospenderla in contraddittorio fra le parti. Nell'opposizione fuori termine, la mancata comparizione dell'opponente produceva (anche senza la regolare comparizione del creditore) la *definitiva esecutorietà del decreto e precludeva ogni altra opposizione* (art. 11).

Non erano previste impugnazioni del decreto divenuto esecutivo per inattività dell'intimato. Al debitore che non avesse ricevuto la notifica *in persona propria* e *non avesse fatto opposizione* né *pagato dopo la notificazione del decreto,* era concessa un'azione di danni nel termine perentorio di sei mesi dalla fine dell'esecuzione **fondata sulla *illegalità o inesistenza della pretesa del creditore*** (art. 15 co. 3°).

Questo sistema non era compatibile con il concetto di giudicato, sia perché sacrificava coscientemente il contraddittorio (non era previsto alcun controllo del giudice sull'effettiva notificazione del decreto ingiuntivo), sia perché consentiva al debitore inconsapevole di contestare il credito anche dopo la definitiva esecutorietà del decreto (azione di danni)[31].

5a. - La riforma del 1936

Il successivo R. D. n. 1531 del 1936, invece, escludeva l'esecutorietà automatica del decreto ingiuntivo e consentiva, senza giustificazione, solo l'opposizione tempestiva. Introduceva la possibilità, in certi casi, di dichiarare immediatamente esecutivo il decreto (art. 12), consentendo al giudice dell'opposizione di sospenderne l'efficacia (art.18). Consentiva al giudice dell'opposizione tempestiva di dichiarare immediatamente esecutivo il decreto in determinati casi (art. 17).

---

(27) Emanato in base alla legge 9 luglio 1922 n. 1035.

(28) La mancata opposizione era certificata dal cancelliere sulla copia del decreto contenente la relazione di notifica. Il cancelliere riceveva la notifica di copia dell'opposizione direttamente dal debitore.

(29) L'opposizione tardiva era consentita senza limiti, ma non sospendeva l'esecuzione.

(30) Con l'opposizione tempestiva, quindi, cessava ogni efficacia del decreto ingiuntivo, permanendo solo l'effetto della citazione. Era la fattispecie tipica del c. d. processo documentale. La prova scritta necessaria doveva essere quella "*valida secondo le norme del codice civile o del codice di commercio*" (art. 1, comma 1°).

(31) Nel senso che il decreto ingiuntivo, allora, avesse solo efficacia di titolo esecutivo, **Lucarini**, La ingiunzione italiana, Torino, 1926, pag. 5 e ss..

Tutelava il debitore, *involontariamente inconsapevole del decreto,* con il "*potere"* del giudice di ordinare il rinnovo della notifica, nei casi di dubbio sulla sua effettiva conoscenza da parte dell'intimato (art. 16), e con la previsione, in ipotesi tassative, dell'opposizione tardiva (art. 20) entro 15 giorni dall'inizio dell'esecuzione. Affidava al giudice dell'opposizione tardiva il potere di sospendere l'esecutorietà del decreto, o di concederne la provvisoria esecutorietà nei casi dell'art. 17. Introduceva le impugnazioni del decreto ingiuntivo: l'azione *revocatoria,* nei soli casi straordinari previsti nei numeri 1 e 2 dell'articolo 494 del codice del 1865, e l'opposizione di terzo revocatoria (art. 27)[32]. Aboliva l'azione di danni fondata sull'*illegalità o inesistenza della pretesa del creditore*.

In questo nuovo sistema, era possibile ammettere la formazione del giudicato ingiuntivo, visto che era previsto il controllo preventivo del contraddittorio, ed era escluso l'accertamento successivo dell'illegalità ed inesistenza della pretesa del creditore a fini risarcitori[33]. Il giudicato si formava al momento dell'emissione del decreto d'esecutorietà (art. 16) visto che contro il decreto divenuto esecutivo, a norma dell'art. 16, erano ammesse solo impugnazioni straordinarie (cioè successive alla formazione del giudicato).

5b. - La riforma del 1940

Il codice del 1940 riordinava l'intera disciplina inserendola nel suo Libro IV, e coordinandola con le norme generali del Libro I. Con una nuova disposizione (art. 645, co. 2°) separava la disciplina della fase monitoria (nella quale l'intimato è inattivo) da quell'ordinaria (nella quale, invece, egli si attiva), e distingueva i casi in cui l'irrevocabilità del decreto consegue all'inattività dell'intimato (art. 647) da quelli in cui essa deriva anche dalla sua attività (artt. 652, 653, 654). Distingueva, con precisione, la provvisoria *esecuzione* del decreto (artt. 642, 648, 649) dalla sua *esecutorietà* (artt. 647, 650, 652, 654), considerandole situazioni diverse, per l'ampiezza della cognizione e per i presupposti di fatto[34]. Ampliava i casi di revocazione del decreto ingiuntivo,

---

(32) L'art. 494 del codice di rito del 1865 non prevedeva il dolo del giudice, aggiunto dall'art. 395 al n. 6.

(33) Per la dottrina, sia contraria che favorevole alla tesi del giudicato, vigente il decreto n. 1531 del 1936, **R. Poggeschi**, Nuovissimo Digesto Italiano, Ingiunzione (procedimento), p. 668. Per la Cassazione, già allora, il decreto non opposto acquistava efficacia di giudicato: Cass. nn. 9/1939, 3000/1940, 101/1941, 1443/1941, 2200/1941, 2381/1941, 405/1942, 1611/1942, 2168/1942, 2265/1942, 2428/1942 (sentenze citate da **E. Garbagnati**, op. cit., p. 5, nota n. 9).

(34) Il R.D. n. 1531 era stato, invece, molto impreciso. Nell'art. 12, 1° comma parlava di *decreto immediatamente esecutivo*, nei successivi commi 2° e 3° d'*esecutorietà immediata*, nell'art. 16, 1° comma di *definitiva esecutorietà* e nel comma 4° d'*esecutorietà*, nell'art. 17, comma 1°, di decreto *immediatamente esecutivo* e di *provvisoria esecutorietà*, nel comma 2° di *provvisoria esecutorietà*, nell'art. 18 d'*esecutorietà*, nell'art. 19 di *provvisoria esecutorietà*, nell'art. 20 d'*esecutorietà*, nell'art. 22 d'*esecutorietà*, nell'art. 25 d'*esecutorietà*. La terminologia, in tal modo, non era d'alcun aiuto nell'interpretazione. Ad esempio, l'*esecutorietà*, che non era sospesa ma che il giudice poteva sospendere, nell'opposizione tardiva, era l'immediata, la provvisoria, o la definitiva? Oggi il dubbio non ha ragione d'esistere perché l'*esecutorietà* è diversa dall'*esecuzione provvisoria*.

aggiungendovi ***la revocazione ordinaria del n. 5***[35] e la revocazione straordinaria del n. 6 (che il codice del 1865 sconosceva).

In applicazione dell'art. 101, trasformava in ***obbligo del giudice del decreto*** la semplice *possibilità,* prima prevista, di ordinare il rinnovo della notifica nei casi di dubbi sulla conoscenza da parte dell'intimato[36]. Riformulava la disciplina dell'opposizione tardiva (art. 650): condizioni d'ammissibilità, sospensione dell'esecutorietà, termine per proporla, eliminando, perché improprio, il rinvio all'art. 17 (oggi art. 648), che si riferiva all'esecuzione provvisoria.

La Costituzione repubblicana rafforzava ulteriormente la tutela dell'intimato, enunciando i principi della corretta giurisdizione (artt. 3, 24 e 111). La Corte Costituzionale, infine, con la sentenza n. 120 del 1976, ampliava i casi d'opposizione tardiva, consentendola, per caso fortuito o forza maggiore, anche quando l'intimato avesse avuto tempestiva conoscenza del decreto. La disciplina vigente, quindi, rafforza l'idea che il decreto ingiuntivo non opposto determini un giudicato ordinario, formale e sostanziale.

6. - Il giudicato sostanziale e l'irrevocabilità del decreto ingiuntivo

Non manca, tuttavia, chi ancora nega che il decreto ingiuntivo non opposto, in mancanza di un accertamento pieno sulla domanda, possa raggiungere l'*autorità* del giudicato; e ammette solo una preclusione *pro iudicato*, che impedisce al debitore di far valere nell'esecuzione i fatti anteriori al decreto e di chiedere la restituzione di quanto già pagato[37]. Si è anche rilevato che il decreto ingiuntivo non opposto, non è stabile perché è ancora soggetto alla revocazione ordinaria del n. 5 dell'art. 395 e all'opposizione tardiva dell'art. 650[38].

---

(35) E' da notare come la frase "*dichiara* la *definitiva esecutorietà del decreto",* contenuta nell'art. 16 R.D. n. 1531 è diventata, nell'odierno art. 647, "*dichiara esecutivo il decreto"*. La modifica del testo è stata imposta dalla previsione di una nuova ipotesi di revocazione (n. 5 dell'art. 395). L'esclusione di quest'ipotesi revocatoria si spiegava, nel R.D. n. 1531 del 1936, con l'idea, allora prevalente, che il decreto ingiuntivo non opposto, non desse luogo ad un vero e proprio giudicato sostanziale, e non mettesse a rischio un precedente giudicato contrario. Subito dopo la riforma del 1936, però, prevalse la tesi che anche il decreto ingiuntivo non opposto passasse in giudicato, ed essa ha convinto i redattori del codice del 1940 ad aggiungere l'ipotesi della revocazione del n. 5 dell'art. 395, proprio per consentire, con essa, la difesa del precedente giudicato.

(36) L'attuale formulazione della norma è più ampia di quella precedente, perché non fa riferimento alla *regolarità* della notifica e alla *legalità* della conoscenza. Sul punto diremo più ampiamente in avanti a commento dell'art. 647.

(37) **G. Tomei**, *Procedimento di ingiunzione*, in *Digesto (disc. priv.)*, XIV, Torino 1996, p. 563, richiama la tesi di **E. Redenti**, *Diritto processuale civile*, Milano 1954, III, p. 26.

(38) **V. Andrioli**, Commento al codice di procedura civile, IV, Napoli, 1964, p. 116, esclude che il decreto esecutivo possa produrre l'effetto dell'art. 2953 c.c.. Il rilievo è corretto con riferimento al decreto divenuto esecutivo a norma dell'art. 647, che come vedremo in seguito non è ancora passato in giudicato. Non lo è, invece, per lo stesso decreto, quando sono decorsi i termini per la revocazione ordinaria ed il decreto diviene "cosa giudicata formale" ai sensi dell'art. 324.

Tuttavia è ormai (quasi) generale il convincimento[39] che il decreto ingiuntivo irrevocabile dà luogo ad un giudicato ordinario[40]. Questa convinzione è basata, in particolar modo, sulla possibilità che il decreto ingiuntivo non opposto, in assenza della revocazione ordinaria del n. 5 dell'art. 395, ammessa dall'art. 656, superi e neghi un precedente giudicato ordinario[41].

I limiti oggettivi e soggettivi sono quelli dell'art. 2909 c.c., che è l'unica disciplina sostanziale del giudicato. Il giudicato, però, si forma solo sulla condanna (anche parziale), e mai sul rigetto (anche parziale)[42]. Il procedimento ingiuntivo, quindi, potendo produrre un giudicato finale ordinario, è idoneo a produrre gli effetti dell'art. 2945, comma 2°, dal momento della pendenza della lite (art. 643 co. 3°) al momento della formazione del giudicato. Il decreto ingiuntivo passato in giudicato, pertanto, è idoneo a produrre gli effetti dell'art. 2945, comma 2°, dal momento della pendenza della lite (art. 643, 3°), e dell'art. 2953 del c.c.[43].

Non vi è concordanza, invece, sul momento preciso in cui si determina la formale *stabilità* del decreto ingiuntivo, rilevante ai fini del decorso del nuovo termine di prescrizione. **E' importante fin da ora rimarcare, però, che la tesi del giudicato pieno si è affermata proprio in forza dell'art. 656**. Vedremo più avanti, che la stessa norma, in coerenza con l'art. 324, contiene gli elementi per individuare il momento in cui si definisce formalmente il procedimento d'ingiunzione.

6a. - Irrevocabilità ed esecutorietà

Il decreto ingiuntivo irrevocabile è considerato, pacificamente, un'ordinaria condanna esecutiva. Il legislatore richiede sempre una dichiarazione del giudice per l'eseguibilità del decreto (artt. 642, 646, 647, 648, 649, 652, 654, 655); essa non nasce mai automaticamente da una certa situazione processuale: anche quando l'efficacia

---

(39) Per la legislazione abrogata **E. Garbagnati**, op. cit., p. 5, nota 9, indica le seguenti sentenze: Cass. nn. 9/1939, 3000/1940, 101/1941, 1443/1941, 2200/1941, 2381/1941, 405/1942, 1611/1942, 2168/1942, 2265/1942, 2428/1942. Per il codice vigente si indicano Cass. nn. 785/1964, 161/1965, 4647/1987, 3015/1969, 9346/1997, SS.UU. 11549/1998, 6085/2004, 19429/2005, 13252/2006, SS.UU. 4510/2006, 22959/2007.

(40) **E. Garbagnati**, op. cit. 5 e ss.; **R. Schiacchitano**, Ingiunzione, Enc. del Dir., Milano 1971, XXI, 518 e ss..

(41) **E. Garbagnati** ritiene che il giudicato sul decreto ingiuntivo si formi allo scadere del termine per la revocazione del n. 5 dell'art. 395 (op. cit. p. 6 e ss.) e per l'opposizione tardiva (op. cit. p. 142); però, a p. 123, nota n. 353, l'Autore afferma che il passaggio in giudicato del decreto avviene allo scadere del termine per l'opposizione ordinaria; e a p. 121 e ss., che il controllo sulla notifica imposto dall'art. 647 si giustifica per garantire l'opposizione ed il passaggio in giudicato del decreto. **R. Sciacchitano**, op. cit., pag. 522 e 526, ritiene che il decreto diventi giudicato con la pronunzia dell'art. 647 e che l'opposizione tardiva sia una impugnazione straordinaria del giudicato come tutte le ipotesi di revocazione previste nell'art. 656. La natura di impugnazione straordinaria dell'opposizione tardiva è sostenuta dalla giurisprudenza (Cass. SS.UU. 11549/1998 e Cass. n. 19429/2005).

(42) Si deduce dagli articoli 640 e 644 c. p. c. (Cass. SS.UU. 1 marzo 2006, n. 4510). La ratio sta nel fatto che (per scelta legislativa) sul rigetto, totale o parziale, non s'instaura alcun tipo di contraddittorio, nemmeno eventuale.

(43) Per l'applicabilità dell'art. 2953 al decreto ingiuntivo definitivo **E. Garbagnati**, op. cit. pag. 17.

esecutiva deriva dalla sentenza di rigetto passata in giudicato (art. 653 co. 1°) occorre un'esplicita dichiarazione d'esecutorietà (art. 654)[44].

Il legislatore chiama *provvisoria esecuzione* la possibilità di eseguire il decreto, prima del definitivo accertamento (artt. 642, 646, 648, 649), sulla base di una certa qualità della prova scritta, o del pericolo nel ritardo, con cauzione o senza. Chiama, invece, *esecutorietà* la normale possibilità di eseguire il decreto dopo l'accertamento conclusivo. La terminologia è precisa ed intenzionale: dottrina e giurisprudenza, però, non vi fanno molto caso e ritengono, spesso, che il legislatore non sia stato preciso nello scegliere l'una o l'altra definizione. Nell'art. 650, co. 2°, ad esempio, il legislatore afferma che l'*esecutorietà* può essere sospesa, tuttavia si ritiene, prevalentemente in dottrina, che si sia voluto riferire anche all'esecuzione provvisoria prevista nell'art. 642[45]. Nell'art. 652, la dottrina riferisce la frase "*conferma l'esecutorietà del decreto"*, anche all'*esecuzione provvisoria* degli artt. 642 e 648[46]. Nell'art. 653, la frase *"…che non ne sia già munito…"* viene riferita comunemente all'*esecuzione provvisoria* degli artt. 642 e 648 (basta sfogliare un qualsiasi codice per trovare, tra parentesi, il richiamo ai due articoli)[47].

In realtà è vero il contrario: quando il legislatore parla d'*esecutorietà* vuol significare che la cognizione si è già completata, mentre quando parla d'*esecuzione provvisoria* vuol dire che la cognizione finale deve ancora avvenire.

Per alcuni, però, l'inutile decorso del termine per l'opposizione, nonostante la mancanza di ogni verifica sulla effettiva conoscenza del decreto da parte dell'intimato, determinerebbe la fine formale del procedimento d'ingiunzione, nello stesso modo in cui

---

(44) Il meccanismo previsto dall'art. 6 del R. D. del 1922 ("*Qualora non sia stata proposta l'opposizione nel termine stabilito, il decreto d'ingiunzione acquista forza di sentenza spedita in forma esecutiva e produce ipoteca giudiziale*"), valido in un sistema che sacrificava il contraddittorio e concedeva un'azione successiva di danni, è stato abolito nel 1936 e nel 1940, perché è stato previsto il controllo del contraddittorio ed è stata soppressa l'azione di danni.

(45) Il riferimento, invece, è preciso. Nell'opposizione tardiva l'esecuzione provvisoria è stata già superata dal decreto dell'art. 647. Ciò spiega perché l'art. 650 non richiama l'art. 648 (il precedente dell'art. 650, l'art. 20 R.D. 1531/1936, invece, richiamava l'art. 17, che era il precedente dell'art. 648). La norma può non essere soddisfacente per altri motivi, ma non certo per la terminologia: anche in questo caso *esecutorietà* non vuol dire anche *provvisoria esecuzione*.

(46) La norma si spiega diversamente. Gli articoli 645, 652, 653 e 654 riguardano sia l'opposizione tempestiva che l'opposizione tardiva. Anche la conciliazione riguarda entrambe le opposizioni. Il giudice, quindi, può trovarsi davanti ad un decreto non ancora dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 647 (nell'opposizione tempestiva) e ne *dichiara* l'esecutorietà, o già dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 647 (nell'opposizione tardiva) e ne *conferma* l'esecutorietà. Non può ritenersi, invece, che con la *conferma* il giudice trasformi in *esecutorietà* la *provvisoria esecuzione*. Sono situazioni diverse, con presupposti diversi, che non possono risolversi l'una nell'altra. *Confermare* vuol dire *tenere ferma* la stessa cosa, non trasformare una cosa (la esecuzione provvisoria) in un'altra (l'esecutorietà).

(47) Vale quanto detto nella nota precedente. L'art. 653 è applicabile sia all'opposizione tempestiva che all'opposizione tardiva. Il rigetto, quindi, può riguardare sia un decreto mai dichiarato esecutivo ai sensi del'art. 647, che acquista per sentenza tale efficacia, sia un decreto già dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 647, che mantiene l'efficacia sua propria. Anche in questa ipotesi nessun rilievo acquista l'esecuzione provvisoria concessa ai sensi degli articoli 642 e 648.

avviene per la sentenza di primo grado (dove, però, la cognizione piena è già avvenuta), una volta scaduto il termine per l'appello. Scaduto il termine per la revocazione ordinaria dell'art. 656 (che decorrerebbe dalla scadenza del termine per l'opposizione), si formerebbe un giudicato formale e sostanziale con effetti esterni, certificabile dal cancelliere ai sensi dell'art. 124 delle disposizioni d'attuazione, a prescindere dall'emissione del decreto d'esecutorietà previsto dall'art. 647 (che servirebbe solo a consentire l'esecuzione). Il decreto già munito della clausola d'esecuzione provvisoria, quindi, non avrebbe bisogno nemmeno della dichiarazione d'esecutorietà dell'art. 647.

Le soluzioni ipotizzabili, quindi, diventano due: quella del giudicato automatico allo scadere del termine d'opposizione (e del termine per la revocazione ordinaria), e quella del giudicato successivo alla dichiarazione dell'art. 647 (scaduto il termine per la revocazione ordinaria). Sono chiaramente due soluzioni incompatibili (non si può sceglierne una ed usare gli argomenti dell'altra)[48].

A nostro avviso (ma anche di tanta dottrina e giurisprudenza) l'analogia, fra decreto ancora opponibile e sentenza ancora appellabile, non regge alle critiche, per cui e corretta **solo** la seconda delle due soluzioni[49].

---

(48) Se si considera l'opposizione una *fase eventuale* del procedimento di primo grado, non può concludersi che la scadenza del termine per proporre l'*atto* di opposizione (atto di parte interno al procedimento di primo grado) determini la formazione del giudicato ingiuntivo senza alcun provvedimento del giudice che definisca il grado e dia luogo al decorso del termine per le impugnazioni. Sul piano logico questa conclusione è in contrasto con la premessa. Infatti, se la mancanza dell'*atto di opposizione* chiudesse automaticamente il giudizio, l'atto di opposizione sarebbe una impugnazione della *statuizione finale* (art. 101) in se già perfetta. Solo se la mancanza dell'*atto di opposizione* lascia ancora aperto il corso del procedimento può dirsi che quell'*atto* è interno e ne consente la definizione.

(49) L'idea che il decreto ingiuntivo emesso ai sensi dell'art. 641 sia in tutto simile ad una sentenza soggetta ad appello (**E. Garbagnati**, op. cit., 164) non sembra reggere alla critica. La differenza eclatante fra i due provvedimenti sta nel contraddittorio (art. 101). La notifica del decreto, ed il termine per proporre l'opposizione (fissato dal giudice, si noti) non servono ad *accelerare* il riesame dell'atto ma a *provocare il contraddittorio*. La notevole diversità della funzione che la notifica svolge per i due diversi atti, si nota meglio quando essa viene a mancare: il decreto diventa inefficace, la sentenza, decorso un certo tempo, passa in giudicato. La notifica del decreto, quindi, non è esterna al grado del giudizio come lo è la notifica della sentenza. E' un atto fondamentale dello stesso grado, che rende efficace il decreto, determina la pendenza della lite, e consente al giudice, in caso di inattività dell'intimato, di confermare il decreto emesso, per volontaria acquiescenza dell'intimato. L'ufficiale giudiziario non deve avvisare il cancelliere della notifica del decreto (affinché sappia che il giudicato si formerà dopo trenta giorni) come deve fare, invece, per la notifica della sentenza. E' onere del ricorrente dare prova al giudice del decreto dell'avvenuta notifica ai fini della dichiarazione d'esecutività. Il giudicato sulla sentenza, quindi, si forma automaticamente, ed è certificabile dal cancelliere (art. 124 disp. att.) a chiunque lo richieda (la sentenza ed il giudicato sono pubblici); il giudicato sul decreto, invece, deve essere dichiarato dal giudice e non può essere certificato dal cancelliere, che può solo apporvi la formula esecutiva. Altro effetto della differenza si riscontra nell'art. 95, comma 3, della legge fallimentare. Il decreto ingiuntivo, non opposto, ma ancora privo del decreto di esecutorietà, non è equiparato alla sentenza di primo grado ancora appellabile.

7. - La tecnica dei compilatori del codice e le norme di rinvio

I compilatori del codice hanno trasfuso, negli articoli 633 – 656, l'intero procedimento sommario d'ingiunzione disciplinato prima dal R. D. n. 1531 del 1936, dal ricorso iniziale fino alle impugnazioni finali[50]. All'interno di questa disciplina, organica, dell'intero procedimento speciale sommario d'ingiunzione ([51]), essi hanno posto una norma (che prima non c'era) per la quale, a certe condizioni, il giudizio si trasforma da speciale e sommario in ordinario (art. 645, comma 2°). In questa tecnica, la rubrica dell'art. 656 ("Impugnazione") corrisponde a quella del Titolo III del Libro II ("Delle impugnazioni").

Ciò significa che le norme del Capo I del Titolo II del Libro II (la cui rubrica recita "Delle impugnazioni in generale"), sono applicabili al procedimento speciale d'ingiunzione, in quanto norme del *genere* delle *specie* delle *impugnazioni* ammesse (la revocazione e l'opposizione di terzo revocatoria), salvo che vi sia nello steso procedimento speciale una disciplina diversa (qual è, ad esempio, quella dell'art. 650, rispetto a quella dell'art. 327, comma 2°)[52]. Deve intendersi senz'altro richiamato, perciò, l'art. 324, per il quale il giudicato non si forma finché è ancora proponibile la revocazione ordinaria del n. 5 dell'art. 395. In tal modo, esplicitamente, e non per analogia, o per la natura dell'opposizione, sono applicabili al procedimento monitorio tutte quelle norme generali delle impugnazioni, della cui applicabilità tanto si discute nei casi concreti.

7a. - Rapporti fra disciplina speciale e ordinaria

L'art. 645, 2°, afferma che *"In seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario"*[53]. La norma, come già detto, è nuova

---

(50) La stessa cosa i compilatori hanno fatto, negli articoli 657 – 669, per il procedimento di sfratto anch'esso disciplinato interamente, prima, dal R.D. n. 1531. Il riferimento storico verrà in rilievo più avanti, quanto confronteremo l'art. 647 con l'art. 663.

(51) La definizione si ricava dalle rubriche del Libro IV (Dei procedimenti speciali), del suo Titolo I (Dei procedimenti sommari) e del Capo I di questo (Del procedimento d'ingiunzione). Non è questa la sede per ampliare e spiegare il senso di ognuna di queste qualificazioni. Sul punto si rinvia a **Cataldi M., op. cit.,** pagine 3 e seguenti.

(52) Su questo punto specifico, in senso contrario, v**. G.Tarzia**, Decorrenza del termine per l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1961, 1019.

(53) L'importanza del comma è sottolineata da **C. Mandrioli**, Diritto Processuale Civile, 2000, III pag. 205. Si ritiene che la *trasformazione* della disciplina avvenga solo dopo la regolare costituzione in giudizio dell'opponente e lo si desume, in negativo, dall'art. 647. Così, esplicitamente, Corte Costituzionale n. 18 del 2002: "La ratio dell'art. 647 cod. proc. civ. è, infatti, quella di assicurare l'intangibilità del decreto ingiuntivo qualora, nel termine perentorio previsto dall'art. 641 cod. proc. civ., e salva l'ipotesi di cui all'art. 650 cod. proc. civ., *l'ingiunto non abbia provocato la trasformazione del procedimento monitorio in procedimento ordinario, mediante una opposizione seguita da una valida costituzione in giudizio*". Idem, Cass. nn. 4294 e 22502 del 2004. Corte Cost. n. 239 del 2000, ripresa da Corte Cost n. 154 del 2005, ritengono non violato l'art. 3 Cost. perché la disciplina dell'opposizione deve confrontarsi con quella delle impugnazioni. E' anche vero che solo con l'iscrizione della causa a ruolo si "*rende certo il dovere di giudicare*" (**G. Franchi**, La litispendenza, Padova, 1963, 275; **S. Sorace**, Litispendenza (dir. Proc. civ.) in Enc. Dir. XXIV p. 854), e la legge speciale (art. 647) vuole che l'opponente inserendosi in un processo già pendente prenda immediato contatto col giudice e non si limiti ad informare l'ingiungente.

(non ha una corrispondenza nelle precedenti discipline), e dispone che nel procedimento d'ingiunzione **si inserisce** un giudizio ordinario, dopo l'atto d'opposizione[54], non prima, né durante il decorso del suo termine.

Letta al contrario, la norma afferma **che il giudizio continua a svolgersi secondo le norme speciali** (che seguono) quando l'opposizione non sia stata proposta (o quando l'opponente non si sia costituito nei termini, come afferma il successivo art. 647)[55]. Secondo la lettera della norma, quindi, è arbitrario, ad esempio, affermare che

---

(54) La norma parla di *giudizio* non di grado di giudizio (come, ad esempio, fa l'art. 359) per cui viene richiamato l'intero libro II del codice di procedura civile. Le norme generali del libro I sono applicabili senza alcun rinvio esplicito a tutti i procedimenti.

(55) L'opinione contraria, che il giudizio termini con il vano decorso del termine d'opposizione, contrasterebbe con gli articoli 647, 650, 652, 653, 655 e 656, i quali continuano a disciplinare il procedimento d'ingiunzione (per questo tipo d'approccio teorico, v. Cass., Sez. Un., Ord. 01.10.2007, n. 20600). Poiché il decreto ingiuntivo è stato emesso *inaudita altera parte* non è possibile porre il controllo sulla notifica e sul contraddittorio (previsto dall'art. 647, nello stesso modo in cui lo richiede l'articolo 663 in tema di sfratto) fuori della struttura del procedimento ingiuntivo senza decretarne l'incostituzionalità. Questo controllo, infatti, avviene **all'interno** del processo di *opposizione* (con gli articoli 291 e ss.), quando vi è la trasformazione del giudizio prevista dall'art. 645, co. 2°, e **deve** esserci anche, a maggior ragione, all'interno del procedimento (rimasto) speciale e sommario, nel quale il controllo consente di applicare la presunzione *iuris et de iure* di acquiescenza dell'intimato (salva l'impugnazione dell'art. 650). Si consideri, inoltre, che quando il controllo del contraddittorio è interno al grado del giudizio, il rischio della mancata prova (che la notifica abbia raggiunto il suo scopo) incombe al ricorrente, mentre quando il controllo è successivo al provvedimento che definisce il grado, ed è condizione per l'ammissibilità dell'opposizione tardiva dell'art. 650, l'onere ed il rischio del dubbio sulla tempestiva conoscenza del decreto (la prova che la notifica non ha raggiunto il suo scopo) incombono all'intimato. L'art. 650, quindi, ha analogie, semmai, e non senza contrasti, con la facoltà concessa al contumace inconsapevole (art. 327, co. 2°) di proporre appello anche oltre l'anno dalla pubblicazione della sentenza, perché anch'essa opera fuori del procedimento di primo grado e pone l'onere ed il rischio della prova a carico del contumace. Per altro questa facoltà del soccombente duplica le garanzie già previste all'interno del giudizio di primo grado (dai citati art. 291 e ss). Per concludere: il sistema generale (desumibile dall'art. 101 e dall'art. 24 Cost.) impone al giudice, prima di emettere un provvedimento suscettibile di impugnazione e di giudicato, di verificare la regolarità del contraddittorio. Dopo l'emissione del provvedimento, che si presume legittimo, lo stesso sistema di garanzie consente al soccombente di dimostrare lui l'incolpevole ignoranza del processo e di riaprire il giudizio. Nei procedimenti speciali il controllo preventivo del contraddittorio è affidato, nell'unico grado in cui essi si svolgono, prima allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento anticipatorio, nel momento in cui gli viene richiesta la dichiarazione di esecutorietà (647 e 663), e dopo allo stesso intimato, con le opposizioni tardive. **Questo sistema (come affermano Cass. n. 9346 del 1997, n. 6085 del 2004 e n. 22959 del 2007 e n. 6198 del 2009) è ineludibile**. In dottrina, **R. Sciacchitano**, op. cit., p. 517 afferma esplicitamente: "Il decreto ingiuntivo non è per sé solo, come risulta da quanto già detto, il provvedimento definitivo del giudizio: la sua efficacia è subordinata al decorso del termine per l'opposizione; per cui provvedimenti definitivi appaiono la sentenza che decide su questa, oppure, in difetto, il decreto con cui a' sensi dell'art. 647 il giudice dichiara esecutiva l'ingiunzione. Onde appare chiaro che il decreto monitorio è un provvedimento emesso nel corso del procedimento, preparatorio della decisione, e resta dimostrato quando dicemmo in principio controbattendo la tesi del **Chiovenda** sulla natura dell'azione ingiuntiva: non bisogna guardare all'ingiunzione appena emessa, ma a quando essa sarà stata confermata e resa esecutiva". L'autore coglie nel segno. L'art. 645, co. 2°, dimostra proprio che l'opposizione modifica solo le forme del giudizio non la sua natura d'ordinaria azione di condanna. Ci troviamo, quindi, sicuramente di fronte ad un procedimento (sequenza di atti processuali) speciale e sommario che vuole arrivare ad una rapida e definitiva condanna ordinaria, non di fronte ad un'azione speciale (diversa dall'ordinaria azione di condanna) o ad una condanna sommaria (che non contenga un normale accertamento passato in giudicato).

al decorso del termine per l'opposizione sia applicabile il prolungamento previsto dall'art. 328[56]; ovvero che al vano decorso del termine per proporre l'opposizione conseguano gli effetti automatici previsti dall'art. 324[57]; o che l'art. 124 delle disposizioni d'attuazione, inserito nel Titolo III dedicato al *"processo di cognizione"*, possa applicarsi a quello speciale; o che le conseguenze dell'inattività dell'intimato debbano essere disciplinate come lo sono negli articoli 358 e 387[58]; o che l'art. 184-bis

---

(56) Ecco una deroga esplicita alle norme generali delle impugnazioni. Contra, **E. Garbagnati**, op. cit., p. 162 e nota 122, che invoca l'analogia per la natura di impugnazione dell'opposizione. In senso favorevole **G. Franco**,op. cit., p. 319 e ss. il quale proprio in base all'art. 645 comma 2, esclude l'applicabilità dell'art. 286 al caso della morte dell'ingiunto dopo l'emissione del decreto e prima della sua notificazione, affermando: "Tanto è vero che quando il legislatore ha inteso richiamare, *in subiecta materia*, le norme del procedimento ordinario lo ha fatto espressamente; e in particolare lo ha fatto per la fase del giudizio di opposizione art. 645 comma I c.p.c.). **G. Franco** conclude, nell'ipotesi esaminata, per l'inefficacia del decreto ingiuntivo citando, in nota 14, Cass. 9.5.62 n. 921. La soluzione potrebbe essere rivista valorizzando l'approccio delle Sezioni Unite, Ord. 01.10.2007, n. 20600, secondo cui la notifica è condizione per determinare la pendenza della lite, che però retroagisce alla data del ricorso ingiuntivo. Diventerebbe applicabile, allora, l'art. 111, co. 2°, norma generale, secondo cui la parte ha diritto di proseguire il processo nei confronti degli eredi ai quali va notificato il decreto.

(57) Ecco un'altra deroga esplicita alle norme generali delle impugnazioni.

(58) L'interpretazione della disciplina speciale del procedimento ingiuntivo, ed il suo coordinamento con la disciplina ordinaria del processo, dipendono da come si concepisce la natura giuridica dell'opposizione. In dottrina sono emerse tre diverse opinioni:

1. Per alcuni l'opposizione è un'impugnazione del decreto ingiuntivo (**E. Garbagnati**, op. cit., pp. 127 e ss.; **G. Tomei, op. cit.**, pp. 559 e ss.; **F. Carnelutti**, Studi di diritto processuale IV, Padova 1939, 58 e ss.; **M. T. Zanzucchi**, Diritto processuale civile, II, 4 ed., Milano, 1962, 336; **E. Fazzalari**, Istituzioni di diritto processuale, 8 ed., Padova, 1966, 185; **R. Poggeschi**, op. cit., p. 672; **S. Merlo**, Procedimento d'ingiunzione, in Enc. Forense, V, Milano, 1959, 963; **P. Pajardi**, Procedura civile, Milano, 1989, 295; **B. Capponi**, Revoca del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e opposizione all'esecuzione per difetto sopravvenuto del titolo esecutivo, in Riv. Esec. Forzata, 2000, 305; **in giurisprudenza**: Cass., Sez. II, 18 febbraio 2000 n. 1828; Cass., Sez. II, 9 settembre 1998 n. 8914; Cass., Sez. I, 25 settembre 1997 n. 9418; Cass. 6 aprile 1996 n. 3241; Cass., SS.UU., 8 ottobre 1992 n. 10985, in Foro It. 1992, 3286, con nota critica di A. Proto Pisani);
2. Per **V. Andrioli**, 1964, cit., pp. 1 e ss., **con il ricorso ingiuntivo vi sarebbe la contemporanea attivazione di due distinte azioni** volta l'una ad ottenere il decreto di condanna e volta l'altra, in via solo eventuale, in funzione delle decisioni dell'opponente, al giudizio ordinario di condanna; **in giurisprudenza** un accenno al fatto che "*il ricorso del creditore contiene in sé, sia l'azione sommaria, sia quella ordinaria (che emerge solo di fronte all'eventuale opposizione)*" si legge in Cass., Sez. Un., 7448/1993, la quale afferma anche, poi, con maggiore decisione che "*.. l'opposizione non introduce un giudizio autonomo, ma costituisce solo una fase del giudizio già pendente a seguito del ricorso del creditore che si svolge secondo le norme del procedimento ordinario (art. 645 c.p.c.)*". La sentenza, quindi, si colloca nel solco della tesi di cui al seguente punto 3. Tuttavia essa evidenzia che un nucleo di verità esiste nella tesi della doppia azione, ed esso mostra la sua rilevanza, a nostro avviso, quando il debitore, avuta conoscenza del decreto anche prima della sua notifica, adempie totalmente l'ordine del giudice senza proporre l'opposizione. In tale ipotesi, come vedremo, l'azione ordinaria di condanna può anche mancare del tutto, se il pagamento è avvenuto prima della notifica del decreto, non avendo il creditore né l'interesse nè la necessità di notificare il ricorso ingiuntivo per un credito già pagato.
3. **E' oramai consolidato, però, con alcune differenziazioni, l'orientamento che l'opposizione sia una fase, eventuale, dello stesso giudizio di primo grado** (**V. Andrioli**, 1964, cit., p. 67; **S. Satta - C. Punzi**,

(rimessione in termini) possa applicarsi alla notifica del decreto ingiuntivo([59]).

A noi sembra che la risposta a queste, come ad altre analoghe domande, stia tutta nell'art. 645, comma 2°: le regole del processo ordinario sono applicabili al procedimento per ingiunzione solo dopo che, con l'opposizione, il processo sia diventato ordinario; mentre le regole delle impugnazioni (come è quella dell'art. 328) sono applicabili solo alle impugnazioni e non all'opposizione che non è tale. Naturalmente, se la regola di cui trattasi fa applicazione di una norma generale contenuta nel libro I ed applicabile, quindi, a tutti i tipi di processo (com'è per l'art. 286 che è applicazione della regola dell'art. 111), essa sarà applicabile anche al procedimento ingiuntivo.

Non sono accettabili, invece, quelle soluzioni dottrinali che fanno riferimento al criterio della pendenza della lite (art. 643), per distinguere la disciplina applicabile in base al fatto che l'atto preceda o segua la notifica del decreto ingiuntivo (e quindi la pendenza della lite)[60]. La Cassazione di recente, infatti, ha affermato che la pendenza della lite, benché subordinata alla notifica prevista dall'art. 643, co. 2°, **retroagisce alla data del ricorso introduttivo**([61]), riportando in tal modo dentro il procedimento monitorio tutta l'attività processuale (dell'ufficio giudiziario, del giudice e delle parti) che precede la notifica del decreto (ai fini della competenza, della giurisdizione e della prevenzione, come anche di altri effetti), e che segue (al fine di assicurare in vari modi "*la stabilità definitiva* [del decreto monitorio] *in caso di conciliazione (art. 652) di inattività*

Diritto processuale civile, 13 ed., Padova 2000, 751; **M. Cataldi**, op. cit., 265 e ss.; **G. Franco**, Guida al procedimento d'ingiunzione, Milano, 2001, 361 e ss.; **V. G. Ebnener - C. Filadoro**, Manuale al procedimento d'ingiunzione, Milano, 1993, 108; **C. A. Nicoletti**, Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1975, 988 e ss.; **C. E. Balbi**, Ingiunzione, in Enc. Giur., XVII, 1997, 15; **R. Sciacchitano**, op. cit., p. 513; **G. Monteleone**, Diritto processuale civile, 3 ed., Padova, 2002, 1120; **A. Valitutti – F. De Stefano**, Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione, Cedam, 1994, 140; **L. Montesano – G. Arieta**, Diritto processuale civile, III, Torino, 1999, 240; **S. Satta**, Commentario al codice di procedura civile, IV, 1, Milano, 1968, 17 e ss.; **C. Mandrioli**, Diritto processuale civile, Torino, 2000, III, pp. 204 e ss.; **A. Proto Pisani**, Opposizione a decreto ingiuntivo, continenza e connessione: una grave occasione mancata dalle sezioni unite, in Foro it. 1992 , 3286; **Sbaraglio**, Le competenze assolutamente inderogabili di fronte alla riforma del codice di procedura civile, 1996, I, 2086; **C. Carola,** L'efficacia della sentenza di accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo, in Giur. Mer. 2003, 9, 18; **U. Rocco**, Diritto Processuale civile, Torino, 1967, VI, 127 e ss.; **e in giurisprudenza:** Cass., SS.UU., 30.07.2008 n. 20604; Cass. n. 6514 del 2007; Cass. 6 giugno 2006 n. 13258; Cass. n. 1657 del 2004; Cass., Sez. Lav., 24 giugno 2004 n. 11762; Cass. n. 15186 del 2003; Cass., Sez. I, 22 aprile 2003 n. 6421; Cass., Sez. Lav., 18 ottobre 2002 n. 14818; Cass., Sez. Lav., 9 maggio 2002 n. 6663; Cass., Sez. I, 22 febbraio 2002, n. 2573; Cass., Sez. Lav., 13 giugno 2002 n. 8502; Cass. Sez. I, 10 agosto 2001, n. 11053; Cass., Sez. III, 26 luglio 2001, n. 10206; Cass., Sez. II, 22 marzo 2001, n. 4121; Cass. n. 15339 del 2000; Cass., Sez. II, 1 dicembre 2000, n.15378; Cass. 27 settembre 1999 n. 10704**;** Cass. 23 maggio 1999 n. 2055; Cass. 9 gennaio 1995 n. 9512; Cass. 28 gennaio 1995 n. 1052; Cass., SS.UU., 7 luglio 1993 n. 7448; Cass. 8 febbraio1992 n.1410; Cass. 28 novembre 1989 n. 5185; Cass. 19 luglio1986 n. 4668; Cass., SS.UU., 19 aprile 1982 n. 2387; Cass. 11 febbraio 1975 n. 528; Cass. 26 ottobre 1973 n. 2787).

(59) **M.Cataldi**, op. cit., p.230 e ss. Considera esoprocessuale il termine dell'art. 641 per dire che non è soggetto al regime della rimessione in termini previsto nell'art. 184 bis.

(60) **M. Cataldi**, op. cit., p. 230.

(61) Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 01-10-2007, n. 20600.

dell'opponente (art. 647) e nelle altre ipotesi di estinzione del giudizio d'opposizione (art. 653)" ([62]).

---

(62) L'Ordinanza delle Sezioni Unite n. 20600 del 2007 riesamina a fondo la disciplina del processo monitorio, e merita di essere riportata nell considerazioni conclusive: "*4.4.(omissis). Più in generale, deve rilevarsi che il conseguimento dell'esecutorietà del decreto conseguente all'estinzione del giudizio di opposizione (artt. 647 e 653 c.p.c.) o alla conciliazione (art. 652 c.p.c.) sono effetti definitivi idonei a conferire una propria autonomia al subprocedimento sommario, che ha inizio con la proposizione della domanda d'ingiunzione. Tutti tali effetti debbono trovare una base normativa e una spiegazione logico-giuridica, mentre l'interpretazione tradizionale, come è stato efficacemente osservato in dottrina, "getterebbe … la fase ricorso-decreto ingiuntivo … nel mistero", collocando, tra l'altro, fuori dal processo tutte le attività proprie dell'ufficio giudiziario che seguono al deposito del ricorso (Cass. n. 5597/1992). Conseguenza che sarebbe coerente con quelle autorevoli, ma isolate, impostazioni teoriche che negano che il decreto ingiuntivo possa mai conseguire tra le parti la stessa autorità della sentenza, costituendo una mera possibilità o un tentativo di provvedimento, ma che contrasta palesemente con il diritto positivo. (Omissis). 5. Tutte le ragioni indicate inducono a condividere l'opinione di quella parte della dottrina che interpreta l'art. 643 c.p.c., comma 3, nel senso che la notificazione del ricorso e del decreto è condizione per il determinarsi della litispendenza, ma non coincide anche il momento in cui si verifica. Tale momento, secondo i principi generali che reggono i procedimenti su domanda di parte, è quello in cui è proposta la domanda d'ingiunzione e, pertanto, la litispendenza si verifica solo se il ricorso e il decreto sono notificati, ma* ***retroagisce*** *al momento del deposito del ricorso.*

*Tale interpretazione non contrasta con il dato letterale, sul quale si basa sostanzialmente in via esclusiva l'orientamento tradizionale, sia perché il verbo "determinare" ben può avere il significato di "causare", "produrre" o "condizionare", sia perché, a differenza dal terzo comma dell'art. 39 c.p.c., che fa riferimento a un effetto di precisa natura temporale come la "prevenzione", l'art. 643 c.p.c., comma 3, si riferisce alla più ampia nozione di "****pendenza****", nell'ambito della quale si possono identificare significati e fenomeni processuali diversi, che vanno dalla litispendenza "semplice" a quella "qualificata", che si verifica quanto la lite pende davanti a un giudice determinato, e che comprende anche la situazione di quiescenza, come quella in cui si trova la lite nel tempo intercorrente tra la pronuncia della decisione e la proposizione dell'impugnazione o tra la dichiarazione d'incompetenza e la riassunzione e tra la cassazione e l'inizio del giudizio di rinvio.*

Nè può ritenersi che la lite la cui ***pendenza*** *è condizionata dalla notifica del ricorso e del decreto sia diversa da quella introdotta con la domanda d'ingiunzione, come sostiene quella dottrina che interpreta l'art. 643 c.p.c., comma 3, come anticipazione degli effetti dell'opposizione, non solo perché l'opposizione è meramente eventuale ma anche perché oggetto dell'opposizione è la stessa lite i cui termini soggettivi e oggettivi sono definiti nella domanda d'ingiunzione.*

D'altra parte, poiché la fondamentale funzione della notifica del ricorso e del decreto è di provocare il contraddittorio mentre, come è stato rilevato (v. Cass. n. 5597 del 1992), "la prevenzione è un effetto della costituzione del processo e non della realizzazione del contraddittorio", non contrasta con la predetta funzione riconoscere che il principale effetto processuale della ***pendenza*** *retroagisca al momento della proposizione della domanda. Né il fatto che, a differenza dagli altri procedimenti su ricorso, nel procedimento d'ingiunzione il giudizio a cognizione piena è meramente eventuale, può escludere l'applicazione del principio generale enunciato nell'indicata decisione di queste sezioni unite, perché, comunque, il diritto di difesa dell'ingiunto è garantito dalla necessità che, per il verificarsi della litispendenza, con decorrenza dalla data del deposito del ricorso, il ricorso stesso e il decreto debbono essere notificati.*

Il principio di diritto che, pertanto, deve essere affermato è che il terzo comma dell'art. 643 c.p.c. deve interpretarsi nel senso che la lite introdotta con la domanda di ingiunzione deve considerarsi pendente a seguito della notifica del ricorso e del decreto, ma gli effetti della ***pendenza*** *retroagiscono al momento del deposito del ricorso".*

8. - Effetti della mancata opposizione del decreto ingiuntivo

L'art. 647 prevede, come dice la rubrica, due ipotesi diverse d'inattività dell'intimato[63]. Nella prima l'intimato non si è opposto nel termine assegnatogli dal giudice[64].

Occorre tener presente che le norme generali del Libro I, applicabili anche al procedimento speciale per ingiunzione, dispongono che il giudice non può procedere d'ufficio (art. 99), che per ogni domanda occorre un interesse di chi la propone (art.100), che il giudice deve provvedere nel contraddittorio delle parti (artt.101 e 24 Cost.), che egli non dispone delle prove (art. 115) salve le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.

In base a queste regole, cogenti, occorre che il ricorrente (unica parte del procedimento rimasto speciale), se vi ha ancora interesse (potrebbe già essere stato soddisfatto), deve presentare istanza allo stesso giudice del decreto, per conseguire l'esecutorietà (cioè la conferma del decreto), provando che l'intimato, nonostante l'effettiva conoscenza del decreto, non si è opposto nei termini. Il giudice, verificati questi presupposti, dichiara esecutivo il decreto e chiude il grado unico del giudizio (rimasto) speciale d'ingiunzione. Dopo questo (secondo) decreto, la parte soccombente può proporre solo le impugnazioni consentite dalla legge (art. 650 e 656), e non può più rientrare nel grado già chiuso (art. 647, co. 2°)[65]. Su questa norma, in apparenza semplice, si è scritto tantissimo.

A noi, però, interessa dare risposta ad una sola domanda: l'art. 647 sta dentro o fuori dell'unico grado del giudizio monitorio? O con altra formulazione: il giudizio monitorio termina con l'emissione del decreto ingiuntivo previsto dall'art. 641 o continua, secondo le disposizioni che seguono, fino al conseguimento della stabilità del decreto ingiuntivo?

---

(63) La norma finora ha resistito a diversi esami di costituzionalità. V. Corte cost. (Ord.) 12 aprile 2005, n. 154; Corte cost. 2 aprile 2004, n. 107; Corte cost. 6 febbraio 2002, n. 18; Corte cost. (Ord.) 23 giugno 2000, n. 239; Corte cost. (Ord.) 28 dicembre 1990, n. 572; Corte cost. 22 giugno 1976, n. 141. Troppa attenzione per ritenere, come fanno in tanti, che tale norma voglia solo attribuire la normale esecutività al decreto ingiuntivo già passato in giudicato. Le eccezioni d'incostituzionalità hanno sempre fatto leva sugli articoli 3 e 24 della Costituzione, che normalmente hanno a che fare con l'esercizio della cognizione del giudice, non con il suo potere di dare forza esecutiva alla cognizione già esercitata. Il giudice dell'art. 647, infatti, decide (esercita la piena cognizione) sull'avvenuta notifica del decreto ingiuntivo e sul raggiungimento del suo scopo (come gli è imposto dall'art. 101 che da attuazione all'art. 24 Cost.), sulla mancanza dell'opposizione, sulla mancanza della regolare costituzione in giudizio dell'opponente.

(64) L'art. 641 non afferma la perentorietà del termine, né stabilisce da quando esso decorre (anche se rinvia alle "*norme seguenti")*. Queste caratteristiche si ricavano, però, dall'art. 647, comma 1°, per il quale la scadenza del termine per l'opposizione consente di dichiarare l'esecutorietà del decreto, e dall'art. 650 secondo il quale l'opposizione può essere proposta "*dopo scaduto il termine fissato nel decreto*" se l'intimato da "*prova di non averne avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore"*. L'opposizione tempestiva, quindi, può essere proposta solo nel termine dell'art. 641.

(65) Non fa eccezione a questa regola nemmeno l'art. 650, se si ammette che l'opposizione tardiva può essere presentata sia prima sia dopo il decreto dell'art. 647, mutando però la sua natura. Quando essa è proposta prima ha natura di richiesta di rimessione in termini (analoga a quella dell'art. 294), quando è presentata dopo ha natura d'impugnazione.

La risposta dovrebbe essere scontata, se è vero che l'opposizione è ormai, per la prevalente dottrina, e per tutta la giurisprudenza, una fase, eventuale, dello stesso giudizio di primo grado (il procedimento monitorio è comunque, sempre, un giudizio di primo grado, che può svolgersi in una o in due fasi). Il termine perentorio, fissato nell'art. 641, che ipotizza questa seconda fase ordinaria, non può non essere interno allo stesso grado di giudizio (altrimenti il primo grado sarebbe già chiuso e l'opposizione sarebbe sempre un secondo grado). I poteri che derivano al ricorrente dal vano decorso del termine dell'art. 641, ed i provvedimenti che il giudice del decreto, in conseguenza, può ancora emettere, devono essere, per forza di cose, anch'essi interni allo stesso grado di giudizio[66].

Altre indicazioni, letterali e sistematiche, inducono a questa conclusione. Abbiamo già visto come il legislatore cerca di essere molto preciso nell'uso dei termini. Nell'art. 647 egli regola ancora i poteri del *ricorrente* (di un processo ancora in corso) nei confronti dell''*intimato* (dello stesso processo). Il legislatore, quindi, usa ancora nell'art. 647 le qualificazioni personali tipiche dei due soggetti del procedimento monitorio (articoli 633, co. 3°, 636, co. 1°, 638, co. 1° e 2°, 639, 640, co. 1° e 2°, 641, co. 2°, 642, co. 1° e 2°, 645, co. 1°, 647, co. 1°, 650, co. 1°).

Nel caso di opposizione, il legislatore qualifica l'intimato come opponente (articoli 646, 1° e 2°, 649), e qualifica il già ricorrente come controparte (articolo 646, 3°) o parte (art. 648, 2°), e qualifica entrambi i soggetti dell'opposizione come parti (652, 1°). Sul piano sistematico, il ricorrente dell'art. 647 sopporta ancora il rischio che "*risulti o appaia probabile che l'intimato non abbia avuto conoscenza del decreto*". La *conoscenza effettiva* del decreto, infatti, è il fatto *noto* dal quale la legge deduce *per presunzione semplice* la *volontaria* acquiescenza dell'*intimato*[67]. Il rischio è la naturale conseguenza di un onere imposto dalla legge allo stesso ricorrente (art. 643), e di un obbligo imposto

---

(66) La differente natura del termine, per l'opposizione e per l'impugnazione, è rilevata anche da **E. Garbagnati**, op. cit. p. 120 e ss. il quale, però, la fa incidere solo sull'efficacia esecutiva del decreto. **G. Franco**, op. cit. p. 371, sottolinea la differenza in polemica con i sostenitori della teoria impugnatoria dell'opposizione, rilevando che il decreto durante il decorso del termine dell'art. 641 non può equipararsi ad una sentenza per la quale pende il termine dell'appello. Lo stesso Autore, (ivi) afferma che il procedimento ingiuntivo non si chiude con la scadenza del termine per l'opposizione ma con il decreto dell'art. 647 con il quale il giudice controlla il contraddittorio a tutela dell'intimato non opponente.

(67) Per Cass. nn. 6085 del 2004 e n. 22959 del 2007, il giudicato ingiuntivo deriva dall'acquiescenza dell'intimato a seguito di regolare contraddittorio (cioè dopo la conoscenza del decreto). Nello stesso senso, per l'a convalida dello sfratto, **Preden R**., Sfratto (procedimento per convalida di), Enc. Dir., XLII, pag. 451. La disciplina del contraddittorio (art. 101) è applicabile anche al procedimento d'ingiunzione perché prevista nel libro I del codice sulle "*Disposizioni generali*". **V. Andrioli**, Diritto processuale Civile, Napoli, 1979, I, pp. 230 e ss., sottolinea la necessità che il giudice verifichi prima di emanare il provvedimento richiesto se sia stato compiuto quando previsto dalla legge per assicurare la preventiva audizione delle parti, aggiungendo (p. 233): "*Se la verificazione si conclude negativamente… si applica il principio generale della rinnovazione degli atti nulli (art. 162)*". ***C.*** **Mandrioli**, op. cit., I, p. 110 e ss., considera l'art. 101 applicazione dell'art. 24 comma 2 della Costituzione. **M. Cataldi**, op. cit., p. 380 e ss., considera l'*ignoranza incolpevole* l'elemento cardine della fattispecie in esame e ritiene che l'ordine di rinnovazione sia consentito quando, nonostante la regolarità della notificazione, l'ignoranza sia dovuta a caso fortuito o a forza maggiore. Sui rapporti fra la contumacia ed i principi del contraddittorio v. **P. Brandi**, Contumacia (dir. Proc.civ.), Enc. Dir., X, 465 e ss..

dalla legge al giudice (art. 101), onere ed obbligo che devono riguardare per forza lo stesso grado del processo (situazione, del resto, analoga a quella prevista dall'art. 291)[68].

Quando il grado del processo si è già chiuso, il dubbio sulla effettiva conoscenza del decreto rende inammissibile l'impugnazione (come avviene nell'art. 650 e nell'art. 327 comma 2°); il rischio della prova, cioè, viene posto dalla legge a carico dell'intimato, presupponendosi la legittima conclusione del grado. Il ricorrente dell'art. 647, quindi, poiché sopporta ancora il rischio della mancata o dubbia conoscenza del decreto ingiuntivo da parte dell'intimato, agisce formalmente ancora all'interno dello stesso grado di giudizio, e chiede al giudice di completare la cognizione, parzialmente anticipata *inaudita altera parte*[70]. Senza questo controllo, il giudice non può spogliarsi definitivamente del processo, perché violerebbe la regola dell'art. 101 (il giudice deve decidere sulla domanda dopo aver controllato che l'intimato è stato regolarmente citato e non è comparso).

L'apertura del grado del procedimento, infatti, si avvale della deroga prevista dallo stesso art. 101, ("*salvo che la legge disponga altrimenti*"), ed il giudice può accogliere la domanda senza alcun contraddittorio; ma la chiusura del grado non gode di alcuna deroga (perché la decisione finale deve passare in "*cosa giudicata formale e sostanziale*", e necessita del preventivo controllo del contraddittorio). E poiché il controllo del contraddittorio deve esservi **in ogni grado** del giudizio[71] deve concludersi che quando il giudice emette il (primo) decreto dell'art. 641 non si spoglia del processo, ma lo pone, come dire, *in attesa* del secondo decreto del'art. 647 (o della sentenza dell'art. 653).

Il decreto dell'art. 647, dunque, come già notava Sciacchitano, ed ora conferma la Cassazione, è la vera *"statuizione finale"* del procedimento ingiuntivo, prima della quale deve essere necessariamente fatta la verifica dell'art. 101. Se il risultato del controllo lascia ancora dubbi, il giudice deve ordinare la rinnovazione della notifica e riportare il procedimento alla sua fase iniziale. Il decreto dell'art. 641, quindi, non può diventare "*cosa giudicata formale*", prima di questa verifica, se è vero che l'intimato, d'ufficio, può ancora essere rimesso in termini, e può ancora proporre, in astratto, l'opposizione tempestiva.

Del resto, la violazione delle regole del contraddittorio comporta sempre, anche nel giudizio ordinario (art. 354), la regressione del processo alle sue origini (rinnovo della notifica e rimessione al primo giudice). Non può accogliersi l'obiezione che la garanzia del contraddittorio sarebbe affidata all'opposizione tardiva dell'art. 650, perché questa, se proposta, correttamente, dopo il decreto dell'art. 647, è impugnazione di un provvedimento che si presume emesso nel rispetto del contraddittorio, **e addossa**

---

(68) V. Cass. n. 5447 del 04.06.1999, emessa nell'ambito del procedimento per la dichiarazione d'inefficacia del decreto ingiuntivo, ma con affermazioni di carattere generale.

(69) L'opposizione tardiva è considerata dalla giurisprudenza prevalente un mezzo di impugnazione straordinaria del decreto ingiuntivo. E*x plurimis, v.* Cass., SS.UU., n. 11549/1998 e Cass. n. 19429/2005.

(70) Questo sembra essere il senso vero delle sentenze nn. 6085 del 2004 e 22959 del 2007 della Cassazione.

(71) Vi è una precisa conferma nell'interpretazione storica di questa evoluzione del procedimento ingiuntivo verso il controllo del contraddittorio: il quale prima è volutamente escluso, poi debolmente consentito, ed infine imposto come obbligo, rafforzato dalla Costituzione (artt. 3 e 24).

all'opponente il rischio della mancata prova (dell'incolpevole ignoranza del decreto). Ove proposta prima (del decreto d'esecutorietà) si risolve nella rimessione in termini dell'intimato[72] e si colloca prima della decisione finale (diventa, cioè, una vera e propria opposizione (quasi) tempestiva, una vera seconda fase ordinaria del giudizio di primo grado). Rimane fermo il fatto, però, che prima della dichiarazione d'esecutorietà il procedimento speciale d'ingiunzione non può ancora dirsi formalmente concluso.

8a. - Corollari dell'interpretazione

1. La conoscenza del decreto (meglio, la sua probabile ignoranza) deve essere *effettiva* perché serve a fondare la presunzione, *iuris tantum*, dell'acquiescenza dell'intimato, dalla quale deriva la regolarità del giudicato (artt. 647, 663)[73]. La conoscenza solo *formale* del processo (desunta dalla regolarità della notifica), invece, è sufficiente solo nel giudizio ordinario (art. 291), perché in esso: sono previste altre notifiche (art. 292), è sempre possibile la costituzione tardiva del contumace, è sempre possibile la sua rimessione in termini (art. 294), ma soprattutto perché la contumacia non da luogo all'acquiescenza del convenuto ed alla formazione di un giudicato contrario[74]. Nel procedimento speciale la conoscenza deve essere, quindi, *effettiva*; e come tale non

---

(72) La giurisprudenza, sull'opposizione tardiva, non sembra avere le idee molto chiare. La considera un'impugnazione straordinaria (Cass. SS.UU. n. 11549/1998 e Cass. n. 19429/2005), ma l'ammette anche prima dell'emissione del decreto d'esecutorietà (valorizzando il comma 1°), contro il parere, più coerente con tale premessa, dello Sciacchitano. In realtà, l'art. 650, co. 2°, afferma che il giudice dell'opposizione tardiva può sospendere l'*esecutorietà*, che come abbiamo visto più sopra, e la qualificazione usata dalle rubriche degli articoli 647 e 654, mentre negli articoli 642, 648 e 649 si parla di esecuzione provvisoria. L'esecutorietà presuppone la decisione finale del merito, mentre l'esecuzione provvisoria presuppone una particolare natura della prova scritta, o un grave pericolo nel ritardo, e può essere sospesa solo dal giudice dell'opposizione tempestiva prima della decisione finale. Inoltre, se la tutela dell'intimato, in ordine alla conoscenza del decreto è rimessa prima allo stesso giudice del decreto, in via ufficiosa, l'autotutela dell'intimato dovrebbe essere solo successiva. Tuttavia la stessa opposizione può avere diversa natura, a secondo che venga proposta prima o dopo del decreto dell'art. 647. Nel primo caso essa è una rimessione in termini interna al grado del giudizio (come avviene anche nel processo ordinario ai sensi dell'art. 294); nel secondo caso è un'impugnazione del provvedimento finale del grado. **V. Andrioli**, 1964, cit., p. 90, assimila la *ratio* dell'art. 650 sia a quella dell'art. 294 che all'altra dell'art. 327, co. 2°. Secondo questa distinzione il termine contenuto nell'art. 650, co. 3° (dieci giorni dall'inizio dell'esecuzione) è applicabile solo all'impugnazione (diversamente, nel caso di decreto provvisoriamente esecutivo, la cui esecuzione può essere iniziata insieme alla notifica del decreto (art. 642, co. 3°) il termine potrebbe scadere prima di quello dell'opposizione tempestiva). In conclusione: l'opposizione tardiva per la rimessione in termini può essere proposta fino al momento d'emissione del decreto dell'art. 647; l'opposizione tardiva come impugnazione può essere emessa fino a dieci giorni dall'inizio dell'esecuzione. La giurisprudenza, però, non fa questa distinzione, parla solo di natura impugnatoria, e ne ammette la proposizione in ogni tempo dopo scaduto il termine fissato nel decreto.

(73) Trattasi di prova legale. La conoscenza consente di definire il giudizio sul presupposto che vi è stata acquiescenza al decreto. La prova contraria è possibile solo con l'impugnazione dell'art. 650. Altra prova legale (di abbandono del giudizio) è quella dell'art. 644. Sulle presunzioni *iuris et de iure* la dottrina ha sempre dibattuto se trattasi di *fictio iuris* ovvero di automatismi legali. La *fictio* contiene la *ratio* della prova, che però rimane valida anche quando la sua (ipotetica) giustificazione viene a mancare. Sulla presunzione v. **F. Cardopatri**, Presunzione, (dir. Proc. civ.). Enc. Dir., XXXV, p. 274 e ss..

(74) Per queste ragioni deve ritenersi che la contumacia sia un istituto del tutto diverso dall'inattività dell'intimato.

può essere dedotta (*praesumptio de praesumptio)*[75] automaticamente e senza eccezioni dalla regolarità della notifica([76]).

Nell'ampia formula dell'art. 647, rientrano allora, come fatti impeditivi della conoscenza, anche il caso fortuito, la forza maggiore (contemplati nell'art. 650)[77], ed i casi d'ignoranza, o tardiva conoscenza[78], non imputabili all'intimato o alle persone di cui egli debba rispondere[79].

---

(75) Si ritiene che la regolarità della notifica del decreto ingiuntivo non impedisce al giudice di emettere l'ordine di rinnovazione ma gli impone soltanto un adeguata motivazione dell'ignoranza. Idem **E. Garbagnati**, op. cit., p. 120 e ss. il quale deduce la conclusione dal contrasto fra le parole "*risulta*" e "*appare probabile"*. Nello stesso senso **M. Cataldi**, op. cit., p. 380 e ss.. Sul divieto della *praesumptio de paesumpitio,* **F. Cardonati,** op. cit., p. 293, dove si afferma che esso è "*recepito e consacrato dalla prassi*…".

(76) L'art. 16 comma 2° del R.D. n. 1531 del 1936 disponeva: "Se la *notificazione* del decreto non appaia regolarmente avvenuta e vi sia ragione di dubitare che la parte a cui è diretta la ingiunzione non abbia avuto *legale* conoscenza del decreto [il giudice del decreto] *può* ordinare la rinnovazione della notificazione, con le cautele che creda eventualmente del caso". All'epoca, quindi, il dubbio riguardava l'idoneità della *notifica* a determinare la *legale* conoscenza dell'intimato. Oggi, l'art. 647, non parla più di notifica e di *legale* conoscenza del decreto. A conferma si consideri che il decreto n. 1531 del 1936 regolava anche il procedimento di sfratto per morosità e stabiliva, negli articoli 32 e 33, le stesse modalità *peculiari* di notifica dell'intimazione di sfratto, ora previste nell'art. 660. L'art. 35 di allora, però, non consentiva al giudice dello sfratto di rinnovare la notifica dell'intimazione, e ciò dimostrava che per quel legislatore il potere di rinnovo era collegato alle sufficienti garanzie offerte dalla notificazione. Il codice attuale, invece, pur mantenendo le differenti modalità di notifica del decreto ingiuntivo e dell'intimazione di sfratto (artt. 643 e 660), ha previsto in entrambi i casi (art. 647 ed art. 663) e con la stesa formula giustificativa, l'obbligo del rinnovo della notifica, indicando così, in modo evidente che oggi la ratio delle due disposizioni non sta più nelle garanzie di conoscenza che offre la forma della notificazione, ma alla *effettività* della conoscenza dell'intimato. Sullo sfratto per morosità v. **R. Preden**, Sfratto (procedimento per convalida di), Enc. Dir., XLII, pag. 429 e ss., per il quale (p. 439) l'art. 660 non consente la notifica ai sensi dell'art. 143. Il collegamento dell'ordine di rinnovazione alla *effettiva* conoscenza dell'intimato è condiviso da **G. Franco**, op. cit., p. 443, il quale ritiene (p. 325 e ss.), inoltre, che anche la mancanza o inesistenza della notifica impone al giudice di emettere ugualmente l'ordine di ordinare il rinnovo, invocando a sostegno il Tribunale di Milano (sent. 11 marzo 1982, in Giust. Civ. 1982 n.10, p. 2816, estensore il prof. Pajardi), Trib. Milano 8.11.1978, Trib. Milano 28.11.1978 in Riv. Dir. Fin.m IIm 142. Un caso classico di divergenza fra conoscenza effettiva e notifica si ricava dall'incompetenza dell'ufficiale giudiziario.

(77) La dottrina tende ad istituire un collegamento fra art. 647 ed art. 650, nel senso che il primo opererebbe nello stesso ambito ed il secondo porrebbe rimedio all'insufficienza del controllo del giudice. Così **E. Garbagnati** e **M. Cataldi** già citati prima.

(78) La Cassazione a Sezioni Unite 4 maggio 2004 n. 10216 ha enunciato il seguente principio di diritto: "… nella notifica dell'opposizione a decreto ingiuntivo, la tempestiva consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario perfeziona la notifica per l'opponente, evitando al medesimo anche l'effetto della decadenza, dal rimedio oppositorio, nell'ipotesi di non tempestivo o mancato completamento della procedura notificatoria, per la fase sottratta al suo potere d'impulso. Con la conseguenza, in tale ultimo caso, che è in potere della parte di rinnovare la notifica con il modulo, e nel termine, dell'opposizione tardiva di cui all'art. 650 c.p.c.". La soluzione suscita qualche perplessità, ma ove accettata, dovrebbe consentire al giudice del decreto, nell'identica situazione, di ordinare il rinnovo della notifica atteso che in quel caso non vi è stata decadenza dall'opposizione né accettazione del decreto, ed è necessario evitare l'opposizione tardiva dell'intimato, che è il fine a cui tenderebbe la norma in esame. In realtà la Corte Costituzionale ha ampliato l'area dell'art. 650 con la sentenza n. 120 del 1976, ma non anche quella dell'art. 647. Il giudice del decreto, quindi, non può esimersi dal dichiarare l'esecutorietà quando gli risulta la conoscenza tempestiva del decreto e la non opposizione.

(79) Si ritiene, ad esempio, non imputabile l'ignoranza dovuta al dolo della persona che ha ricevuto la copia e non la ha consegnata all'intimato, perché il dolo non è prevedibile.

Il controllo dell'art. 647, per quanto già detto, è demandato, *funzionalmente,* al giudice dello stesso decreto e deve avvenire con le forme ivi previste. Ciò significa che il giudice di un diverso processo[80], nel quale sia stata invocata l'autorità del decreto ingiuntivo semplicemente non opposto, non ha il potere di accertare direttamente i presupposti previsti nell'art. 647. Il Giudice Delegato al fallimento, ad esempio, non può controllare direttamente se l'intimato abbia avuto effettiva conoscenza del decreto e vi abbia prestato acquiescenza, perché ciò equivarrebbe ad assumere i poteri e la competenza funzionale del giudice del decreto: cosa che non gli è consentita, nemmeno *incidenter tantum*. Nel diverso processo, infatti, il precedente giudicato si configura come un fatto già avvenuto e perfetto, non come situazione ancora *in itinere* (che sarebbe ancora un non giudicato)

2. Dalla natura di atto interno al procedimento monitorio, deriva che l'istanza del creditore prevista dall'art. 647, che assume tecnicamente la forma del ricorso, deve essere sottoscritta o proposta oralmente dal difensore (necessità della difesa tecnica), come si evince dall'art. 125 (art. 83, ult. co.)[81], e il decreto del giudice deve essere redatto in calce al ricorso[82], oppure in calce all'originale del decreto, se la richiesta è stata fatta oralmente (art. 135, comma 2)[83].

3. I poteri del giudice sono ricavabili dagli articoli 638 – 641, e dalle norme generali del libro I; solo in mancanza, dall'analogia prevista dall'art. 12 sulla legge in generale. Il

---

(80) Il dubbio sull'ignoranza del decreto non può essere valutato da un altro giudice, il quale potrebbe constatare soltanto la regolarità della notifica, dalla quale la legge, però, non *desume* la *effettiva* conoscenza del decreto. Anche l'idea del giudicato *interno* non si adatta al caso del decreto non opposto perché nessun giudicato può formarsi prima della verifica dell'effettiva conoscenza del decreto. Il giudicato *interno* può aversi solo nel caso della mancata costituzione dell'opponente nel quale la legge, desumendone l'effettiva conoscenza del decreto, non impone ulteriori verifiche.

(81) **M. Cataldi**, op. cit., p. 556 afferma la necessità della difesa tecnica. La necessità non esiste, invece, nell'ipotesi dell'art. 654 il quale non menziona l'istanza del ricorrente. Presso il Tribunale di Siracusa, Sezione lavoro, il decreto dell'art. 647 esordisce con la frase: "*Sulla richiesta orale del procuratore del ricorrente…*"; mentre quello dell'art. 654 esordisce con l'altra frase: " *Sulla richiesta orale del ricorrente*".

(82) **V. Andrioli**, Commento al Codice di Procedura Civile, Napoli, 1957, I, p. 378. Sui rapporti fra *istanza* e *ricorso* si vedano gli articoli 486, 688 e 769 i quali parlano nella rubrica di *istanza* ed indicano nel testo la forma del *ricorso*. Il ricorso è la forma della domanda ingiuntiva. L'art. 125 indica che il ricorso deve contenere l'*istanza*. L'istanza di conciliazione in sede non contenziosa, secondo l'art. 68 disp. attuaz., si propone con ricorso o verbalmente. L'istanza di abbreviazione dei termini di comparizione ex art. 70 disp. attuaz. si propone con ricorso ed il decreto del presidente è scritto in calce al ricorso. Il decreto ingiuntivo è scritto in calce al ricorso ai sensi dell'art. 135 comma 2. L'art. 647, inoltre, attribuisce il potere di presentare istanza al *ricorrente*. La forma del ricorso impone che vi siano i requisiti dell'art. 125; procura al difensore, dichiarazione di residenza e domicilio eletto possono essere gli stessi già indicati nel ricorso introduttivo.

(83) **V. Andrioli**, 1964, cit., p. 59, afferma che il comma 1 dell'art. 643 ripete l'art. 135. La forma dell'annotazione in calce all'originale si ricava anche dagli articoli 645 e 654 (annotazione dell'opposizione ed esecutorietà successiva all'opposizione).

giudice può richiedere al ricorrente[84] tutti i chiarimenti del caso, avvalersi delle nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (c. d. fatti notori) (art. 115 co. 2°) ed assumere anche sommarie informazioni.

L'ordine di rinnovazione non può essere contestato dal ricorrente, e se non adempiuto comporta la reiezione della domanda introduttiva (in applicazione dell'art. 640 comma 2°).

4. L'art 647 non prevede termini[85] per la presentazione dell'istanza, o per la rinnovazione della notifica, e non stabilisce gli effetti della mancata rinnovazione. Tuttavia, il controllo del contraddittorio (art. 101) è imposto dalla legge una sola volta all'interno del grado di un giudizio[86]. Nel processo ordinario, infatti, il giudice è autorizzato a fissare, all'uopo, un termine perentorio. Nel processo speciale lo stesso effetto può dedursi dall'art. 640 comma 2°, considerando inevaso l'ordine impartito dal giudice[87].

---

(84) Se dopo la rinnovazione della notifica è proposta opposizione in termini, si è ritenuto che il ricorrente possa contestare il provvedimento del giudice del decreto davanti al giudice dell'opposizione dimostrandone l'illegittimità ai fini della formazione del giudicato interno. Tuttavia la conclusione non sembra del tutto logica visto che il ricorrente non può apporre riserve al rinnovo della notifica già adempiuto, che sembra inserirsi nella fase preliminare del processo monitorio. Del resto non ha molto senso ipotizzare una contestazione che diviene possibile solo nel caso in cui l'altra parte proponga l'opposizione.

(85) L'art. 152 comma 1 afferma. "*I termini per il compimento degli atti del processo sono stabiliti dalla legge; possono essere stabiliti dal giudice anche a pena di decadenza se la legge lo permette espressamente*".

(86) **G. Franco**, op. cit. p. 328, ricava l'obbligo del giudice di ordinare il rinnovo della notificazione dal principio della rinnovazione d'ufficio dell'atto nullo desumibile dagli articoli 156, 157, 164 comma 2, 291 comma 1. Tale rinvio, però, non sarebbe applicabile alla notifica solo irregolare o alla notifica valida che lasci dubbi sulla effettiva conoscenza, e non sarebbe sufficiente a prevenire il ripetersi del caso. *Quid iuris* se la nuova notifica fosse a sua volta nulla? Si dovrebbe ripetere l'atto? Sembra che solo l'art. 101 consenta la giusta soluzione. Gli articoli 164 e 291, invece, non sono applicabili perché tipici del giudizio ordinario.

(87) Secondo la dottrina prevalente l'ordine di rinnovo della notificazione è legittimo solo quando la notifica, nulla, irregolare ma non inesistente, sia stata effettuata, sul presupposto che l'inefficacia può essere dichiarata solo su ricorso del debitore ex art. 188 disposizioni d'attuazione, e la rimessione in termini del ricorrente non è possibile. Per **G. Franco**, op. cit, p. 329, l'inefficacia integra un'eccezione che può essere fatta valere dall'opponente nel giudizio di opposizione ovvero nella speciale procedura ex art. 188 disposizioni d'attuazione. Cfr. Cass. nn. 1096/1964, 3450/1972, 1411/1981, 13333/1972. Nel caso di notifica mai fatta o inesistente, il giudice dovrebbe rigettare l'istanza del ricorrente (**M. Cataldi**, op. cit.p. 380 e ss.) oppure ordinare il rinnovo della notifica (**G. Franco**, op. cit., p. 331 e ss.). Le due soluzioni, tuttavia, lasciano perplessi. L'istanza del ricorrente non è una nuova domanda ma un atto d'impulso processuale richiesto dalla specialità della procedura, come dimostra il fatto che il giudice deve ordinare il rinnovo della notificazione se ne ricorrono i presupposti. Se l'istanza fosse una domanda il giudice non potrebbe emettere una diversa pronunzia. Invece la legge consente al giudice di provvedere anche quando non accoglie l'istanza del ricorrente. L'altra soluzione per cui il giudice deve ordinare il rinnovo di una notifica mai fatta o inesistente, non potendo dichiarare d'ufficio l'inefficacia, non considera che il rinnovo della notifica farebbe salve le decadenze, sostanziali e processuali, e le prescrizioni, determinatesi prima della pendenza della

5. Le decadenze processuali sono fatte salve dall'esistenza del decreto provvisorio dell'art. 641, mentre la prescrizione e la decadenza sostanziale sono fatte salve dall'esistenza del procedimento ingiuntivo, poiché soltanto l'estinzione del giudizio esclude gli effetti previsti negli articoli 2945, comma 2[88], e 2966[89] c.c.[90]. Ma l'estinzione del procedimento monitorio non è prevista dalla legge.

9. - Effetti della mancata o tardiva costituzione dell'opponente

Nella seconda ipotesi regolata dall'art. 647, l'intimato ha proposto l'opposizione fuori termine (senza aver chiesto la rimessione in termini di cui all'art. 650), oppure ha proposto l'opposizione tempestiva ma non si è costituito nei termini previsti dall'art. 645, co. 2. In questa ipotesi il giudice non deve verificare l'effettiva conoscenza del decreto che è ammessa dall'opponente, ma solo la tardività dell'opposizione o della costituzione in giudizio.

In astratto la norma sembra consentire, in entrambi i sottocasi, la dichiarazione dell'esecutività, ed il comma 2° stabilisce, pertanto, che *"quando il decreto è stato dichiarato esecutivo a norma del presente articolo, l'opposizione non può essere più proposta né proseguita, salvo il disposto dell'art. 650, e la cauzione eventualmente prestata è liberata"*. Nella pratica, però, sono sorti diversi problemi e si prospettano altre soluzioni.

In primo luogo, è stato chiesto alla Corte Costituzionale se l'opposizione tempestiva ma improcedibile, può essere riproposta nel termine, come avviene per l'appello (art. 358) e per il ricorso per Cassazione (art. 387). La Corte ha dato risposta positiva, affermando che la lettera dell'art. 647 co. 1°, impone al giudice di provvedere

---

lite. E' anche vero, però, che il giudice del decreto, se adito, dal ricorrente ex art. 647 o dall'intimato ex art. 188 disposizioni d'attuazione, deve emettere un provvedimento conclusivo del procedimento d'ingiunzione e non può limitarsi a declinare l'istanza (art. 112). Egli, quindi, se non può procedere d'ufficio (art. 112), deve, ove attivato dalle parti, provvedere secondo legge e mai secondo i desideri degli istanti. Se richiesto della dichiarazione di inefficacia egli può, in contraddittorio, dichiarare l'esecutività del decreto, e se richiesto dell'esecutorietà può dichiarare senza contraddittorio l'inefficacia. Questa soluzione sembra la più equilibrata e la più consona al principio che le parti nel procedimento d'ingiunzione esercitano (fuori dai casi della domanda introduttiva, art. 638, e della costituzione in replica, art. 645) soltanto poteri di impulso processuale che lasciano libero il giudice di decidere secondo legge.

(88) Cass. 26.07.2002 n. 11005; Cass. 23.05.1997 n. 4630; Cass. 20.05.1989 n. 2437; Cass. 30.05.1978 n. 2727; Cass., 19.08.1974 n. 2397. Contra Cass., Sez. Lav., 07.07.2006, n. 15489; Cass. 14.08.1997 n. 7617 che fanno leva, invece, sul comma 4 dell'art. 2943 e sul carattere recettizio della costituzione in mora. Tuttavia non è certo che il comma 4 dell'art. 2943 serva ad interpretare e delimitare le ipotesi dei commi precedenti i quali disciplinano gli effetti interruttivi della domanda giudiziale. Nel procedimento ingiuntivo rimasto speciale l'istituto dell'estinzione del giudizio non può operare in alcun modo.

(89) Cass. n. 2407/1982; Cass. n. 822/1990.

(90) L'art. 291, comma 1, fa riferimento alle decadenze processuali perché la prescrizione e la decadenza sostanziale sono fatte salve già dal diritto sostanziale.

solo a termine scaduto[91]. Tale motivazione, però, non è sembrata convincente[92], perché porterebbe ad una disuguaglianza contraria: il giudice del decreto deve attendere che il termine sia scaduto, mentre il giudice dell'appello (art.358) e del ricorso per cassazione (art. 387) possono decidere prima della scadenza dei relativi termini e "*consumare*" in tal modo il diritto all'impugnazione. L'uguaglianza vorrebbe che anche il giudice del decreto avesse lo stesso potere, ed in tal senso può interpretarsi il comma 2° dell'art. 647: l'opposizione non è riproponibile se il giudice ha già emesso il decreto d'esecutorietà[93].

A noi qui, tuttavia, importa sottolineare un diverso punto della motivazione fornita dalla Corte Costituzionale: secondo la Corte se il decreto d'esecutorietà fosse emesso prima della scadenza del termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 641 sarebbe violato il diritto di difesa dell'opponente, sarebbe violata, cioè, una regola tipica della cognizione (prevista nell'art. 24 della Cost. e nell'art. 101 del codice di rito, che di quella norma fa concreta applicazione), non dell'esecuzione. **Ciò significa che per la Corte Costituzionale l'art. 647 disciplina ancora la cognizione**, non serve solo a conferire l'esecutorietà al decreto che non ne sia già munito (come prevede l'art. 654, co. 1°)[94].

9a. - Il comma 2° dell'art. 647

La norma, l'abbiamo visto, vieta all'intimato, dopo l'emissione del decreto del comma 1°, di proporre o di proseguire l'opposizione, senza aver fornito la giustificazione prevista dall'art. 650. In caso di violazione del divieto, il giudice dell'opposizione dovrebbe emettere subito sentenza d'inammissibilità o d'improcedibilità dell'opposizione. Tuttavia la soluzione, letteralmente suggerita dal codice, si scontra con l'esigenza pratica di evitare conflitti (fra giudice del decreto e giudice dell'opposizione).

La giurisprudenza, in genere, fa prevalere le esigenze del contraddittorio, consentendo al giudice dell'opposizione anche di disapplicare il decreto d'esecutorietà emesso fuori dai casi consentiti[95]. In conclusione: si nega la possibilità del ricorso ex art. 111 Cost. contro il decreto dell'art. 647, e si preferisce rimettere al giudice dell'opposizione ogni valutazione

---

(91) La Corte Costituzionale (sentenza n. 18 del 2002) nel dichiarare che l'opposizione ordinaria è riproponibile finché non è ancora scaduto il termine per l'opposizione, afferma anche "*l'ovvia conseguenza che - pur in assenza di una tempestiva costituzione in giudizio – il decreto di esecutività non può essere emesso se non sia anche interamente decorso il termine per l'opposizione*". L'interpretazione suggerita dalla Corte Costituzionale è letteralmente sostenibile: se il giudice del decreto (prima di averlo emesso) si trova davanti ad una seconda opposizione in termine per la quale non è ancora scaduto il termine per la costituzione in giudizio.

(92) Annotando la sentenza **R. Caponi**, Foro It. 2002, I, 1643, afferma: "*Forzando l'art. 647, 1° comma, c.p.c. (nella parte in cui consente al ricorrente di chiedere la dichiarazione di esecutività sulla sola base della mancata costituzione dell'ingiunto, anche prima della scadenza del termine di opposizione) la Corte Costituzionale ritorna a suggerire all'opponente, che non si è potuto costituire tempestivamente in giudizio, di riproporre l'opposizione, se il relativo termine è ancora pendente*."

(93) La Corte di Cassazione (sent. n. 22502/2004) sembra apportare proprio questa correzione alla motivazione della Corte Costituzionale.

(94) Per **E. Garbagnati**, op. cit., p. 121, nota 353, il decreto dell'art. 647 servirebbe solo a conferire l'esecutorietà al decreto che non sia già provvisoriamente esecutivo. L'affermazione ricorre anche in altri autori che assegnano all'art. 647 lo stesso significato dell'art. 654.

(95) Si vedano le sentenze n.181 del 1965 e 785 del 1964, con le quali si afferma che il decreto d'esecutorietà non è, esplicitamente, dichiarato non impugnabile dalla legge.

sulla validità di quel decreto (che diventa in un certo senso impugnabile)[96].

Ai fini della nostra ricerca, tuttavia, anche questa soluzione (poiché l'opposizione è sempre una prosecuzione con altre forme del giudizio di primo grado) dimostra che l'art. 647 disciplina principalmente la cognizione del giudice, all'interno del giudizio di primo grado (se vi è l'opposizione) o in unico grado (se manca l'opposizione).

9b. - L'art. 647 come norma del processo monitorio e non del processo ordinario

Dalla lettera dell'art. 647, co. 1°, si deduce anche, in negativo, l'obbligo dell'opponente di iscrivere a ruolo la causa nel termine di legge. Ciò si spiega col fatto che il processo ingiuntivo è già iniziato con il deposito del ricorso, con l'emissione del decreto e con la sua notifica, e può essere continuato nelle forme ordinarie **solo senza inutili dilazioni**[97]. Tuttavia l'art. 647, se letto in positivo, non disciplina i poteri del giudice dell'opposizione ma i poteri del giudice del decreto: è norma del processo monitorio non del processo ordinario.

La disciplina dell'opposizione, comunque incardinata, si trova nell'art. 645, 2°, e gli effetti che la sentenza produrrà sul decreto si trovano nell'art. 653. Anche quando il rigetto dell'opposizione sarà dovuto alla sua inammissibilità o alla sua improcedibilità,

---

(96) La tendenza, in dottrina ed in giurisprudenza, è in favore della competenza del giudice dell'opposizione, che definisce il giudizio nel contraddittorio delle parti, mentre il giudice del decreto provvede sempre *inaudita altera parte* ed in *itinere*, ponendosi nella stessa posizione in cui versa l'istruttore rispetto al collegio. Si è affermato, anche, che **il decreto di esecutività può essere rivisto dal giudice dell'opposizione**. Nel caso in cui il giudizio di opposizione sia stato comunque incardinato, per **V. Andrioli**, 1964, già cit., p. 83, è necessaria la sentenza. L'Autore ne ricava conferma anche dalla competenza a emanare il decreto d'esecutorietà, attribuita (allora) al conciliatore, al pretore e al presidente del Tribunale nel presupposto della mancata nomina del giudice istruttore. Identica idea esprime **E. Garbagnati**, op. cit. p. 174. La tesi è condivisa dalla recente Cassazione n. 13252/2006, che ritiene affetta da "*grave incongruenza*" la tesi opposta (la Cassazione, sentt. nn. 785/1964, 181/1965, 9314/1987, ammette la possibilità d'emanazione del decreto di esecutorietà, in pendenza dell'opposizione, e ne consente anche il riesame da parte del giudice dell'opposizione) che nega così al decreto la sua normale caratteristica, cioè l'immutabilità, salva l'opposizione tardiva. L'appiglio letterale di questa tesi sta nel comma 1 dell'art. 647 che richiama solo *la mancata costituzione,* non anche *la costituzione fuori termine, e* la mancata opposizione non anche l'opposizione fuori termine. *S*olo quando manca del tutto la costituzione in giudizio non sorge alcun problema e la decisione finale può essere emessa dal giudice del decreto.

(96) La cauzione è giustificata dal dubbio sull'esito della cognizione. Se il dubbio cessasse col decorso del termine per l'opposizione, la cauzione dovrebbe essere liberata in quel momento senza altro provvedimento del giudice. Ciò non avviene perché il processo può ancora riprendere dall'inizio, dopo la verifica del contraddittorio prevista nell'art. 647. E ciò vuol dire, senza dubbio, che quella verifica incide sulla cognizione, non solo sull'efficacia esecutiva. Chi sostiene l'inutilità del decreto dell'art. 647, quando la provvisoria esecutività sia stata concessa insieme al decreto, non spiega come si fa, poi, a liberare la cauzione. Sembra assurdo ipotizzare, in tal caso, una istanza volta solo a liberare la cauzione, che imporrebbe al giudice gli stessi controlli sulla regolarità del contraddittorio. Anche perché l'art. 647 dice esplicitamente che la liberazione della cauzione è automatica, consegue ai controlli e alle condizioni del comma 1°. Il problema della liberazione della cauzione non è previsto nell'art. 654 perché la cauzione viene liberata automaticamente dall'emissione della sentenza di rigetto che definisce la cognizione. E ciò dimostra che nel caso d'opposizione è la sentenza (non il decreto dell'art. 654) che definisce il processo ingiuntivo.

(97) Assumendosi anche le relative spese. In passato, vigente l'art. 651, egli doveva effettuare anche il deposito per soccombenza nei casi degli artt. 642 e 650.

gli effetti della sentenza sul decreto ingiuntivo saranno sempre quelli previsti dal comma 1° dell'art. 653)[98].

Si è sostenuto, tuttavia, che il legislatore avrebbe adattato all'opposizione (per la sua natura sostanziale d'impugnazione) le regole degli articoli 358 e 387 (inammissibilità ed improcedibilità dell'impugnazione), **trascrivendole proprio nel comma 2° dell'art. 647** (che sarebbe rivolto, quindi, anche al giudice dell'opposizione)[99]. L'inammissibilità e l'improcedibilità di cui al comma 2° dell'art. 647, però, sarebbero applicabili solo **dopo l'emissione del decreto d'esecutività**, il quale a sua volta presuppone l'istanza del ricorrente di cui al comma 1°.

Dall'interpretazione si è dedotto che: a) il giudice dell'opposizione non può dichiarare l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'opposizione se il creditore opposto non gli fa prima l'istanza per l'esecutività del decreto; b) in mancanza dell'istanza l'opposizione deve proseguire regolarmente; c) se nessuna delle parti si costituisce nei termini il processo entra in quiescenza e deve essere riassunto per la dichiarazione di estinzione o per la prosecuzione[100]. Si è anche detto che l'art. 647 comma 2° stabilisce il limite oltre il quale l'opposizione ordinaria o la costituzione in giudizio dell'opponente non possono più avvenire, per cui il termine dell'art. 641 sarebbe, addirittura, non perentorio[101]. E' vero che tutte queste particolari interpretazioni sono state oramai superate[102] dalla dottrina e dalla pratica.

Tuttavia permane ancora l'idea che l'art. 647 voglia disciplinare anche il giudizio d'opposizione; e si continua a discutere su come l'*istanza del ricorrente* possa combinarsi con la regola del rilievo d'ufficio del giudicato interno[103]. Si è pensato di risolvere il conflitto limitando l'ambito dell'istanza ai soli effetti esecutivi del

---

(98) Gli effetti dell'inattività dell'opponente regolarmente costituito, sono oggi previsti negli articoli 652 e 653. L'art.647, quindi, non regola la mancata comparizione dell'intimato all'udienza e la rinunzia agli atti del giudizio, che prima erano anch'essi contenuti nell'art. 16 del R.D. n. 1531 del 1936.

(99) **V. Andrioli**, 1964, op. cit., pp. 77 e ss..

(100) **V. Andrioli**, 1964, op. cit., pp. 79 e ss..

(101) **E. Garbagnati**, I procedimenti di ingiunzione e di sfratto, 1951, par. 26. L'Autore, però, ha successivamente mutato opinione (Il procedimento d'ingiunzione, 1991, op. cit., pag. 163 e ss.).

(102) **V. C. Mandrioli**, op. cit., III, p. 216 e ss.. Nella pratica si insiste ancora soltanto sulla possibilità della riassunzione dell'opposizione per mancata costituzione di entrambe le parti, ma la Cassazione respinge costantemente anche questa tesi.

(103) V., infatti, Cass. n. 12352/2006, sull'art. 183 ter, afferma:"…*potrebbe ritenersi che affinché l'ordinanza ingiunzione possa espletare l'efficacia ai sensi dell'art. 647 (intesa come forza di giudicato) sia necessaria l'istanza del creditore….La Corte, tuttavia, non ritiene che l'acquisto da parte dell'ordinanza ingiuntiva dell'efficacia del giudicato dipenda dalla richiesta del creditore di dichiarazione di esecutività ai sensi dell'art. 647 cod. proc. Civ.. Tale efficacia si verifica, invece, per il fatto oggettivo della mancata costituzione del contumace dopo la rituale notificazione dell'ordinanza. Ne consegue che, a condizione che risulti in atti…la rituale notificazione dell'ordinanza…e risulti inutilmente decorso il termine di venti giorni per la costituzione del contumace…si debbono intendere definite dall'ordinanza stessa della quale deve essere dichiarato il passaggio in giudicato"*. Per il rilievo d'ufficio del giudicato, interno ed esterno, si veda Cass. SS. UU. n. 226/2001. Quando l'inammissibilità deriva da mancata iscrizione a ruolo, prevale l'idea che essa debba essere dichiarata anche d'ufficio con sentenza (ex plurimis si veda anche Cass. 4294/2004; 2707/1990).

decreto[104].

La conseguenza di questo laborioso argomentare è che anche nel processo monitorio (anche quando manca, cioè, l'opposizione) il giudicato ingiuntivo non dipenderebbe dall'istanza del ricorrente, e dall'emissione del decreto dell'art. 647, ma si formerebbe automaticamente allo scadere del termine per l'opposizione. L'art. 647 verrebbe letto come sintesi degli artt. 653 e 654: scaduto il termine per opporre, o scaduto il termine per la costituzione in giudizio dell'intimato, il decreto già passato in giudicato ma non ancora eseguibile, acquisterebbe l'efficacia esecutiva con un decreto del giudice su istanza del ricorrente, previa verifica della regolarità della sua notifica.

Paradossalmente, quindi, la pretesa (tuta da dimostrare) di inserire per forza l'art. 647 anche nel giudizio d'opposizione, e la conseguente necessità di svincolare la formazione del giudicato ordinario dalla potestà (istanza) del creditore, ha costretto una certa dottrina ad elaborare l'idea che **nel rito monitorio il giudicato ingiuntivo sostanziale si forma automaticamente con il semplice decorso del termine d'opposizione!** Formulazione questa, lo ripetiamo ancora una volta, che se ben si sposa con la natura impugnatoria dell'opposizione (se non c'è l'impugnazione, non occorre alcun provvedimento del giudice per la formazione del giudicato), contrasta decisamente con l'altra idea che l'opposizione sia una diversa ed eventuale fase dello stesso giudizio di primo grado. Questa seconda scelta teorica, che è quella decisamente prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, lascia intatta l'esigenza di un provvedimento finale del giudice, ancorché emesso in forma speciale, volto a confermare e stabilizzare il decreto anticipato in assenza del contraddittorio.

Per altro, anche nel giudizio d'opposizione è sempre necessario che l'inammissibilità o l'improcedibilità siano dichiarate dal giudice, perché si formi il giudicato ai sensi dell'art. 324. Nessun giudicato sostanziale, quindi, viene mai ad esistenza, in automatico, nel momento in cui scade un termine d'opposizione (salvo che si tratti, invece, di un termine d'impugnazione e non d'opposizione).

9c. - Natura dell'istanza del ricorrente

In realtà l'art. 647, co. 1°, seppure consente di ampliare le *attività* che l'intimato deve necessariamente compiere per accedere al giudizio ordinario d'opposizione, non regola *direttamente l'opposizione*, la quale, una volta incardinata, deve svolgersi secondo le norme ordinarie (art. 645 co. 2°) e non secondo quelle speciali del *subprocedimento* monitorio (qual'è senz'altro l'art. 647). L'improcedibilità e l'inammissibilità, pertanto, pur veicolate dalla lettera dell'art. 647 co. 2°, rientrano nella disciplina dell'*attività* (non in quella dell'*inattività*), ed indicano possibili contenuti della sentenza di rigetto che prescindono da ogni ulteriore istanza del creditore opposto (l'istanza dell'"*opposto"* non sta scritta nell'art. 647 che prevede solo l'istanza del "*ricorrente"*).

---

(104) **V. Andrioli**, op. cit., 1964, p. 112, afferma: "…e, d'altra parte, la mancata proposizione dell'opposizione rende necessario il decreto dell'art. 647 solo se il decreto ingiuntivo non sia già munito di efficacia esecutiva". La frase è inserita nel commento dell'art. 656, e tende a convalidare l'idea dell'Autore che il decreto dell'art. 642 non è soggetto alla revocazione, però lascia dedurre anche che l'art. 647 non servirebbe a completare la cognizione sul decreto.

Nell'ambito dell'opposizione l'opposto (ex ricorrente) non ha il potere di disporre dell'esecutorietà del decreto ingiuntivo, e di consentire o meno la prosecuzione del giudizio. L'esattezza di questa tesi si deduce, anche, dal confronto fra l'art. 663 (in tema di sfratto, la cui rubrica è "*mancata comparizione o mancata opposizione dell'intimato*") e l'art. 647[105]. L'art. 663 impone al giudice dello sfratto le stesse verifiche che l'art. 647 impone al giudice del decreto, per gli stessi motivi sistematici, e con identico tenore letterale ("*…il giudice deve ordinare che sia rinnovata la citazione, se risulta o appare probabile che l'intimato non abbia avuto conoscenza della citazione stessa…*"). Ma tale norma non richiede alcuna *istanza anche verbale del ricorrente*. La ragione della differenza è che lo sfratto prevede l'udienza di comparizione davanti al giudice.

Nel procedimento speciale d'ingiunzione, invece, non è prevista alcuna udienza di comparizione davanti al giudice del decreto successivamente alla sua emissione. In questo procedimento, quindi, è necessario un nuovo impulso processuale del ricorrente (unica parte (rimasta) attiva ed interessata al prosieguo) per arrivare all'esito finale.

La differenza fra le due situazioni (conferma dello sfratto e conferma del decreto ingiuntivo), quindi, è solo squisitamente tecnica, formale, non dipende dai diversi poteri sostanziali delle parti, ma dal fatto che esse si trovino già, o non si trovino affatto, davanti al giudice che ha emesso il primo provvedimento[106]. In entrambi i casi, il legislatore vuole, in un unico grado e con forme sommarie, provocare il contraddittorio, reale o eventuale, controllarne (dopo la notifica) la regolarità, ed emettere una statuizione confermativa di quella già emessa *inaudita altera parte*, suscettibile di passare in giudicato per l'acquiescenza volontaria dell'intimato.

Poiché il procedimento d'ingiunzione, nel momento considerato dall'art. 647, co. 1°, si trova ad avere *una sola parte attiva*, e la competenza dello stesso giudice del decreto (che non se n'è ancora spogliato definitivamente, nei modi richiesti dall'art. 101), è necessario che il ricorrente lo riporti, con una nuova istanza e con la prova dell'avvenuta notifica, in dirittura d'arrivo, a prescindere dall'esecutorietà provvisoria, eventualmente, già concessa ai sensi dell'art. 642[107]. Il processo può continuare, quindi, solo su istanza di quell'unica parte[108], e la funzione dell'istanza,

---

(105) Si ricorda che il procedimento di sfratto era disciplinato pure dal R.D. n. 1531 del 1936 insieme al procedimento d'ingiunzione, con meccanismi processuali in parte simili e formulazioni letterali a volte identiche.

(106) Possiamo decidere prima sommariamente se l'attore potrebbe avere ragione e chiamare poi la controparte per gli approfondimenti che essa vorrà chiedere; oppure, possiamo chiamare prima l'interessato per decidere poi, anche in base al suo comportamento in giudizio, se l'attore ha ragione.

(107) Non essendo stato adito il giudice dell'opposizione. Esplicitamente **E. Garbagnati**, op. cit. pag.172, afferma "*a tale scopo non occorre che il creditore si costituisca in giudizio; l'art. 647 lungi dal richiederlo, lo esclude infatti implicitamente, attribuendo la competenza a pronunziare il decreto di esecutorietà non al giudice istruttore, ma al presidente del tribunale: esattamente come nel caso in cui il decreto d'ingiunzione venga dichiarato esecutivo, per difetto di tempestiva opposizione da parte dell'intimato*".

(108) O dichiarando la definitiva esecutorietà del decreto, e la fine formale del procedimento ingiuntivo, come sembra ritenere anche **G. Franco**, op. cit, pag.371, ovvero ordinando la rinnovazione della notifica del decreto, che riporta il procedimento al suo stato iniziale.

allora, è soltanto di *necessario impulso processuale* (art. 112), non di disporre del processo e del giudicato[109]. L'art. 647 non è una norma a duplice lettura, che assume diversi significati e contenuti, in funzione del fatto che sia stato incardinato o meno il giudizio d'opposizione. Esso ha un unico contenuto ed una sola lettura perché si applica solo al procedimento speciale.

Se ciò è vero, va rifiutata l'idea che l'istanza del creditore, prevista nell'art. 647, serva solo ad ottenere l'eseguibilità di un decreto già passato in giudicato, idea volta

---

(109) La disciplina, precedente ed attuale, del procedimento ingiuntivo in materia di lavoro conferma quanto sostenuto nel testo circa la natura di semplice impulso processuale dell'istanza del creditore prevista nell'art. 647. L'art. 10 del R.D. 21 maggio 1934, n. 1073, allora, disponeva: "*la domanda introduttiva del giudizio è proposta mediante ricorso, …. Il ricorso, …, è depositato nella cancelleria della pretura o del tribunale competente, …. **Copia del ricorso**, con l'indicazione della udienza di comparizione,(omissis),* è notificata immediatamente *alle altre parti interessate, **di ufficio**, …. **La causa è iscritta a ruolo, di ufficio, …**".* In base a questa disciplina l'art. 16 R.D. 1531/1936 (oggi art. 647 c.p.c.), al comma 3, stabiliva: "*Quando si tratta di crediti dipendenti da rapporti ai quali siano applicabili le norme per la decisione delle controversie di lavoro, la esecutorietà definitiva deve essere dichiarata dal pretore o dal Presidente, quando l'atto di opposizione non venga notificato e depositato nei termini stabiliti dall'art. 19*". L'art. 19, al comma 1, stabiliva: "*…, l'atto di opposizione deve contenere il ricorso introduttivo del giudizio, e deve essere notificato nel termine stabilito, al creditore, e depositato, nei cinque giorni successivi, nella cancelleria dell'autorità giudiziaria che ha emesso il decreto, per il corso ulteriore della procedura*". **Si vede bene che in questo caso l'art. 16 R.D. n. 1531 del 1936 non richiedeva l'istanza del creditore per la dichiarazione d'esecutorietà, perché la costituzione dell'intimato era già avvenuta e non occorreva ulteriore impulso per consentire al giudice di decidere**. Il codice del 1940 ha esteso il sistema della citazione ad udienza fissa anche al processo del lavoro per cui ha eliminato dall'art. 647 la disciplina speciale del comma 3 dell'art. 16, che non era più necessaria. La riforma del processo del lavoro del 1973, però, ha ripristinato la disciplina del R.D. 21 maggio 1934, n. 1073, senza reintrodurre nell'art. 647 il comma 3, dell'art. 16 del R.D 1531 del 1936. Ne è derivato, nuovamente, che **nel procedimento ingiuntivo per crediti di lavoro l'inattività dell'intimato consiste solo nella mancata opposizione nel termine, mentre non esiste la mancata o tardiva costituzione in giudizio**. Nel caso di omessa notifica (del ricorso di opposizione e del decreto di fissazione dell'udienza) si è ritenuto, fino a poco tempo fa, che il giudice del lavoro dovesse applicare l'art. 291 comma 1, e fissare una nuova udienza assegnando all'opponente un termine perentorio per la notifica, trascorso il quale doveva ordinare la cancellazione della causa dal ruolo e dichiarare l'estinzione dell'opposizione (Cass. 9.01.1981 n. 194). Paradossalmente il procedimento ingiuntivo del lavoro offriva all'opponente più possibilità dilatorie di quello per crediti ordinari. Di recente, però, le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 08.07.2008 n. 20604, hanno stabilito quanto segue: "*Nel rito del lavoro l'appello pur tempestivamente proposto nel termine previsto dalla legge, è improcedibile ove la notificazione del ricorso depositato e del decreto di fissazione dell'udienza non sia avvenuta non essendo consentito - alla stregua di una interpretazione costituzionalmente orientata (art. 111 Cost., comma 2) - al giudice di assegnare ex art. 421 c.p.c. all'appellante, previa fissazione di una altra udienza di discussione, un termine perentorio per provvedere ad una nuova notifica a norma dell'art. 291 c.p.c.. Principio questo che deve ritenersi applicabile al procedimento per opposizione a decreto ingiuntivo - per identità di ratio rispetto alle sopraindicate disposizioni di legge ed ancorché detto procedimento debba considerarsi un ordinario processo di cognizione anzichè un mezzo di impugnazione - sicché anche in tale procedimento la mancata notifica del ricorso in opposizione e del decreto di fissazione dell'udienza determina l'improcedibilità della opposizione e con essa la esecutività del decreto ingiuntivo opposto*".

ad evitare che il creditore disponga di quel giudicato[110]. L'istanza è solo un potere d'impulso processuale, che garantisce al ricorrente solo la continuazione e la definizione del processo monitorio. Dopo l'istanza, il giudice mantiene la propria autonomia, e può anche non definire il procedimento riportandolo al suo inizio.

Nella costruzione opposta, invece, si avrebbe l'assurdo di un giudicato già perfetto, che potrebbe essere eliminato, revocato, o reso instabile, da un controllo successivo (del giudice del decreto o dell'opposizione) del contraddittorio mai instaurato. Quale stabilità formale avrebbe questo tipo di giudicato? In che modo esso potrebbe definirsi irrevocabile nel senso voluto dall'art. 324?

Per concludere: il legislatore ha disciplinato nel comma 1° dell'art. 647 il modo in cui l'unico grado del procedimento ingiuntivo, rimasto speciale, può essere continuato e definito. L'eventuale cauzione, imposta ai sensi dell'art. 642, a questo punto, è automaticamente liberata perché, con la conferma nel merito del decreto e la definizione del grado del giudizio, essa ha esaurito il suo scopo.

10. - Le impugnazioni del decreto ingiuntivo

L'articolo 656, innovando il sistema già previsto dall'art. 27 del R. D. n. 1531 del 1936, ammette contro il decreto ingiuntivo, divenuto esecutivo ai sensi dell'art. 647, anche la revocazione ordinaria prevista nel n. 5 dell'art. 395. Di questa innovazione ci siamo già occupati quando abbiamo parlato dell'idoneità del procedimento d'ingiunzione a produrre un giudicato ordinario.

Questa constatazione dovrebbe far concludere subito che il procedimento ingiuntivo non può terminare formalmente con il vano decorrere del termine d'opposizione, perché occorre ancora attendere che sia spirato inutilmente il termine per proporre la revocazione ordinaria[111]. La stessa constatazione, dovrebbe far concludere anche, senza ulteriori discussioni, che l'opposizione del decreto ingiuntivo non può essere un appello, se è vero che il decreto non opposto è ancora impugnabile con la revocazione ordinaria del n. 5 dell'art. 395, incompatibile con l'appello[112].

---

(110) Con l'assurdo che in quest'ipotesi il giudice dovrebbe dichiarare esecutivo un decreto già esecutivo solo per liberare la cauzione; oppure dovrebbe poter emettere un decreto che libera soltanto la cauzione senza dichiarare l'esecutività; oppure la cauzione dovrebbe ritenersi già liberata automaticamente dalla formazione del giudicato senza alcuna istanza.

(111) Ecco un'altra differenza fra decreto ingiuntivo dell'art. 641 e la sentenza ordinaria: il decreto dopo il decorso del termine d'opposizione è ancora soggetto alla revocazione ordinaria, mentre la sentenza dopo il decorso del termine d'appello passa in giudicato. I due provvedimenti, quindi, sono diversi ed il termine d'opposizione non è un termine d'impugnazione, ma un termine per la trasformazione del rito.

(112) **E. Fazzalari**, Enc. del Dir., XL, Revocazione, p. 296, distinguendo la revocazione dall'appello, afferma: "*Infine fra revocazione ed appello c'è rapporto di reciproca esclusione … se una sentenza è appellabile, non c'è bisogno d'impiegare la revocazione (giacché i vizi della sentenza sono sottoponibili al giudice d'appello); se si ricorre alla revocazione vuol dire che la sentenza revocanda è inappellabile*".

Alcuni autori, che si sono occupati delle impugnazioni del decreto ingiuntivo, ad esempio, per non modificare le loro tesi, in contrasto con la disciplina della revocazione ordinaria, modificano proprio questa disciplina, e dichiarano che il legislatore del 1940 non avrebbe dovuto introdurla nel procedimento ingiuntivo, o che l'ha introdotta per errore, o che ha attribuito ad essa, nei fatti, natura straordinaria . Chi sostiene che l'opposizione sia un appello, ritiene anomalo (e lo sarebbe davvero!) che scaduto il termine per l'appello sia ammessa revocazione ordinaria[113] [114]. Chi ritiene che il decreto ingiuntivo passi subito in giudicato dopo l'emissione del decreto dell'art. 647 deve affermare apertamente che la revocazione del decreto ingiuntivo ha natura straordinaria (non ordinaria) essendo rivolta anch'essa (come nei casi dei numeri 1,2 e 6, dell'art. 395) contro il giudicato. Trattasi, però, di conclusioni niente affatto sicure.

L'opposizione, come si è già visto ripetutamente, non è un appello del decreto ingiuntivo; e l'esecutorietà dell'art. 647 non è più "*definitiva*" (questa qualificazione, invece, era contenuta nell'art. 16 del R.D. n. 1531 del 1936, proprio perché allora la revocazione ordinaria del n. 5 dell'art. 395 non era ammessa). Interessa far notare, però, come l'argomento della revocazione ordinaria del n. 5 dell'art. 395 è utilizzato dagli stessi autori per sostenere che il decreto ingiuntivo passa in giudicato come un'ordinaria sentenza di condanna. Sotto questo profilo nessuno parla mai di svista o errore del legislatore, o di natura straordinaria del gravame ordinario.

10a. - La revocazione ordinaria del decreto ingiuntivo

Si è detto che per l'art. 656 *"il decreto d'ingiunzione, divenuto esecutivo a norma dell'art. 647, può impugnarsi per revocazione nei casi indicati nei numeri 1, 2, 5 e 6 dell'art. 395 e con opposizione di terzo nei casi previsti nell'art. 404 secondo comma"*[115]. E' revocabile, quindi, il decreto reso esecutivo con il procedimento previsto dalla legge (*"a norma dell'art. 647"*), vale a dire, con l'emissione di un altro decreto che abbia accertato prima se l'intimato, avuta conoscenza del decreto[116] ingiuntivo, non l'abbia opposto, prestandovi, così, volontaria

---

(113) **E. Garbagnati**, op. cit. p. 271 per il quale la revocazione del n. 5 dell'art. 395 allunga solo il termine per l'opposizione; **R. Sciacchitano,** per il quale anche la revocazione del n. 5 dell'art. 395 è rivolta contro il giudicato ed ha natura straordinaria.

(114) **R. Sciacchitano** op. cit., 527; a pag. 518, però, l'Autore afferma il contrario. **E. Garbagnati**. op. cit. pag. 271 e nota 18 nella quale propone di interpretare restrittivamente l'ammissibilità della revocazione del n. 5 dell'art. 395.

(115) L'esclusione dei casi di revocazione previsti dai numeri 3 e 4 (del vecchio art. 494 del codice del 1865 e dall'art. 395 del nuovo codice) si spiegava e si spiega col fatto che la mancata produzione di documenti decisivi, scoperti dopo la sentenza, presupponeva l'opposizione, e che l'errore di fatto del giudice, conoscibile alla notifica del decreto, doveva essere eccepito con l'opposizione.

(116) **E. Garbagnati**, op. cit., p. 273 considera revocabile il decreto non impugnato nei termini, mentre il decreto dell'art. 647 servirebbe solo per conferire l'esecutorietà (p. 121, nota n. 353). **R. Sciacchitano**, op. cit., p. 522 e 526, invece, ritiene che il decreto diventi giudicato solo dopo la pronunzia dell'art. 647. Per Cass. n. 6085 del 2004 e n. 22959 del 2007, il potere del giudice dell'art. 647 di rinnovare la notifica non è compatibile con l'esistenza di un giudicato anteriore. Può essersi verificato soltanto il c. d. giudicato interno che non esiste prima di essere riconosciuto e dichiarato dal giudice. La tesi che la revocazione è possibile solo contro il decreto dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 647 è sostenuta anche da **V. Andrioli**, 1964, cit., p. 113. **C. Mandrioli,** op. cit., III, p. 219 scrive testualmente "…l'art. 656 c.p.c. che dispone che il decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo ai termini dell'art. 647 può impugnarsi con la revocazione…".

(non confutabile con le forme dell'art. 650) acquiescenza. I due decreti formano insieme il provvedimento finale del giudizio, non più modificabile (analogo a quello emesso *"in grado d'appello o in unico grado"* che è previsto nel comma 1° dell'art. 395)[117].

Il decreto provvisoriamente esecutivo dell'art. 642, invece, non è soggetto alla revocazione, se non quando, anch'esso, sia divenuto normalmente esecutivo ai sensi dell'art. 647[118]. In coerenza con quanto detto, atteso che chiude il grado del giudizio, il decreto dell'art. 647 è anche l'unico provvedimento che consente al ricorrente, di svincolare la cauzione, eventualmente imposta dal giudice, a garanzia dell'intimato, nel concedergli l'esecuzione provvisoria prevista dall'art. 642 co. 2°.

Abbiamo già anticipato, parlando della tecnica di compilazione del codice, come la rubrica dell'art. 656, posto a chiusura del procedimento d'ingiunzione, serva a richiamare l'intero Titolo III del Libro II, con esclusione della disciplina delle impugnazioni non ammesse. Allo stesso risultato arriveremmo ricordando che la disciplina delle impugnazioni ammesse comprende sia le loro norme generali che le loro norme speciali, ove non specificamente derogate. La necessità del decreto d'esecutività, per l'esperimento delle impugnazioni del decreto ingiuntivo, trova conferma, infatti, nella disciplina ordinaria della revocazione prevista dal n. 5 dell'art. 395, che si propone nei 30 giorni dalla notifica del provvedimento revocabile (art. 326), oppure nell'anno dal suo deposito in cancelleria (art. 327)[119]. La notifica ed il deposito, necessari per il decorso di quei termini processuali, non possono essere quelli del decreto ingiuntivo originario dell'art.

---

(117) **V. Andrioli**, 1964, op. cit., p. 113; **R. Sciacchitano**, op. cit., p. 518; Cass. 9346 del 1997, Cass. 6085 del 2004, Cass. n. 22959 del 2007. Il decreto dell'art. 641, per il quale sia scaduto il termine per l'opposizione, è ancora un provvedimento modificabile attraverso l'ordine di rinnovazione della notifica e l'opposizione ordinaria dell'intimato (prima) inconsapevole.

(118) **V. Andrioli**, 1964, op. cit., p. 112, prende atto, di fronte alla chiara lettera della legge, che il decreto dell'art. 642 non è revocabile. **E. Garbagnati**, op. cit., p. 270, afferma che ogni decreto passa in giudicato decorso il termine per l'opposizione ed è soggetto alla revocazione (straordinaria). Il decreto dell'art. 648, invece, segue le sorti del giudizio d'opposizione. Il decreto divenuto esecutivo per l'estinzione dell'opposizione è, per via analogica, revocabile (v. **G. Franco**, op. cit., p. 1865 e gli autori ivi citati, nonché Cass. n. 441 del 1977, n. 1492 del 1989).

(119) Riportiamo, perché ci sembra significativo, quanto afferma in proposito **R. Sciacchitano,** op. cit., p. 526: "*I termini per proporre l'opposizione di terzo e la revocatoria sono, nel silenzio della legge, quelli generali: e cioè quelli indicati nell'art. 325 (dieci giorni contro il decreto del conciliatore, trenta negli altri casi) con la decorrenza fissata dall'art. 326. Rimane il dubbio per la decorrenza del termine nel caso dell'art. 395 n. 5. Il problema è più complicato di quel che sembri data la natura di questa impugnazione, che normalmente si oppone al passaggio in giudicato del provvedimento contro cui può essere fatta valere. Tenendo presente questa considerazione, e sostenendola anche per il caso dell'ingiunzione, il Garbagnati riduce i termini, nel caso che il decreto sia stato notificato all'intimato dopo la dichiarazione di esecutorietà (cosa che sappiamo non necessaria), a trenta giorni dalla notificazione (dieci se decreto del conciliatore); mentre, se la notificazione non fu rinnovata, la revocazione ex art. 395 n. 5 non può più proporsi, trascorso un anno dalla pronuncia del decreto di esecutorietà (deduzione dall'art. 327)*". L'Autore continua, poi, spiegando che la revocazione ordinaria per contrasto di giudicati di un decreto (per lui) già passato in giudicato è un non senso giuridico, per cui, avendo tale impugnazione anch'essa natura straordinaria, dovrebbe essere proponibile senza termine come avviene per gli altri mezzi straordinari. Tuttavia, non potendosi negare che il giudicato contrario è già noto prima del decreto d'esecutorietà, egli opta per la soluzione proposta dal Garbagnati (da lui riportata prima) aggiungendo "*anche perché così, non si contraddice ulteriormente alle norme generali del codice. Ma con l'avvertimento, al contrario di quanto pensa l'autore citato, che nel caso dell'ingiunzione anche la revocazione ex art. 395 n. 5 si è, per forza di cose, trasformata in mezzo di gravame contro la cosa giudicata. Conclusione che siamo costretti*

641[120], che è ancora opponibile, e quindi non è ancora revocabile. Deposito e notifica, invece, devono essere riferiti proprio al (secondo) decreto dell'art. 647[121]. In tal modo si rispetta il principio esegetico per il quale il richiamo di un'impugnazione richiama anche la sua disciplina ordinaria[122] se non è prevista una disciplina *speciale*.

Si sostiene, tuttavia, che alla revocazione ordinaria (n. 5 del'art. 395) del decreto ingiuntivo dovrebbe applicarsi solo il termine breve dell'art. 325, decorrente, per di più, in *automatico*, dallo spirare dei termini previsti per l'attività dell'intimato[123] [124].

a prendere, ma che ci spiace di dover affermare essendo una palese contraddizione ai principi, alla logica ed alla lettera (art. 396) della legge". L'Autore, poi, mentre condivide l'esclusione dei motivi previsti nei numeri 3 e 4 dell'art. 395 ("*il n. 3 perché la mancata produzione dei documenti è incompatibile con la mancata opposizione, mentre il caso fortuito e la forza maggiore vanno fatti valere in opposizione tardiva a norma dell'art. 650, ed il n. 4 perché anch'esso presuppone un precedente giudizio*"), critica l'esclusione del gravame previsto dall'art. 404, comma 1. I passi riportati sono, a nostro avviso, interessanti per tre motivi: 1) l'Autore riporta, condividendole, le tesi di Garbagnati, indicandone le fonti (anteriori al 1991) che sono diverse da quella da noi criticata nel testo. E' evidente che Garbagnati, nella successiva opera del 1991 ha cambiato idea, affermando che la revocazione ordinaria dell'art. 395 n. 5 si propone solo nei trenta giorni dalla scadenza del termine d'opposizione, senza necessità di attendere, per proporla, l'emissione del decreto di esecutorietà dell'art. 647, escludendo la possibilità di proporla nell'anno dalla pubblicazione, che non può mai esservi senza un apposito provvedimento depositabile; 2) inoltre egli afferma che per Garbagnati i termini per la revocazione ordinari dell'art. 395 n. 5 decorrevano dalla notifica e dal deposito del decreto di esecutorietà dell'art. 647, e ciò vuol dire che all'epoca Garbagnati non riteneva che il decreto ingiuntivo potesse essere impugnato per revocazione a prescindere dall'emissione del decreto dell'art. 647; 3) l'Autore dichiara, ancora, con il Garbagnati di allora, che le norme generali delle impugnazioni (artt. 325, 326, 327) sono applicabili "*nel silenzio della legge*"; e che applicandole "*non si contraddice ulteriormente alle norme generali del codice*". Sono proprio questi i due argomenti ermeneutici che utilizziamo nel testo per sostenere la nostra tesi.

(120) Dal deposito del decreto dell'art. 641 nasce l'onere della sua notifica e dalla notifica nasce la pendenza della lite e decorre il termine per l'opposizione. Così anche **E. Garbagbati**, op. cit., 267 e gli Autori da lui citati in nota n. 1.

(121) **R. Sciacchitano**, op. cit, p. 526 e s.; **E. Garbagnati** , I procedimenti d'ingiunzione e sfratto, Milano, 1949, seguito da **Attardi**, La revocazione, p. 86 e 242. Il Garbagnati poi, ha mutato opinione (op. cit, 273 e nota 25). Nessuna norma impedisce di rinotificare il decreto ingiuntivo con in calce il decreto dell'art. 647 ai fini della formazione del giudicato. L'art. 654 (come il precedente art. 25 del 1936) dichiara non necessaria la notifica, sostituendola con la menzione del provvedimento, solo ai fini dell'esecuzione.

(122) **G. Franco**, op. cit. p. 1869; Cass. n. 1074 del 10.04.1968.

(123) **E. Garbagnati**, Op. cit. 273, nota 24; **G. Franco**, Guida al procedimento d'ingiunzione, Milano, III ed., 1870. Il Garbagnati, pero, aveva sostenuto in precedenza ((in I procedimenti d'ingiunzione e sfratto, Milano, 1949, seguito da **A. Attardi**, La revocazione, p. 86 e 242) l'applicabilità dei due termini ordinari (325 e 327) al caso della revocazione ordinaria del n. 5 dell'art. 395 decorrenti dalla notifica e dal deposito del decreto dell'art. 647.

(124) **E. Garbagnati**, op. cit., p. 273 e nota n. 25, spiega che non è applicabile il termine lungo dell'art. 327 perché esso richiede il deposito dell'atto e ne presuppone la notifica, attività non previste per il decreto ingiuntivo non opposto (se si esclude dalla fattispecie, ovviamente, la necessità del decreto dell'art. 647). Per l'Autore, quindi, anche l'improcedibilità dell'opposizione opererebbe in automatico ai fini della revocazione (eppure l'improcedibilità, per la giurisprudenza, deve essere sempre dichiarata; v. Cass. 22352 del 2004). Inoltre, l'art. 399 impone, a pena d'improcedibilità, il deposito della copia autentica del decreto divenuto esecutivo. Occorrerebbe produrre la copia notificata. E se fosse stata smarrita? Si riporta, inoltre, la peculiare ricostruzione del gravame sostenuta da Cass. n. 15178 del 2000 che afferma: "*dovendosi limitare la revocazione ex art. 395 n. 5 al caso dell'opponente che ha eccepito l'autorità del giudicato di una precedente sentenza e non si è poi costituito, quando su tale eccezione non si sia pronunciato il giudice che dichiara esecutivo il decreto*".

Si afferma, ancora, che questa notevole *specialità* disciplinare, nel procedimento ingiuntivo, deriverebbe dallo stesso art. 656, il quale con il participio "*divenuto"* (in luogo di "*dichiarato*")[125], indicherebbe che per la revocazione non è necessario il decreto d'esecutorietà, ma solo il verificarsi dei suoi presupposti[126].

Quest'interpretazione, apparentemente testuale, però, è smentita proprio dall'analisi storica del testo, oltre che dall'esame sistematico. I precedenti storici degli articoli 654 e 656 (gli articoli 25 (commi 2° e 3°) e 27 (commi 1° e 3°) del precedente R.D. n. 1531 del 1936[127] indicano, infatti, che il participio *"divenuto"* non aveva allora (e non ha oggi) quel preciso ed importante significato che questa dottrina vorrebbe attribuirgli. Al contrario, l'analisi storica rafforza l'idea che tutte le impugnazioni presupponevano allora e presuppongono ora l'emissione del decreto d'esecutorietà. Inoltre, come si è già accennato, mentre l'art. 16 del R.D. n. 1531 del 1936 recitava: *"*[il giudice]*…dichiara la definitiva esecutorietà del decreto"*, l'odierno art. 647 recita: *"*[il giudice]*…dichiara esecutivo il decreto"*. Nel testo vigente non si afferma più che l'esecutorietà è dichiarata *"definitivamente"*. L'unica spiegazione possibile di questa modifica sta proprio nella più ampia disciplina delle ipotesi di revocazione del decreto, che allora erano solo *straordinarie* (numeri 1 e 2 dell'art. 494 del codice del 1965) ed ora sono anche *ordinarie* (numeri 1, 2, **5**, 6 dell'art. 395). Le impugnazioni *straordinarie*, com'è noto, non impediscono la formazione del giudicato (art. 324), per cui il giudice di allora poteva dichiarare il decreto definitivamente esecutivo. L'impugnazione ordinaria, invece, impedisce la formazione del giudicato (art. 324), per cui il giudice odierno può dichiarare solo (normalmente) esecutivo il decreto, come avviene per tutte le sentenze emesse in unico grado o in grado d'appello, anche se soggette a revocazione ordinaria (spetta al giudice della revocazione, eventualmente, sospendere l'esecuzione del decreto (art. 401).

---

(125) **E. Garbagnati**, op. cit., p. 269; **G. Franco**, op. cit., p. 1863.

(126) **E. Garbagnati**, op. cit., p. 163, però, ci dice: "*D'altro lato, se ci si attiene rigidamente alla lettera dell'art. 656, soltanto il decreto divenuto esecutivo a norma dell'art. 647 risulta impugnabile per revocazione…*". Strano, poi, che egli proponga una diversa interpretazione *letterale* dell'art. 656 per sostenere proprio il contrario. Le interpretazioni strettamente letterali, quindi, possono essere tante!

(127) L'art. 25 del decreto n. 1536/1936 recitava: "*La esecutorietà, nei casi in cui non sia disposta con sentenza, viene conferita con dichiarazione del Conciliatore, del Pretore o del Presidente del Tribunale sull'originale del decreto. In base alla sentenza o alla dichiarazione il Cancelliere appone la formula esecutiva per procedere all'esecuzione. Non occorre una nuova notificazione del decreto diventato esecutivo per procedere all'esecuzione. Quando il decreto sia divenuto esecutivo per difetto di opposizione, il creditore nei venti giorni successivi può procedere all'esecuzione sui beni mobili senza bisogno di notificare il precetto"*.

L'art. 27 comma 1 dello stesso decreto stabiliva: "*Contro il decreto di ingiunzione divenuto esecutivo, a norma dell'art. 16, è ammessa la revocazione nei casi indicati dai numeri 1 e 2 dell'art. 494 del codice di procedura civile*".

E l'art. 27 comma 3 diceva: "*Quando il decreto sia divenuto definitivamente esecutivo per mancanza di tempestiva o di valida opposizione, o di iscrizione a ruolo o di comparizione all'udienza ovvero a seguito di perenzione o rinunzia agli atti, la prestazione ottenuta a seguito del decreto medesimo è soggetta alla revocatoria fallimentare prevista dall'articolo 709 del codice di commercio"*.

La differenza fra le due formulazioni della stessa norma non sta, quindi, nella diversa forza esecutiva del decreto, che è rimasta identica (ed ha ragione chi dice che la forza esecutiva o è provvisoria o è definitiva, non esistendo un terzo genere), ma nella diversa ampiezza della cognizione, che prima era definitiva ed ora non è ancora definitiva. Ciò dimostra, ulteriormente, che il decreto dell'art. 647, serve a completare la cognizione in unico grado del giudice del monitorio, alla quale consegue l'ordinaria esecutività del provvedimento finale, salvo l'esperimento delle impugnazioni consentite[128].

Se è vero, allora, che l'art. 656 presuppone un atto complesso (il decreto ingiuntivo dell'art. 641 confermato ai sensi dell'art. 647), e se è vero che esso non pone limiti di compatibilità disciplinare (non dice che la disciplina delle impugnazioni ammesse si applica solo se compatibile), la revocazione del decreto ingiuntivo deve mantenere, in tutti i casi consentiti, la propria disciplina normale e la propria natura giuridica[129]. La revocazione, inoltre, non è impedita dalla possibilità dell'opposizione tardiva (art. 650) che non è, tecnicamente, un normale appello del decreto revocabile; i motivi di revocazione, però, diventano motivi di opposizione tardiva, quando questa sia stata proposta prima della revocazione[130].

---

(128) V. Corte Costituzionale (sentenza n. 18 del 2002) secondo la quale se il decreto d'esecutorietà fosse emesso prima della scadenza del termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 641 sarebbe violato il diritto di difesa dell'opponente, sarebbe violata, cioè, una regola tipica della cognizione (prevista nell'art. 24 della Cost. e nell'art. 101 del codice di rito, che di quella norma fa concreta applicazione), non dell'esecuzione. **Per la Corte Costituzionale, quindi, l"art. 647 attiene alle regole della cognizione**, non a quelle dell'esecuzione del decreto ingiuntivo.

(129) La rubrica dell'art. 656 "Impugnazione" corrisponde a quella del titolo III del libro II "Delle impugnazioni". La revocazione e l'opposizione di terzo revocatoria sono *specie* del *genere* impugnazioni come indicano le rubriche del capo IV "Della revocazione" e del Capo V "Dell'opposizione di terzo". Ciò significa che le norme generali delle impugnazioni devono ritenersi interamente richiamate nel procedimento ingiuntivo perché proprie del genere delle due specie richiamate; ma ciò solo dopo l'emissione del decreto di esecutorietà dell'art. 647 che chiude il grado. Deve intendersi richiamato, quindi, l'art. 324 per il quale il giudicato non si forma finché è ancora proponibile la revocazione del n. 5 dell'art. 395. Non è applicabile, invece, il comma 2 dell'art. 327 perché riferito alla contumacia che non è prevista nel procedimento ingiuntivo speciale. Per alcuni autori esiste nel procedimento ingiuntivo una disciplina speciale che sostituisce l'art. 327 (art. 650), ma in senso contrario v.**Tarzia** G., Decorrenza del termine per l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1961, 1019.

(130) **V. Andrioli**, 1964, op. cit., p. 113, e **E. Garbagnati**, op. cit. p. 268 e nota n.3, affermano che l'opposizione tardiva assorbe la revocazione, ma non specificano i tempi di proposizione. **R. Sciacchitano**, op. cit. p. 522, afferma la natura di impugnazione speciale dell'opposizione tardiva e la giurisprudenza è ferma sulla stessa linea: *ex plurimis* Cass., SS.UU., n. 11549/1998 e Cass. n. 19429/2005. Per cui non è possibile applicare all'opposizione tardiva il principio dell'art. 396, co. 2°. E' da ritenere, per altro, che l'art. 396, co. 2°, non sia applicabile neanche al caso dell'art. 327, 2°, perché esso presuppone l'appello senza i limiti di ammissibilità dell'art. 327, co. 2°. Un motivo di revocazione certo non può essere assoggettato alla prova dell'ammissibilità dell'appello tardivo. E' chiaro che la proposizione dell'appello tardivo impone di utilizzare anche il motivo di revocazione già noto, ma non è vero che un motivo di revocazione noto deve farsi valere solo con l'appello tardivo.

In conclusione: il decreto ingiuntivo revocabile è solo quello dichiarato esecutivo con un nuovo decreto scritto in calce all'originale, depositato in cancelleria, notificabile unitamente all'originale[131]. La fine formale del procedimento ingiuntivo, quindi, non avviene fino a quando non sia scaduto il termine per la revocazione ordinaria secondo la regola dell'art. 324[132]. La prescrizione del credito ingiunto, in conseguenza, ed in applicazione dell'art. 2945, comma 2°, c.c., non corre fino a quando non è inutilmente decorso il termine per la revocazione ordinaria **del decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 647** prevista dall'art. 395 n. 5.

11. - La conclusione del procedimento speciale nella disponibilità di una sola parte. Considerazioni finali

Il legislatore ha affidato lo svolgimento del procedimento d'ingiunzione al creditore ricorrente (del quale presume l'interesse ad un giudicato definitivo ed eseguibile), e al debitore (che può difendersi con le opposizioni). Non ha previsto, invece, l'inattività di entrambi, situazione abbastanza frequente, per i più vari motivi, volontari ed involontari.

Per l'inattività involontaria del debitore sono stati previsti i rimedi dell'art. 647 e dell'art. 650. Per l'inattività volontaria del creditore, dopo la notifica del decreto, non è stato previsto alcun rimedio mancando ogni termine per proporre l'istanza d'esecutorietà e non essendo prevista, in conseguenza, l'estinzione o la perenzione del procedimento. Vi sono casi in cui l'assenza del termine può essere utile. Ad esempio, l'intimato può eseguire spontaneamente il decreto, e non avere interesse all'opposizione (potendo

---

(131) L'art. 654 esclude la notifica solo per l'esecuzione. **Cass. n. 15178 del 2000** afferma: "*dovendosi limitare la revocazione ex art. 395 n. 5 al caso dell'opponente che ha eccepito l'autorità del giudicato di una precedente sentenza e non si è poi costituito, quando su tale eccezione non si sia pronunciato il giudice che dichiara esecutivo il decreto*". La sentenza afferma la necessità del decreto dell'art. 647 per la revocazione; l'immediata formazione del giudicato nel caso del decreto di esecutorietà per mancata opposizione; la necessità del decorso del termine per la revocazione nel caso di decreto di esecutorietà per mancata costituzione. Essa, però, si segnala, a nostro avviso, sia perché, per la prima volta a quanto consta, distingue i due casi di inattività assoggettandone solo uno alla revocazione ordinaria; sia perché ipotizza che il giudice del decreto possa, in astratto, pronunziare sull'eccezione di giudicato escludendo così la revocabilità del decreto. Il primo aspetto non sembra trovare fondamento nell'art. 656, che non pone limiti di compatibilità e ammette la revocazione in tutti i casi di dichiarata esecutorietà. Il secondo aspetto sembra molto interessante e richiederebbe un adeguato approfondimento perché non è molto chiaro in che limiti debba muoversi il giudice del decreto, se debba limitarsi a constatare l'inattività e ordinare il rinnovo della notifica, oppure, come sembra ipotizzare la cassazione, possa esaminare e decidere altre questioni. Si vede anche da questa pronunzia le enormi incertezze che la revocazione ordinaria suscita.

(132) **E. Fazzalari**, op. cit., p 295, a proposito della revocazione ordinaria afferma "…quindi la revocazione non apre un nuovo processo, ma è continuazione del processo i*n corso, una sua ulteriore fase: non instaurandosi o estinguendosi la quale la sentenza impugnata (ove non sia ancora soggetta a cassazione) passa in giudicato*".

eccepire il pagamento, eventualmente, nel giudizio esecutivo)[133]; ed il ricorrente può non avere interesse immediato alla formazione del giudicato sul rapporto (che rende stabile il pagamento ricevuto)[134]. Vi può essere stata, quindi, una precisa scelta legislativa, nel lasciar libero il ricorrente (un principio d'economia processuale). Tuttavia la situazione processuale rimane non definita, con tutti i pro ed i contro che ne derivano.

Si può rilevare anche che l'interesse pubblico alla necessaria formazione del giudicato, espresso ora nell'art. 327, è stato introdotto, dopo tante discussioni, solo dal nuovo codice di procedura civile, mentre nel precedente codice la formazione del giudicato era lasciata all'iniziativa delle parti, che potevano non notificare la sentenza, e non far decorrere il termine per l'impugnazione. Col senno di poi, de iure condendo, vista anche la concessione sempre più frequente, anche per legge, dell'esecuzione provvisoria, l'apposizione di un termine per la richiesta del decreto dell'art. 647, non sarebbe sbagliata. Il legislatore, però, non ha previsto termini neppure per la dichiarazione d'estinzione del processo d'opposizione.

E avviene spesso, nella pratica, che la dichiarazione di estinzione, alla quale ha interesse solo il creditore, intervenga dopo lunghissimo tempo, spostando il momento della definitività del decreto ingiuntivo, ed allungando ugualmente il termine di prescrizione del credito ingiunto. Il creditore, inoltre, con la sua inattività, corre rischi notevoli (fallimento del debitore, giudicato contrario opponibile in revocazione, *ius superveniens*, incostituzionalità del procedimento di notifica, ed altre ipotesi, non sempre prevedibili) a fronte del piccolo vantaggio di tener sospeso il termine di prescrizione.

Infine, può dirsi che anche il debitore ha la possibilità di definire la situazione giuridica in vari modi. In primo luogo può estinguere il debito col pagamento ed eliminare ogni prescrizione. Inoltre può promuovere un autonomo giudizio sul rapporto causale e costringere il creditore ad attivarsi (provocando il giudicato o invocando le regole della prevenzione) se non vuole perdere il vantaggio acquisito. Può proporre opposizione tardiva, anche infondata, e far definire in tal modo il procedimento ingiuntivo.

Questa situazione, per il debitore, non è tanto diversa da quella di riassumere l'opposizione cancellata dal ruolo, con la quasi certezza di vedersi eccepire l'estinzione del giudizio che fa passare in giudicato il decreto ingiuntivo. Se poi si considera che la nuova riforma del diritto processuale civile impone il rilievo d'ufficio dell'estinzione del processo d'opposizione, si dovrà dubitare che persista nel debitore alcun interesse a

---

(133) La Cassazione (nn. 2584/1951; 2220/1957; 485/1968; 2732/1974; 1750/1976; 6121/1983; 3482/1985; 4125/1987; 3054/1990), nel caso di pagamento successivo al decreto opposto, aveva stabilito che il giudice non doveva revocare il decreto regolarmente emesso e doveva, invece, rigettare l'inutile opposizione essendo quel pagamento eccepibile in sede esecutiva. Le Sezioni Unite (sent. 7.7.1993 n. 7448) hanno risolto il conflitto imponendo al giudice dell'opposizione (ove proposta dall'intimato) di revocare il decreto e decidere con sentenza in base alle condizioni esistenti al momento della decisione. Il debitore solvente, però, non ha l'obbligo dell'opposizione. Soltanto se decide di proporla dovrà esserci la sentenza sostitutiva.

(134) Il giudicato è un mezzo di tutela del diritto, come tale rimesso all'interesse del suo titolare. Non è disponibile, invece, il processo in cui esso si forma, una volta attivato (il giudice deve rilevarlo d'ufficio), e non sono disponibili i suoi effetti (che sono quelli legali).

richiederla (ma potrebbe anche dubitarsi, per ciò stesso, che gli sia ancora consentita).

Non si ravvisano, inoltre, in questa situazione, violazioni del principio della ragionevole durata del processo contenuto nell'art. 111 co. 2°, della Costituzione[135]. Questa garanzia ha determinato l'emanazione della legge 23.03.2001 n. 89, il cui art. 2 prevede l'"equa riparazione" per il soggetto danneggiato dall'inattività del giudice. Nel nostro caso non vi sono ritardi addebitabili al giudice, e non vi sono danni per il creditore, che è causa diretta del suo problema. Lo stesso intimato, uscito volontariamente dal processo, che non si attiva nemmeno con l'opposizione tardiva, o con l'azione autonoma, non può lagnarsi proprio di niente, sia perché non ha altri poteri nel processo monitorio (rimasto in balia del solo ricorrente), sia perché il prolungarsi del termine di prescrizione non è per lui un danno illecito (ha sempre l'obbligo di pagare e non ha il diritto a veder prescrivere il credito). Del resto, anche fuori del processo, il creditore può allungare la vita dell'obbligazione all'infinito con semplici diffide. Nulla di strano, quindi, se lo stesso fine egli lo raggiunge per mezzo del processo.

Non vi è, poi, un interesse dell'Ufficio giudiziario, alla definizione del processo monitorio perché, dopo l'emissione del decreto ingiuntivo, l'Ufficio giudiziario non deve fare più nulla. Per cui non deve sorprendere, o deve ritenersi un difetto di coordinamento, non colmabile dall'interprete, che il creditore possa ritardare, senza alcuna giustificazione, la dichiarazione d'esecutorietà del decreto ingiuntivo.

---

(135) Per un'approfondita analisi dei riflessi della modifica dell'art. 111 della Costituzione, introdotta con la legge costituzionale 23.11.1999 n. 2 si rinvia a **M. Cataldi** , op. cit., pagine 137 e ss..

ANDREA ROSSI

Avvocato INAIL

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI PER I REATI IN MATERIA DI SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO

Sommario: 1. - L'estensione della responsabilità amministrativa degli enti ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose, gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro 2. - Efficacia esimente dei modelli di organizzazione e di gestione 3. - Effetti giuridici della costruzione di un modello aziendale conforme all'art. 30 d. lgs. n. 81/2008 rispetto alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche in materia di sicurezza sul lavoro.

1. - L'estensione della responsabilità amministrativa degli enti ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose, gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro

Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, emanato in esecuzione della delega conferita al Governo con l'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300[1], disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.

Il diritto punitivo degli enti, introdotto inizialmente per contrastare la cd. criminalità del profitto e per tentare di arginare la commissione di alcune fattispecie di reato, come la

(1) Si tratta della legge 29 settembre 2000, n. 300 (in Suppl. ordinario n. 176/L, alla Gazz. Uff. n. 250, del 25 ottobre) di Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'art. K. 3 del Trattato sull'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica.

truffa ai danni dello Stato o di un ente pubblico (art. 24) o la concussione e la corruzione (art. 25), è stato, nel corso del tempo, ampliato ad altre ipotesi di reato[2], una volta superata, con esito favorevole, la prima fase di applicazione, in origine limitata per testare l'impatto che avrebbe avuto il nuovo sistema sanzionatorio sulle persone giuridiche sino ad allora ritenute non punibili in base al noto brocardo "*societas delinquere non potest*"[3].

Pur se il Legislatore delegante avesse contemplato, sin dal principio, la responsabilità della persona giuridica anche per i reati di cui agli articoli 589 e 590 codice penale commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (art. 11, co. 1, lett. c), legge 300/2000), solo con l'art. 25-*septies*, inserito nel decreto delegato originario dall'art. 9 legge n. 123/2007, è stata prevista, per la prima volta, la responsabilità degli enti di cui all'art. 1 d. lgs. n. 231/2001, per i delitti di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e lesioni personali colpose gravi o gravissime (art. 590, co. 3, c.p.) commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro[4].

Il contenuto dell'art. 25-*septies*, d. lgs. n. 231/2001, è stato interamente sostituito con l'art. 300, d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81[5], per rimediare ad alcune incongruenze, riscontrate

---

(2) L'ampliamento delle fattispecie di reato – presupposto della responsabilità amministrativa degli enti è avvenuta con l'inserimento nel d. lgs. n. 231/2001 di nuovi articoli riguardanti i reati di falsità in monete, in carte del pubblico credito e in valori di bollo (art. 25 - *bis*), i reati societari (art. 25 - *ter*), i delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordinamento democratico (art. 25 - *quater*), le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25 - *quater.1*), i delitti contro la personalità individuale (art. 25 - *quinques*), gli abusi di mercato (art. 25 - *sexies*), i delitti di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25 - *octies*), i delitti informatici e trattamento illecito di dati (art. 24 - *bis*).

(3) Nella Relazione governativa al d. lgs. n. 231/01 si legge che "occorre realisticamente prendere atto del maggior equilibrio della scelta c.d. minimalista; poiché l'introduzione della responsabilità sanzionatoria degli enti assume un carattere di forte innovazione nel nostro ordinamento, sembra opportuno contenerne, per lo meno nella fase iniziale, la sfera di operatività, anche allo scopo di favorire il progressivo radicamento di una cultura aziendale della legalità che, se impostata ex abrupto con riferimento ad un ampio novero di reati, potrebbe fatalmente provocare non trascurabili difficoltà di adattamento". Inoltre, il Legislatore ha adottato un comportamento prudente anche nella scelta degli enti destinatari della normativa escludendo dall'applicazione del nuovo regime sanzionatorio lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (art. 1, co. 3).

(4) Il testo dell'art. 9 legge n. 123/2007 era il seguente "Dopo l'articolo 25-sexies del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente:

"Art. 25-septies. - (Omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro) - 1. In relazione ai delitti di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sui lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a mille quote.

2. Nel caso di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1, si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno".

(5) L'art. 300, d. lgs. n. 81/2008 stabilisce "l'articolo 25-septies del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e' sostituito dal seguente:

nel testo della norma dalla dottrina, che ne avrebbero potuto inficiare la validità o resa più ardua l'interpretazione[6].

In particolare, il Legislatore delegato, rispetto al testo originario di cui all'art. 9 legge n. 123/07, ha specificato che la responsabilità amministrativa dell'ente sorge nelle ipotesi di omicidio colposo e lesioni personali colpose, gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro[7], ha modulato proporzionalmente, in base alla rispettiva gravità, la sanzione, pecuniaria ed interdittiva, prevista per le fattispecie di reato – presupposto contemplate nella norma[8] e ha introdotto uno speciale modello di organizzazione e di gestione, la cui adozione comporta l'esonero dalla responsabilità amministrativa ovvero una riduzione dell'entità della sanzione applicabile (art. 30, d. lgs. n. 81/2008).

Nell'attuale formulazione, pertanto, sussiste la responsabilità amministrativa degli enti in presenza del delitto di omicidio colposo se commesso con la violazione dell'art. 55, co. 2, d. lgs. n. 81/2008[9], del delitto di omicidio colposo e del delitto di lesioni personali colpose, di

---

"Art. 25-*septies* (Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro). - 1. In relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

2. Salvo quanto previsto dal comma 1, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

3. In relazione al delitto di cui all'articolo 590, terzo comma, del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi".

(6) Sui problemi interpretativi dell'art. 25-*septies*, nel testo introdotto con la legge n. 123/2007 cfr. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2008, 2, p. 42; PISTORELLI, *Principi generali*, in AA.VV. *Responsabilità* "penale" *delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA, Milano, 2007, pp. 20 e ss..

(7) La precedente formulazione dell'art. 25-*septies,* introdotto con l'art. 9 legge n. 123/2007, aveva suscitato in dottrina alcuni dubbi sulla sussistenza della responsabilità amministrativa degli enti in caso di delitto di omicidio e lesioni personali colpose commessi con la violazione delle norme poste a tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, non contemplate nel testo degli artt. 589, co. 2 e 590, co. 3, c.p., che richiamano esclusivamente le ipotesi di violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, pur se nella rubrica della norma venissero, invece, elencate entrambe le violazioni.

(8) Nella precedente formulazione dell'art. 25-*septies*, infatti, era prevista un'unica sanzione pecuniaria non inferiore a 1000 quote per entrambi i delitti – presupposto della responsabilità amministrativa con palese violazione del principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità dell'illecito.

(9) Tale ipotesi più grave si verifica quando i due delitti – presupposto si siano verificati per l'omessa valutazione dei rischi e per la mancata adozione del documento di valutazione, ovvero per la redazione del documento in assenza di alcuni elementi previsti dall'art. 28, d. lgs. n. 81/2008 o per la mancata adozione di

cui all'art. 590, co. 3, c.p. se commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza e salute sul lavoro, punibili con l'irrogazione della sanzione pecuniaria[10] ed interdittiva[11].

Nel primo e più grave caso l'ente viene punito con la sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote e la sanzione interdittiva per un periodo non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno; in caso di omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza e salute sul lavoro l'ente può subire la condanna al pagamento della sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote, oltre all'irrogazione della sanzione interdittiva per un periodo compreso da tre mesi ad un anno. Infine, in caso di lesioni personali colpose, gravi o gravissime, commesse con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza e salute sul lavoro, la sanzione pecuniaria non può essere superiore a 250 quote, mentre la sanzione interdittiva non potrà superare i sei mesi.

Ad onor del vero, la sanzione interdittiva avrà un'applicazione limitata alle sole ipotesi di reiterazione dell'illecito (art. 13, co. 1, lett. b) in quanto la seconda alternativa condizione (che l'ente consegua dal reato un profitto di rilevante entità) è difficilmente configurabile, in presenza dei delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. che, anzi, sovente, producono notevoli danni economici e di immagine all'impresa[12].

Nel decreto delegato è, inoltre, previsto un regime premiale in favore degli enti, ritenuti responsabili[13].

---

appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate potessero causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno o per il mancato aggiornamento delle misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza sul lavoro da parte delle aziende industriali che usano sostanze, miscele o preparati pericolosi, delle centrali termoelettriche, degli impianti ed installazioni nucleari e con radiazioni ionizzanti, delle aziende per la fabbricazione ed il deposito separato di esplosivi, polveri e munizioni, delle industrie estrattive con oltre 50 lavoratori, delle aziende in cui si svolgono attività che espongono i lavoratori a rischi biologici dei gruppi 3 e 4, da atmosfere esplosive, da agenti cancerogeni mutageni, da attività di manutenzione, rimozione smaltimento e bonifica di amianto, delle attività nei cantieri temporanei o mobili caratterizzate dalla compresenza di più imprese e la cui entità presunta di lavoro non sia inferiore a 200 uomini-giorno.

(10) Ai sensi dell'art. 10, co. 3, d. lgs. n. 231/01, il valore di una quota oscilla tra Euro 258,00 e Euro 1549,00 e viene determinata in concreto sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente.

(11) Le misure interdittive previste dall'art. 9, d. lgs. n. 231/2001, sono le seguenti: l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

(12) L'art. 13 del d. lgs. n. 231/2001recita "Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;

b) in caso di reiterazione degli illeciti.

Le sanzioni interdittive hanno una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni.

Le sanzioni interdittive non si applicano nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1".

(13) L'art. 12 d. lgs. n. 231/2001 stabilisce che la sanzione pecuniaria può essere ridotta della metà e non può comunque essere superiore a lire duecento milioni se l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un

La responsabilità amministrativa è esclusa in caso di lesioni personali colpose lievi. Essa è aggiuntiva e non sostitutiva della responsabilità della persona fisica; inoltre essa è diretta ed autonoma, tanto che è ravvisabile anche quando l'autore dell'illecito penale rimane sconosciuto[14] o risulti non imputabile ovvero il reato si estingua per una causa diversa dall'amnistia (art. 8, d. lgs. n. 231/01).

La commissione del delitto di omicidio colposo o di lesione personale colposa, grave o gravissima, è indispensabile perché sorga la responsabilità dell'ente, ma non è da sola sufficiente, in quanto il d. lgs. n. 231/2001 subordina la punibilità della persona giuridica alla condizione che il delitto – presupposto sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso (art. 5, co. 1, d. lgs. n. 231/01)[15] da un soggetto che rivesta un ruolo apicale o che sia sottoposto alla direzione o alla vigilanza di un soggetto apicale (art. 6, d. lgs. n. 231/01).

In un primo tempo dottrina e giurisprudenza si sono chieste se i concetti di interesse e di

---

vantaggio minimo e se il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità. La sanzione pecuniaria è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso, se è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

L'art. 17, d. lgs. n. 231/2001, a sua volta, consente all'ente di non subire le sanzioni interdittive quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni:

a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;

b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

(14) Nella Relazione governativa al d. lgs. n. 231/01 si rileva che se il caso del difetto di imputabilità è stato previsto per ragioni di completezza, "quello della mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato è, al contrario, un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa … la sua omessa disciplina si sarebbe dunque tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la *ratio* complessiva del provvedimento. Sicché, in tutte le ipotesi in cui, per la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad uno specifico soggetto e, ciò nondimeno risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne risponderà sul piano amministrativo".

(15) Sulla nozione di interesse cfr. Santoriello, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Resp. Amm. Soc. En.*, 2008, p. 56 e ss., secondo cui sussiste l'interesse quando "la condotta criminosa sia conforme ad un metodo gestionale del soggetto collettivo che nel perseguimento del massimo profitto non rinuncia all'utilizzo di mezzi illeciti" oppure quando "la condotta criminale sia funzionale alle necessità ed agli interessi dell'ente". In sostanza l'autore ravvisa la presenza dell'interesse quando la commissione del reato sia stata resa possibile da un deficit organizzativo dell'ente collettivo in quanto "sulla persona giuridica grava l'obbligo di impedire che i suoi interessi patrimoniali possano essere perseguiti da determinati soggetti mediante la violazione di precetti penali e quindi l'ente potrà andare esente da responsabilità solo se prova che la commissione del reato è stata possibile grazie all'elusione fraudolenta degli appositi meccanismi di prevenzione ovvero che non vi sia stata inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza con l'adozione di un efficace Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo".

vantaggio rappresentassero due espressioni distinte e separate, come si ricava dal principio di conservazione della norma[16], ma, soprattutto, dalla norma contenuta nell'art. 12, co. 1, lett. a), d. lgs. n. 231/01, che prevede un caso di responsabilità in presenza dell'interesse dell'ente, ma non anche del vantaggio, oppure se essi costituiscano un'endiadi[17] o due sinonimi[18]. Alla fine ha prevalso, più correttamente, la tesi che le due espressioni si riferiscano a due concetti autonomi, che possono entrambi eventualmente concorrere nella commissione del reato – presupposto[19].

Sin dall'origine, all'interesse è stata attribuita una connotazione soggettiva, legata alla volontà del soggetto agente, tanto che esso era valutato *ex ante* attenendo alla direzione finalistica della volontà dell'autore del reato; mentre il vantaggio, valutato *ex post*, è stato identificato con l'utilità patrimoniale concreta conseguita dall'ente grazie alla commissione del reato[20].

Con l'introduzione, nell'ambito dei reati – presupposto, dei delitti di natura colposa, alcuni autori hanno dubitato della compatibilità del suddetto criterio di imputazione oggettiva, ritenendo inconciliabili i requisiti dell'interesse rispetto al delitto colposo caratterizzato dalla mancanza di volontà da parte dell'autore dell'illecito[21], tanto da suggerire una disapplicazione o della normativa di cui al d. lgs. n. 231/01 rispetto ai delitti colposi, nonostante l'esplicita previsione legislativa, o del requisito dell'interesse.

In realtà, entrambi i delitti colposi contro la persona del lavoratore erano già stati inclusi nella legge di delega n. 300/2000, senza alcuna deroga rispetto ai due concetti di interesse e vantaggio. Inoltre, tale presunta incompatibilità si stempera nei casi di delitti commessi con colpa cd. cosciente (o con previsione), contrassegnati da un agire finalistico, seppure posto in essere con l'assoluta convinzione che l'evento non si sarebbe realizzato[22].

---

(16) In base al quale le parole contenute nel testo di una norma debbono conservare il loro significato al fine di evitarne una possibile disapplicazione.

(17) Tesi sostenuta da Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2002, p. 431.

(18) Si sono espressi in questo senso DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato, La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 322; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 1330.

(19) FOFFANI, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 672; ASTROLOGO, "Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel D. *Lgs. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 656; VIGNOLI, *Societas puniri non potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 909. In questo senso la giurisprudenza di legittimità che ha collegato l'interesse ad una finalità posta a monte ed il vantaggio ad un arricchimento obiettivamente conseguito all'esito del reato (Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615).

(20) Dalla lettura della Relazione governativa al d. lgs. n. 231/2001 si ricava che il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica ed è valutabile *ex ante*; mentre il vantaggio viene conseguito dall'ente quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse con una valutazione *ex post*.

(21) BRICCHETTI-PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guid. dir.*, 2007, 35, pp. 41; ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2007, 4, p. 100.

(22) In questo senso SANTORIELLO, *Violazione delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio delle società*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2008, 1, pp. 169 e ss.; GIARDA, *I reati presupposto*, in AA.VV., *Responsabilità* "penale" *delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA, Milano, 2007, p. 217.

Pertanto, per affermare la compatibilità del concetto di interesse rispetto ai delitti di natura colposa, si è sostenuto che lo stesso debba essere valutato oggettivamente[23], senza essere confuso con il dolo dell'autore del reato e, precisamente, riferendolo alla condotta antidoverosa e non all'evento illecito, non voluto[24]. In questo modo il requisito dell'interesse si reputa sussistente ogni qualvolta il reato sia commesso nel corso dell'ordinaria attività di impresa prestata in favore dell'ente[25].

Avvalendosi della norma contenuta nell'art. 5, co. 2, d. lgs. n. 231/2001, secondo cui la responsabilità dell'ente viene meno qualora l'autore del reato abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, si è, altresì, suggerito un nuovo approccio al tema dell'interesse, ritenuto indispensabile anche in presenza di reati colposi, ricorrendo "ogniqualvolta il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione qualificata nell'ente *non* nell'interesse esclusivo di altri rispetto all'ente". In tale ricostruzione, perciò, "l'interesse dell'ente è configurabile ogni volta che il soggetto in posizione qualificata nell'ente sia destinatario della norma violata, ma proprio in virtù della posizione ricoperta nell'ente medesimo"; tanto che "l'agente non viola la norma cautelare a titolo personale, ma nella sua veste qualificata … ed il reato intero, non la sola condotta, può ritenersi commesso nell'interesse dell'ente"[26].

In questo modo, il vantaggio dell'ente, inteso nei reati colposi, come *risparmio di spesa*, "viene restituito al suo ruolo, esprimendo un concetto diverso rispetto all'interesse"[27].

In effetti, il vantaggio, nei reati colposi in materia di sicurezza sul lavoro, non può essere diretto[28], giacché l'infortunio sul lavoro o la malattia professionale che colpiscono il lavoratore, di solito, generano conseguenze negative in capo all'ente, come l'obbligo di risarcire il danno, se viene ravvisata la responsabilità civile della persona giuridica, l'aumento del tasso di premio dovuto all'INAIL, l'azione di regresso di quest'ultimo Istituto, gli oneri processuali da sopportare per difendere in giudizio l'ente, ma indiretto, identificandosi con i risparmi economici ricavati per la mancata adozione delle misure di sicurezza o per l'omessa previsione di un'adeguata attività di informazione o formazione,

---

(23) VIGNOLI, *Societas puniri non potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 909; IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2008, p. 60.

(24) Pulitanò, op. cit., p. 426.

(25) Soluzione auspicata anche nella relazione redatta dalla Commissione Greco, istituita dal Ministero della giustizia per la revisione della normativa di cui al d. lgs. n. 231/2001 nel corso della XIV Legislatura, nella quale si legge che "si è ritenuto di modificare l'art. 5 del decreto legislativo riferendo – per i reati colposi – la qualificazione dell'interesse o del vantaggio direttamente alla condotta costitutiva del reato colposo stesso".

(26) Epidendio – Piffer, *Criteri d'imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *Resp. Amm. Soc. En.*, 2008, p. 18 – 19), che definiscono questa teoria "criterio negativo di accertamento dell'interesse".

(27) Epidendio – Piffer, op. cit., nota 30.

(28) LECCESE, *Abbandono di rifiuti e D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di SPAGNOLO, Milano, 2007, pp. 153 e ss..

nonché con la maggiore competitività sul mercato conseguita grazie alla compressione dei costi relativi alla sicurezza[29].

Oltre alla presenza dell'interesse o del vantaggio per l'ente, il Legislatore delegato subordina la responsabilità amministrativa alla commissione dei reati da parte di soggetti in posizione apicale o sottoposti alla direzione o alla vigilanza altrui (art. 6, d. lgs. n. 231/2001).

A tal proposito è bene chiarire che tra le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione rientrano il datore di lavoro ed il dirigente; mentre nell'ambito dei soggetti contemplati dall'art. 5, co. 1, lett. b), rientrano i preposti, purché non ricoprano un ruolo di gestione ma di mera vigilanza, ed i lavoratori, come anche i responsabili del servizio di prevenzione e protezione ed il medico competente[30].

Ai sensi dell'art. 6, d. lgs. n. 231/2001, il reato – presupposto deve, inoltre, essere la conseguenza di una colpa di organizzazione, imputabile all'ente, giudicata in base al ruolo che riveste l'autore del reato all'interno dell'organizzazione aziendale (criterio di imputazione soggettivo).

In particolare, se il reato è stato commesso da un soggetto posto in posizione apicale, l'ente è responsabile se non ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e di gestione idoneo ad impedire il reato poi verificatosi, mentre se il reato – presupposto è addebitabile ad un soggetto sottoposto alle direttive altrui l'ente viene punito se la commissione del reato è stata agevolata dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (art. 7, co. 1).

Nel primo caso la responsabilità dell'ente è, in ogni caso, esclusa se il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione (art. 6, co. 1, lett. c)[31]

La responsabilità dell'ente non è automatica, ma il sistema delineato dal Legislatore consente di esonerare da colpa la persona giuridica in caso di adozione di modelli di organizzazione e di gestione (art. 6, d. lgs. n. 231/2001).

2. Efficacia esimente dei modelli di organizzazione e di gestione

Qualora il reato - presupposto sia commesso da un soggetto posto in posizione apicale, l'art. 6 d. lgs. n. 231/2001 presume che l'ente sia responsabile, a meno che non

---

(29) D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Relazione al CSM nel corso di formazione del 12 dicembre 2007.

(30) Ielo, Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti, Relazione al CSM nel corso di formazione 26 – 27 giugno 2008.

(31) Tale condizione sembra, però, incompatibile con la commissione di un reato colposo, tanto che la Commissione Greco, istituita dal Ministero della giustizia per la revisione della normativa di cui al d. lgs. n. 231/2001, ha suggerito l'eliminazione dell'elusione fraudolenta, apparendo distonico con la natura dei reati – presupposto quando tali reati siano colposi, in quanto "in concreto una condotta caratterizzata da una componente soggettiva tanto marcata potrebbe suggerire la configurazione del delitto di omicidio volontario o di lesioni volontarie determinando una sorta di impossibilità fattuale a dimostrare da parte dell'ente la propria non colpevolezza".

riesca a dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e di gestione, prima del compimento del reato, di aver istituito un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo con il compito di vigilare, adeguatamente, sul corretto funzionamento del modello.

Ci troviamo di fronte ad un'inversione dell'onere della prova, giustificata dal fatto che il soggetto apicale rappresenta la politica di impresa e che il reato da lui commesso diviene logicamente espressione della strategia aziendale dell'ente. Spetterà, dunque, alla persona giuridica fornire la prova di aver adottato efficacemente i cd. protocolli preventivi.

Se la responsabilità del reato – presupposto ricade su un soggetto sottoposto all'altrui direzione, viene meno l'inversione dell'onere probatorio e spetta alla pubblica accusa dimostrare che "la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza" (art. 7, co. 1, d. lgs. n. 231/2001). Anche in questo caso l'adozione di un modello di organizzazione e di gestione comporta l'esonero dalla responsabilità amministrativa, in quanto l'avvenuta inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza perde il suo disvalore (art. 7, co. 2). Pur tuttavia l'utilizzo di tale modello non costituisce un obbligo per la persona giuridica, ma un semplice onere, che, se adempiuto in via preventiva, consente all'ente di ottenere l'esclusione dalla responsabilità amministrativa (artt. 6 e 7, d. lgs. n. 231/2001), mentre se assolto dopo la commissione del reato, comporta una riduzione della sanzione irrogabile in astratto (art. 12, co. 1, lett. b) e art. 17, co. 2, lett. b))[32].

Nel decreto delegato n. 231/2001 viene determinato il contenuto del modello di organizzazione e di gestione, seppure nelle sue linee essenziali, non potendo certo pretendersi un catalogo minuzioso e completo, stante le molteplici differenze esistenti tra enti, derivanti, ad esempio, dalla natura dell'attività lavorativa o dalla consistenza numerica dei lavoratori occupati. Il modello di organizzazione, pertanto, deve individuare le attività da cui possono scaturire i reati (art. 6, co. 2, lett. a), d. lgs. n. 231/01), prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente ed individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie al fine di evitare la commissione dei reati – presupposto (art. 6, co. 2, lett. b) e lett. c)), prevedere obblighi di informazione in favore dell'organismo di vigilanza sul funzionamento dei modelli (art. 6, co. 2, lett. d)), introdurre un sistema disciplinare interno per sanzionare il mancato rispetto delle misure contenute nel modello (art. 6, co. 2, lett. e)). L'organismo interno di vigilanza deve, in particolare, valutare l'adeguatezza del protocollo preventivo rispetto agli effettivi rischi esistenti nel luogo di lavoro e verificare la sua perdurante attualità. Il sistema disciplinare interno deve essere idoneo ad individuare prontamente eventuali anomalie nel corso del ciclo produttivo e prevedere sanzioni, di norma, conservative, per punire le condotte che violano, ad esempio, le procedure operative previste. Esso, inoltre, deve contemplare l'applicazione di sanzioni, in via autonoma, anche se la condotta non sia rimproverabile a livello penale o amministrativo.

Sebbene possa ipotizzarsi che gli obblighi di natura prevenzionale inseriti nella normativa sulla sicurezza dei lavoratori, come la valutazione dei rischi o la redazione del relativo documento,

---

(32) La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

possano esaurire il contenuto richiesto dai protocolli prevenzionali, in realtà questi ultimi hanno un più ampio campo di applicazione, che supera il semplice obiettivo di eliminazione o riduzione al minimo dei rischi esistenti, avendo di mira la realizzazione di un sistema che eviti gli infortuni sul lavoro attraverso comportamenti più consapevoli degli attori del sistema prevenzionale.

I modelli di organizzazione e di gestione costituiscono, pertanto, il cuore del diritto punitivo degli enti, in quanto il loro effettivo uso dovrebbe impedire il verificarsi dei reati – presupposto. Per questa ragione, *de iure condendo*, si è pensato di elaborare un modello con dei requisiti minimi di validità per le piccole e medie imprese, che costituiscono il novanta per cento del tessuto produttivo nazionale e che incontrano maggiori difficoltà, anche di natura economica, per la loro attuazione, al fine di agevolarne la diffusione tra le stesse.

Non è superfluo ricordare che l'adozione dei modelli di gestione, pur costituendo, de iure condito, un semplice onere per le persone giuridiche, al fine di poter essere esonerate da responsabilità amministrativa, in alcuni contesti territoriali locali, si appresta a divenire un obbligo, considerato che alcune Regioni richiedono, come requisito per poter partecipare alle gare di evidenza pubblica, la mancata irrogazione delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9 o hanno imposto anche a organismi, come le ASL, alle quali non è applicabile la normativa di cui al d. lgs. n. 231/2001, tale onere, quale ulteriore garanzia della migliore organizzazione e trasparenza dell'operato dell'Azienda[33].

3. Effetti giuridici della costruzione di un modello aziendale conforme all'art. 30 d. lgs. n. 81/2008 rispetto alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche in materia di sicurezza sul lavoro

L'organizzazione della sicurezza nei luoghi di lavoro occupa un posto di rilievo nella realtà produttiva odierna, costituendo il principale rimedio, oltre a quelli tradizionali tramandati dalla previgente normativa, per far fronte al fenomeno infortunistico.

Un'attività produttiva svolta in modo ordinato e sistematico, infatti, consente al datore di lavoro di garantire migliori condizioni di sicurezza sul lavoro e di impedire o, comunque, limitare quegli infortuni che accadono a causa di comportamenti troppo disinvolti o avventati dei lavoratori o per l'adozione di un modello di sicurezza non adeguato all'ambiente di lavoro o inidoneo per proteggere i singoli prestatori di lavoro. Per questa ragione si è pensato di inserire, nell'ambito del d. lgs. n. 81/2008, una norma (art. 30) avente ad oggetto un modello di gestione più definito rispetto a quello previsto nel decreto delegato che ha introdotto la responsabilità amministrativa degli enti[34].

---

(33) In questo senso cfr. legge regionale n. 3/07 della Campania che esclude da procedure di affidamento di concessioni o appalti di lavori pubblici, forniture o servizi, le imprese nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9 d. lgs. n. 231/01, o regolamento n. 15/2008 della Regione Lazio in materia di alienazione di opere di pubblica utilità. Per le ASL cfr. delibera Consiglio regionale Lombardia n. VII/257/06 che prevede il piano socio sanitario 2007 - 2009

(34) L'art. 30, d. lgs. n. 81/2008 stabilisce "il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve

L'importanza attribuita a tale strumento si ricava altresì dalla collocazione all'interno del decreto delegato nella medesima sezione relativa all'oggetto ed alla modalità di effettuazione della valutazione dei rischi (artt. 28 e 29, d. lgs. n. 81/2008).

L'art. 30 del decreto legislativo n. 81/08 introduce una normativa speciale rispetto a quella generale, contenuta nel d. lgs. n. 231/01, per i reati – presupposto della responsabilità amministrativa in materia di sicurezza sul lavoro. In particolare, il modello di organizzazione e di gestione, definito "modello organizzativo e gestionale per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza idoneo a prevenire i reati di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro" (art. 2, co. 1, lett. dd), d. lgs. n. 81/2008), deve essere adottato ed efficacemente attuato (prima della commissione del fatto illecito al fine di avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa, altrimenti l'adozione tardiva comporterà la riduzione della sanzione

---

essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:

a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;

b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;

c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;

d) alle attività di sorveglianza sanitaria;

e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;

f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;

g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;

h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

2. Il modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1.

3. Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

4. Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico.

5. In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6.

6. L'adozione del modello di organizzazione e di gestione di cui al presente articolo nelle imprese fino a 50 lavoratori rientra tra le attività finanziabili ai sensi dell'articolo 11".

applicabile), per assicurare l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici, alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti, alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, alle attività di sorveglianza sanitaria, alle attività di informazione e formazione dei lavoratori, alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori, alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge, alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate (art. 30, co. 1).

Si tratta, in sostanza, di una serie di adempimenti che sono già previsti, come obbligatori, dalla normativa prevenzionale, al fine di eliminare o ridurre, per quanto possibile, i rischi esistenti nell'ambiente di lavoro e che devono essere calibrati a quello specifico ambiente di lavoro, tanto che si è detto, molto efficacemente, che "il paracadute funziona solo se è fatto su misura"[35].

Inoltre, il modello organizzativo e gestionale deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività summenzionate (art. 30, co. 2). Ciò significa che la validità del modello adottato si misura sul campo, nel senso che, in presenza di un reato di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, gravi o gravissime, il modello avrà efficacia esimente se tutte le operazioni necessarie siano state registrate costantemente e giornalmente, soprattutto nel periodo precedente all'infortunio sul lavoro.

Il modello di organizzazione deve avere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, come anche un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (art. 30, co. 3). Perciò il modello sarà valido ed efficace se tiene conto della realtà aziendale (dimensione, numero di lavoratori occupati, etc.) e sia predisposto un vero e proprio sistema disciplinare interno, che assicuri il rispetto concreto di tutti gli adempimenti previsti, in quanto l'emanazione di semplici direttive generiche non servirebbe ad esonerare da responsabilità l'ente.

Come già previsto anche dall'art. 6, d. lgs. n. 231/2001, gli enti devono servirsi di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate, con l'obbligo di procedere al riesame ed all'eventuale modifica, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico (art. 30, co. 4).

Anche questo ulteriore adempimento, richiesto dal Legislatore delegato, assume un'importanza capitale per l'efficacia del modello adottato in quanto, una volta valutate le fonti di rischio e contemplate le misure necessarie per eliminarle o ridurle, diviene

---

(35) Sole 24 Ore del 16 giugno 2007, p. I del dossier del lunedì.

decisivo verificare, giorno per giorno, la persistente validità del modello, al fine di conservarne la sua idoneità.

Come si evince dal corposo numero di adempimenti richiesti, si tratta di un modello di organizzazione molto definito che mira ad assicurare la massima consapevolezza sui rischi e pericoli esistenti nel luogo di lavoro e a regolamentare, nei limiti del possibile, ciascun processo lavorativo, senza lasciare nulla al caso. Al fine di agevolare il compito delle persone giuridiche, il Legislatore delegato ha previsto che "in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti" (art. 30, co. 5). Tale norma suscita alcuni dubbi sia in ordine all'inciso "in sede di prima applicazione", in quanto non viene specificata la durata di tale fase, sia per il richiamo alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001[36], che, secondo alcuni, a causa della loro generalità, mal si prestano ad essere direttamente applicate ed a consentire all'operatore, chiamato ad adottare il modello di organizzazione e di gestione, di identificare con facilità quali siano "le parti corrispondenti" che si presumono conformi ai requisiti richiesti dall'art. 30[37].

Il Legislatore delegato ha, inoltre, specificato che la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro (art. 6, d. lgs. n. 81/2008) può predisporre ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale che si presumono conformi ai requisiti previsti dall'art. 30 per le parti corrispondenti (art. 30, co. 5) e ha cercato di favorire la diffusione di tali strumenti, finanziando, ai sensi dell'art. 11, d. lgs. n. 81/08, le imprese fino a 50 lavoratori (art. 30, co. 6).

---

(36) In particolare si legge nelle linee guida per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro che "un SGSL è finalizzato a garantire il raggiungimento degli obiettivi di salute e sicurezza che l'impresa/organizzazione si è data in una efficace prospettiva costi/benefici. Tale sistema si propone di ridurre progressivamente i costi complessivi della salute e sicurezza sul lavoro compresi quelli derivanti da incidenti, infortuni e malattie correlate al lavoro, …, aumentare l'efficienza e le prestazioni dell'impresa/organizzazione, contribuire a migliorare i livelli di salute e sicurezza sul lavoro, a migliorare l'immagine interna ed esterna dell'impresa/organizzazione" (cfr. p. 7 delle Linee guida).
Il modello gestionale disegnato con le linee guida SGSL ha le seguenti caratteristiche: l'impostazione logica è data dal cerchio di Deming, rivolto alla gestione sistematica e per processi al fine di agevolare un miglioramento continuo del sistema complessivo. In particolare, il paradigma di Deming, o PDCA, è rappresentato da un disegno circolare che comprende quattro fasi che si susseguono senza soluzione di continuità e precisamente: **Plan**, la pianificazione degli obiettivi coerenti alla politica di impresa per fissare le risorse economiche ed umane necessarie per attuarlo; **Do**, l'esecuzione di quanto pianificato; **Check**, il controllo di quanto fatto rispetto a quello che in precedenza era stato pianificato; **Act**, l'adozione di nuove misure per risolvere le criticità riscontrate o le difformità rispetto a quanto pianificato originariamente.
Esso opera, pertanto, "sulla base della sequenza logica ciclica delle fasi di pianificazione, attuazione, monitoraggio e riesame del sistema, per mezzo di un processo dinamico" (cfr. p. 7 delle Linee guida).
(37) Ielo, Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti, Relazione al CSM, Corso 26 - 27 giugno 2008.

GIOVANNI BATTISTA NARDECCHIA

Magistrato in Como

IL TRATTAMENTO DEI CREDITORI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Sommario: 1. - Il piano. 2. - Il soddisfacimento dei creditori. 3. - Le classi. 4. - I creditori privilegiati.

1. - Il piano

La riforma del concordato preventivo ha introdotto una nuova figura, quella del piano, che rappresenta il documento programmatico nel quale il debitore prospetta il suo "progetto di ristrutturazione dei debiti e di soddisfacimento dei crediti".

Dalla stessa dizione dell'articolo 160, co. 1, lett. a) l. fall. si evince che il piano deve prevedere necessariamente la soddisfazione di tutti i creditori e la ristrutturazione dei debiti, ristrutturazione che potrebbe anche legittimamente limitarsi ad una mera dilazione, sul modello di quanto previsto dalla vecchia amministrazione controllata.

Ristrutturazione dei debiti che costituisce anch'esso un elemento imprescindibile del piano e quindi della proposta concordataria, dato che il concordato preventivo, a differenza ad esempio degli accordi di ristrutturazione dei debiti, riguarda necessariamente tutti i crediti ed i creditori anteriori al decreto di ammissione.

Tutti i creditori anteriori subiscono gli effetti del concordato, effetti che possono andare dalla mera dilazione temporale (che può riguardare anche i creditori privilegiati pagati integralmente, dato che tale pagamento viene comunque posticipato all'omologa della proposta) alla modifica quantitativa e/o qualitativa del credito.

Piano che costituisce l'elemento portante della proposta che assume un valore vincolante tra le parti, sul presupposto che i creditori esprimano il loro voto sulla base ed in conformità dell'impegno assunto dal debitore.

Tale documento contiene quindi, in primo luogo, i risultati che con esso si intendono conseguire, espressi in termini alfanumerici attraverso valori assoluti o relativi, ovverosia le percentuali di soddisfazione che il debitore intende riservare ai suoi creditori.

Contenuto necessario, ma non sufficiente, posto che il debitore deve anche indicare nel piano come intende raggiungere quei risultati prospettati in termini di soddisfacimento dei crediti.

Modalità di adempimento del piano che sono integralmente rimesse al debitore tranne che nel caso di concordato per cessione dei beni, dove è previsto che il tribunale,

in sede di omologa, possa determinare le modalità di liquidazione ove esse non siano state previste nel piano.

Si discute se il piano debba prevedere necessariamente l'indicazione specifica del "trattamento" che viene assegnato a ciascun creditore o a ciascuna classe di creditori.

Il problema si pone in special modo con riferimento al concordato per cessione di beni ed al possibile, diverso contenuto che in questo caso può assumere il piano omologato e, di conseguenza, l'obbligo assunto dal debitore.

In particolare si discute dell'ammissibilità di una proposta che non preveda alcun soddisfacimento determinato per i creditori ma, soltanto, la messa a disposizione dei creditori medesimi di determinati beni.

Proposta la cui ammissibilità sembrerebbe potersi desumere dal tenore letterale dell'art. 160 l. fall. che parla ancora di *"cessione di beni a creditori"*, formula che lascia intendere come il legislatore si sia ancora voluto riferire (come nella vigenza della precedente disciplina) all'istituto codicistico di cui agli artt. 1977 ss. c.c..

La legittimità di una simile proposta andrebbe però a cozzare con il controllo di legittimità sostanziale affidato al tribunale svuotando, in concreto, il requisito della fattibilità e priverebbe di significato l'istituto della risoluzione del concordato *ex* art. 186 l. fall..

In questo caso infatti il debitore assumerebbe un unico obbligo: quello della cessione e cioè della consegna dei beni al liquidatore, non (anche) quello di garantire il risultato concreto della liquidazione.

Di conseguenza sia il controllo di fattibilità da parte del tribunale (prima), sia il potere di chiedere la risoluzione del concordato omologato da parte dei creditori (dopo), sarebbero sostanzialmente vanificati con la conseguenza che la mancata omologa della proposta o la successiva risoluzione sarebbero collegate alla sola residuale ipotesi del mancato adempimento dell'obbligo alla cessione dei beni, sia con riferimento alla disponibilità materiale dei beni che alla loro disponibilità giuridica (qualora, ad esempio nel patrimonio ceduto rientrino beni immobili oggetto di contratti preliminari opponibili ai creditori, perché stipulati in data precedente all'ammissione alla procedura, che rendano di fatto i beni medesimi non commerciabili e quindi indisponibili giuridicamente, stante l'impossibilità di sciogliersi dal precedente obbligo a contrarre).

La proposta deve quindi indicare una "misura", percentuale che i creditori assumeranno come "misura" delle proprie possibilità di recupero.

Se è pur legittimo che il legislatore abbia sostanzialmente sottratto al tribunale ogni potere di merito circa la convenienza della proposta (relegandolo in sede di omologa a solo caso di opposizione da parte di un creditore appartenente ad una classe dissenziente) demandando tale giudizio ai creditori, è necessario che la volontà dei creditori si possa formare su basi concrete, che si tratti di un consenso informato e consapevole.

Il creditore deve essere posto in condizione di poter valutare la proposta, la misura del suo soddisfacimento anche rispetto alla possibile alternativa rappresentata dalla dichiarazione di fallimento.

E ciò anche nel caso in cui il piano non preveda la soddisfazione dei creditori in denaro, ma mediante l'assegnazione di titoli o strumenti finanziari.

In quest'ultima ipotesi la proposta deve indicare quanti titoli siano attribuiti

a ciascuno. Ipotesi già sperimentata nel caso Parmalat, dove la natura quotata dei titoli assegnati ai creditori ha reso di immediata e facile percezione la misura del soddisfacimento offerto ai creditori.

Ove i titoli o strumenti finanziari non siano quotati nella relazione del professionista allegata alla proposta dovrà essere una perizia di stima sul valore di tali titoli offerti ai creditori a soddisfacimento dei loro crediti.

La proposta deve quindi prevedere una percentuale di soddisfacimento dei creditori, anche se non pare necessario l'indicazione di una percentuale secca.

Il debitore può infatti realisticamente contemplare il rischio del verificarsi di eventi imprevedibili ed indicare un *range* previsionale di soddisfazione dei creditori, che oscilli fra un minimo ed un massimo, a seconda di come evolvano le circostanze di fatto non immediatamente controllabili; ed anche formulare ipotesi alternative, a ciascuna delle quali legata una previsione di realizzo differente, purché sia ben chiaro quale sia l'obiettivo minimo programmato[1].

Medesime considerazioni valgono con riferimento ai tempi di realizzazione dei crediti, dato che il piano deve contenere anche una stima temporale relativamente al soddisfacimento dei creditori.

Indicazione del tempo della soddisfazione dei creditori che costituisce un elemento essenziale della proposta, la cui mancanza dovrebbe essere rilevata dal tribunale nell'esercizio dei poteri istruttori attribuiti dall'art. 162 l. fall. all'organo giudiziario.

Tribunale che dovrebbe quindi invitare il debitore, ove riscontrasse tale lacuna, a specificare i tempi di soddisfazione dei creditori.

2. - Il soddisfacimento dei creditori

Ai sensi dell'art. 160 l. fall. i creditori debbono essere soddisfatti *"in qualsiasi forma"*.

Il legislatore ha quindi chiaramente inteso distinguere il concetto di soddisfacimento da quello di adempimento, con la conseguenza che non vi sono dubbi circa la possibilità di attribuire ai creditori trattamenti non costituiti da dazioni monetarie.

Il che è certamente vero per i creditori chirografari, mentre non lo è per quelli privilegiati.

I privilegiati devono essere sempre pagati in denaro e non possono essere soddisfatti in altro modo.

E ciò sia per i creditori privilegiati che non subiscono alcuna ristrutturazione del debito (tranne che, eventualmente, una mera dilazione del pagamento che, maggiorato degli interessi, può e deve avvenire dopo l'omologa) sia per quelli che vengono ad essere soddisfatti nei limiti del valore di stima dei beni sui quali sussiste la causa di prelazione, in forza di quanto disposto dall'art. 160, co. 2, l. fall..

---

(1) In questi termini D. Galletti, *Art*. 160 in C*ommentario della legge fallimentare* (a cura) di C. Cavallini e S. Recchioni, in corso di pubblicazione.

Questi ultimi dovranno infatti essere pagati in denaro per la parte coperta dal valore del bene su cui attiene la garanzia.

La ragione di tale vincolo risiede nell'esclusione dei creditori privilegiati dal diritto di voto, sempre ché non rinuncino volontariamente, in tutto o in parte, alla prelazione.

Esclusione dal diritto di voto che il legislatore ha ribadito anche con riferimento ai creditori privilegiati soddisfatti parzialmente in forza dell'art. 160, co. 2, l. fall. dato che essi partecipano al voto per la parte residua del credito[2].

Esclusione dal voto che si traduce in una sostanziale indifferenza alle sorti del concordato, indifferenza che non può comportare alcuna modifica coattiva del rapporto obbligatorio[3].

Considerazioni che valgono per tutti i creditori privilegiati, anche nel caso di transazione fiscale o previdenziale ai sensi dell'art. 182 ter l.fall..

3. - Le classi

La norma fa riferimento alla suddivisione dei creditori in classi[4], secondo posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei ed ai trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse[5], anche se non prescrive, come fa l'art. 124 l. fall., la necessaria indicazione delle ragioni dei trattamenti differenziati.

A tal proposito è stato comunque correttamente sottolineato come, pur in assenza

---

(2) Cfr. da ultimo Trib. Treviso, 11 febbraio 2009, in *Fall*., 2009, p. 1439.

(3) In questi termini L. Stanghellini, *L'approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi,* in *Fall*., 2006, p. 1060.

(4) L'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto delle classi si deve alla legge n. 39 del 18 febbraio 2004, con cui è stato convertito in legge, con modifiche, il d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003, (c.d. decreto Parmalat), successivamente corretta ed integrata del d.l. 119 del 3 maggio 2004, convertito nella legge n. 166 del 5 luglio 2004 . L'art. 4*bis* della legge 39/2004 prescrive che il programma di ristrutturazione finanziaria dell'impresa può contemplare la soddisfazione dei creditori mediante un concordato, precisando che la proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, riservando trattamenti diversificati a creditori appartanenti a classi diverse.

(5) Secondo P. Catallozzi, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei* creditori, in *Fall*., 2009, p. 583 la modulabilità del contenuto del piano consentita attraverso l'utilizzo dello strumento delle classi, "permette al debitore in stato di crisi di calibrare la proposta concordataria sulle esigenze dei singoli gruppi di creditori e, conseguentemente, di concordare una ristrutturazione del proprio debito che soddisfi i diversi interessi di cui sono portatori i singoli creditori"; per D. Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del* Giudice, in *Giur. Comm*., 2006, II, p. 919 ss. le classi non sarebbero uno strumento di tutela dei creditori, finalizzato ad imporre al debitore di trattarli diversamente ove le situazioni siano divaricate, ma piuttosto un meccanismo diretto a superare la resistenza opportunistica di alcuni creditori; per G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 271 "…non è ancora del tutto chiaro se quest'eventualità agevoli l'attuazione del concordato oppure costituisca un beneficio per il debitore o per i creditori". Per una lettura critica del sistema delle classi vedi L. Abete, *Tipicità delle cause di prelazione e strumenti di formazione dei privilegi fattuali*, in *Fall*., 2008, p. 1007 secondo il quale il privilegio in via di fatto attribuito ai creditori ricompresi in classi favorite si tradurrebbe in una vera e propria deroga alle regole generali di cui all'art. 2741 c.c., più esattamente "in una sostanziale elusione della riserva di legge di cui all'*incipit* il privilegio è accordato dalla legge … dell'art. 2745 c.c.".

di un espresso precetto legislativo, il debitore nel suddividere i creditori in classi debba comunque specificare quali siano le ragioni poste a fondamento dell'inclusione dei creditori in ciascuna classe[6].

Nel concordato preventivo, come nel concordato fallimentare, l'omogeneità va riferita non solo alla posizione giuridica ma anche agli interessi economici[7].

Il legislatore partendo dal presupposto che creditori aventi la medesima posizione giuridica possono avere interessi economici non omogenei ha prescritto che il principio di parità di trattamento, garantito dall'inserimento nella stessa classe, si applichi fra creditori aventi anche omogeneità di interessi economici[8].

Il debitore può quindi riservare trattamenti differenziati soltanto a creditori appartenenti a classi diverse, mentre i creditori appartenenti alla stessa classe devono ricevere il medesimo trattamento[9].

Il principio della *par condicio creditorum* non viene quindi del tutto espunto dalla disciplina del concordato, ma subisce una notevole attenuazione del suo ambito di "protezione", riferito com'è ora non più ai singoli creditori, ma alle classi nelle quali essi sono eventualmente suddivisi.

La suddivisione dei creditori secondo la loro posizione giuridica va riferita alle già conosciute categorie dei creditori prededucibili, privilegiati e chirografari[10].

Il requisito dell'omogeneità degli interessi economici, sganciato da parametri normativi di riferimento si presenta di più difficile inquadramento potendo essere riferito sia alla fonte del credito (crediti nascenti da rapporti bancari, da contratti di somministrazione…etc..) che all'ammontare del credito medesimo, ovvero all'epoca di formazione o alla sua scadenza[11].

Una prima lettura della norma, successiva alla riforma del 2005, riteneva

---

(6) In questi termini G. Lo Cascio, op. cit., p. 272 con riferimento alla classazione dei creditori chirografari. In giurisprudenza Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall*., 2006, p. 571 che ha ritenuto illegittima la proposta concordataria che "…non giustifica in alcun modo … la diversa soddisfazione che riserva per talune categorie rispetto ad altre" aggiungendo che "tale esplicazione deve ritenersi dovuta, se non altro per consentire al collegio l'unica valutazione effettivamente di merito che oggi residua in sede di ammissibilità".
(7) In questi termini E. Bertacchini, *Art. 124,* in *La riforma della legge fallimentare*, (a cura) di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006, II, p. 773.
(8) In questi termini L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, pp. 267-268.
(9) In materia di amministrazione straordinaria di imprese di rilevanti dimensioni è prevista, al contrario, la possibilità di trattamenti differenziati all'interno della medesima classe (art. 4-ibis l. 39/2004), pur se essa è limitata al caso in cui nella stessa classe siano stati inseriti creditori di società diverse del gruppo.
(10) Secondo Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Fall*. 2009, p. 789 il profilo relativo alle posizioni giuridiche, "richiama sostanzialmente … la distinzione tra crediti privilegiati e crediti chirografari".
(11) Sull'argomento vedi A. Paluchowski, *Art. 160*, in Piero Pajardi, *Codice del fallimento*, (a cura) di Manuela Bocchiola ed Alida Paluchowski, Milano, 2009, p. 1688. In giurisprudenza vedi Trib. Milano 22 luglio 2005, in *Fall*., 2006, p. 581 che ha ritenuto corretto il criterio di suddivisione dei creditori tra privilegiati e chirografari e questi ultimi tra fornitori, chirografari bancari ed altri creditori chirografari; Trib. Milano 9 febbraio 2007, in *Fall*., 2007, p. 1218 che ha ritenuto corretto il criterio di suddivisione dei creditori chirografari tra fornitori strategici, e non, istituti di credito esposti a breve e a lungo-medio termine.

sostanzialmente corretto ogni criterio adottato dal debitore, con il solo limite della suddivisione "manifestamente illogica", illegittima perché sganciata da qualsiasi riferimento a criteri economici (ad esempio divisione dei creditori in classi per razza, religione … etc)[12].

Alcuni recenti provvedimenti di merito hanno cercato di definire in maniera parzialmente innovativa (e comunque più "stringente") il requisito dell'omogeneità degli interessi economici[13] al fine dell'efficace esercizio del potere di verifica della correttezza dei criteri di formazione, o non formazione delle diverse classi.

Questione indissolubilmente legata a quella avente ad oggetto la facoltatività o meno della formazione delle classi[14].

La gran parte degli autori ritengono che la suddivisione dei creditori in classi costituisca in genere una mera facoltà per il debitore[15].

Un primo argomento addotto a supporto di tale tesi è quello letterale, alla luce dell'inciso contenuto nell'art. 160 l. fall. secondo cui il piano "può prevedere", tra l'altro "la suddivisione dei creditori in classi …" e negli artt. 163 (il tribunale può valutare la correttezza dei criteri di formazione delle classi "ove siano previste diverse classi di creditori"), 177 ("ove siano previste diverse classi di creditori") e 182 *ter* l. fall. ("nel caso di suddivisioni in classi").

Argomento che di per sé non appare decisivo.

In primo luogo perché, come ammesso, dagli stessi fautori della facoltatività delle classi la tecnica di redazione di molte disposizioni riformate è alquanto approssimativa, di talché non è possibile fondare un'interpretazione sicura della norma basandosi sul senso letterale delle parole utilizzate.

In secondo luogo ove volessimo fermarci al dato letterale dovremmo allora considerare che il "può prevedere" dell'art. 160 l. fall. si riferisce non soltanto alla suddivisione dei creditori in classi, ma anche, ad esempio alla "ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma …": dal che potrebbe forse dedursi la facoltatività di tale previsione?

Una volta escluso il valore dirimente del dato testuale, va detto che il vero nodo della questione risiede non tanto nell'alternativa facoltatività/obbligatorietà, quanto piuttosto

---

(12) In questi termini G.Bozza, *La proposta di concordato preventivo. La formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fall*., 2005, p. 1208.

(13) Trib. Milano 4 dicembre 2008, in *Fall*., 2009, p. 423; Trib. Monza 7 aprile 2009, in corso di pubblicazione su *Giur. Comm*..

(14) Cfr. sull'argomento vedi da ultimo G. Minutoli, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente "classamento" dei creditori: il punto nella prassi e in dottrina*, in *Fall*., 2010, p. 48.

(15) In questi termini G. Bozza, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall*., 2009, p.430; negli stessi termini A.C. Marrollo, *Le classi di creditori nel concordato preventivo alla luce del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, in* Fall., 2008, p. 1463. Con riferimento al concordato fallimentare E. Bertacchini, *Art. 124*,op. cit., p. 772, la quale dà atto di come nel sistema statunitense che sarebbe stato preso a modello dal legislatore italiano, la formazione delle classi è prevista più come obbligo che come facoltà; L. Stanghellini, *Art. 124,* in *Il nuovo diritto fallimentare*, (diretto da) A. Jorio e (coordinato da) M. Fabiani, Bologna 2007, p. 1970.

nel significato da attribuire a tale facoltatività: se essa cioè si traduca in una piena libertà da parte del debitore, priva sostanzialmente di controlli, ovvero se, in alcune ipotesi, la formazione delle classi si presenti obbligatoria.

E, una volta data una risposta positiva a quest'ultima questione, in quali ipotesi tale formazione si presenti obbligatoria.

La problematica è stata affrontata principalmente con riferimento alla posizione dei creditori privilegiati di cui la proposta preveda la soddisfazione non integrale: pagamento non integrale ammissibile dopo la riforma del 2005 soltanto nel concordato fallimentare ed ora, dopo il decreto correttivo, anche nel concordato preventivo.

Secondo alcuni l'utilizzo della facoltà di pagare parzialmente i creditori privilegiati speciali non influirebbe sulla struttura del concordato, nel senso che il proponente avrebbe la facoltà di suddividere o meno i creditori in classi[16].

Di contrario avviso è chi ritiene che la formazione delle classi possa interessare soltanto la categoria dei creditori chirografari[17].

Secondo altri la formazione delle classi sarebbe invece obbligatoria nel caso del pagamento non integrale al creditore privilegiato incapiente[18].

A tal proposito si è sostenuto che dalla lettura sistematica delle lett. c) e d) dell'art. 160 l. fall. si evincerebbe il principio per cui "un differente trattamento economico tra i creditori privilegiati, come pure tra quelli chirografari, presuppone sempre e comunque una necessaria scomposizione in classi del ceto creditorio"[19].

Secondo una prospettiva parzialmente differente si è sostenuto che la formazione delle classi non sarebbe obbligatoria qualora venga proposto ai creditori privilegiati un soddisfacimento non integrale, ma identico a quello proposto agli altri creditori chirografari.

Sempre secondo quest'ultima interpretazione la formazione delle classi sarebbe invece quindi necessaria nel caso in cui il piano preveda per i privilegiati "degradati", un trattamento differenziato rispetto agli altri creditori chirografari per la parte residua non integralmente soddisfatta[20].

Come si evince da tali considerazioni l'attenzione della maggior parte degli autori

---

(16) In questi termini con riferimento al concordato fallimentare L. Stanghellini, op. cit., p. 1969.

(17) In questi termini G. Bozza, *Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative*, in *Fall*., Allegato Fasc. 1/2009, p. 8. In questi termini con riferimento al concordato fallimentare G. Schiavon, *Il nuovo concordato fallimentare: legittimazione; contenuti della proposta; modalità; i tempi della sua presentazione; l'assuntore*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio (a cura) di Massimo Fabiani e Adriano Patti, Milano 2006, p. 221.

(18) Analogamente, con riferimento al concordato fallimentare, L. Guglielmucci, op. cit., pp. 270-271 secondo cui "stante la non omogeneità del loro interesse rispetto a quello degli altri creditori, lo strumento non può che essere quello della creazione di una o più classi di creditori"; negli stessi termini S. Pacchi, *Il concordato* fallimentare, in *Fallimento e altre procedure concorsuali,* diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, p. 1437.

(19) In questi termini L. Mandrioli, *Art. 160*, in *La legge fallimentare*, II, (a cura) di M. Ferro, Padova, 2008, p. 298.

(20) In questi termini M. Vitiello, *Il nuovo concordato preventivo e le classi dei creditori*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, (a cura) di S. Bonfatti, Torino, 2008, p. 56.

si è concentrata su uno soltanto dei precetti legali che sovraintendono alla suddivisione o meno dei creditori in classi: la possibilità di un trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse.

Quasi che la suddivisione in classi dei creditori presupponga necessariamente un trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse.

In realtà la suddivisione in classi può prescindere dal trattamento differenziato e può (ed anzi deve in molti casi) essere disposta ogni qualvolta vi sia una disomogeneità "economica" tra creditori che si traduca nell'eterogeneità delle motivazioni di voto, con la conseguenza che è ben possibile creare classi diverse a creditori ai quali si prospetta il medesimo trattamento[21].

La ragione ultima della suddivisione in classi dei creditori non va dunque ricercata nella possibilità di un trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse, quanto piuttosto nella necessità di armonizzare le varie posizioni al fine di rendere omogeneo il consenso prestato dai creditori[22].

L'omogeneità degli interessi economici dei creditori chiamati ad esprimere il proprio assenso sulla proposta di concordato è in stretta correlazione con il permanere della regola della obbligatorietà e vincolatività della decisione della maggioranza dei creditori rispetto ai dissenzienti[23].

Il principio della forza vincolante della maggioranza e quindi dell'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori presuppone il fatto che tale maggioranza si formi in maniera corretta[24]: il che giustifica che l'accodo fra proponente e maggioranza dei creditori possa poi estendersi nei confronti dei non aderenti all'accordo.

La tutela dei creditori di minoranza, non più affidata al giudizio di convenienza del tribunale (relegato nell'ipotesi marginale di opposizione proposta da creditore appartenente ad una classe dissenziente), risiede quindi anche nella verifica della valida formazione del consenso e quindi della corretta suddivisione dei creditori in classi[25].

---

(21) In questi termini, assai correttamente, M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p.221. In senso opposto, L. Pica, *Il concordato preventivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P.Celentano e E.Forgillo, Torino, 2008, p. 1098, ad avviso del quale in caso di trattamento uguale non avrebbe senso creare classi differenti.

(22) In questi termini M. Fabiani, op. cit., pp. 158 e 208.

(23) Secondo M. Fabiani, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall*., 2009, p. 438 "Se ciascun creditore esprime il proprio voto in modo trasparente e non condizionato da fattori peculiari alla sua posizione, non dovrebbe assumere troppo rilievo il fatto che il giudizio, anche per i creditori estranei, sia affidato ai creditori che hanno dichiarato di essere consenzienti alla proposta, anziché al giudice". Per analoghe considerazioni P. Catallozzi, *La falcidia concordataria dei creditori assistiti da prelazione*, in *Fall*., 2008, p. 1010.

(24) Sull'argomento vedi in particolare R. Sacchi, *Concordato preventivo, conflitti di interessi tra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Fall*., Allegato Fasc. 1/2009, p. 32 secondo cui la regola della maggioranza è tollerabile alla sola condizione che non vi sia un inquinamento generato da vicende singolari.

(25) Secondo P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 834 ss. a fronte del rischio di un'illogica e irragionevole suddivisione in classi dei creditori il ruolo del tribunale è quello di "garante della posizione dei creditori più deboli".

4. - I creditori privilegiati

A seguito della riforma del 2005 erano sorti numerosi dubbi interpretativi tra i commentatori della norma riformata ed anche nelle prime prassi applicative sulla possibilità che la suddivisione in classi ed il trattamento differenziato previsti dall'art. 160 l. fall. nella sua originaria formulazione potessero riguardare anche i creditori privilegiati, così venendo meno la necessità, unanimemente affermata nel vigore della passata disciplina[26], che tali creditori debbano sempre essere soddisfatti per l'intero[27].

La riforma del 2007, contenente disposizioni integrative e correttive della l. n. 80/05 ha introdotto un nuovo secondo comma, che prevede ora espressamente la possibilità, a determinate condizioni, che i creditori privilegiati siano soddisfatti anche solo parzialmente, purché il trattamento previsto per ciascuna classe non comporti una alterazione nell'ordine delle prelazioni.

Il legislatore ha quindi inteso ribadire l'impossibilità da parte del debitore di sovvertire l'ordine delle graduazioni legali attribuendo trattamenti differenziati a creditori appartenenti a classi diverse.

Né d'altra parte appare plausibile ritenere che tale possibilità sia concessa, al contrario, nel caso in cui il debitore proponga un piano che non preveda la suddivisione dei creditori in classi.

Il significato letterale della disposizione non consente, d'altro canto, letture diverse da quella proposta, quale quella, ad esempio, propugnata da alcuni, secondo la quale essa non consentirebbe, soltanto, di attribuire ai creditori di grado inferiore un soddisfacimento maggiore di quella riservato ai creditori di grado superiore.

Con la conseguenza che la norma permetterebbe, secondo questa diversa lettura, una soddisfazione parziale dei creditori di grado successivo anche qualora quelli di grado anteriore non siano stati soddisfatti integralmente.

Interpretazione che si risolverebbe in un'alterazione dell'ordine dei privilegi, proprio quello che la norma non consente[28].

---

(26) Nella precedente disciplina, salvo qualche isolata voce contraria (B. Inzitari, *Il soddisfacimento dei creditori con prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm*., 1990, I, p. 383 ss.) si riteneva che tali creditori dovessero essere pagati integralmente. In giurisprudenza App. Roma, 12 marzo 2001, in *Dir. fall*., 2002, II, p. 264; Trib. Bologna, 21 giugno 1995, in *Fall*., 1996, p. 364.

(27) Dopo la riforma del 2005, si erano espressi per la necessità del soddisfacimento integrale dei creditori muniti di cause legittime di prelazione Trib. Messina 29 dicembre 2005, in *Fall*., 2006, p. 679; Trib. Bari 7 novembre 2005, in *Fall*., 2006, p. 53; Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in *Fall*., 2006, p. 56. In dottrina A. Patti, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fall*., 2006 p. 1023; G. Schiavon, *La nuova disciplina del concordato preventivo in seguito al decreto legge n. 35 del 2005*, in *Dir. fall*., 2005, I, p. 824; S. Ambrosiani - P.G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo,* Milano, 2005, p. 35; G. Lo Cascio, *Il nuovo concordato preventivo: uno sguardo d'assieme*, in *Fall*., 2006, p. 1004. Per la legittimità di un piano con previsione di un trattamento percentuale dei creditori privilegiati vedi Trib. Torino 20 dicembre 2006, in *Fall*., 2007, p. 431; Trib. Torino 17 novembre 2005. in *Fall*., 2006, p. 691. In dottrina a favore di una possibile falcidia concordataria di tali creditori P. F. Censoni, *il concordato preventivo*, in *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione* (a cura) di S. Bonfatti-P.F. Censoni, Padova, 2007, p. 233; C. Ferri, *I crediti privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, in *Fall*., 2006, p. 695.

(28) In questi termini G. Bozza, op. cit. p. 10.

Né d'altra parte pare legittimo ipotizzare una soddisfazione parziale dei creditori privilegiati quale risultato di un piano che, senza alterare l'ordine dei privilegi, proponga, ad esempio, una soddisfazione dei creditori sino ad un certo grado di privilegio.

La proposta di concordato deve prevedere, come detto, la soddisfazione di tutti i crediti, come si ricava dall'inequivoco dato letterale dell'art. 160 l. fall., comma 1, sub a) in cui si parla di soddisfazione dei crediti, espressione che lascia pochi dubbi sul fatto che tale soddisfazione deve riguardare l'intero ceto creditorio[29].

Da tali considerazioni appare evidente come nel concordato la regola generale rimanga quella dell'integrale soddisfazione dei creditori privilegiati.

Regola dell'integrale pagamento dei creditori che subisce alcune eccezioni.

La più rilevante è quella prevista dall'art. 160 comma 2 l. fall. secondo cui il piano può prevedere un soddisfacimento non integrale per i creditori muniti di un diritto di prelazione, purché il trattamento loro riservato non risulti inferiore a quello che gli stessi potrebbero realizzare sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione[30].

Valore di mercato determinato sulla base di una relazione giurata predisposta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall..

Il trattamento non integralmente satisfattorio dei creditori privilegiati deve essere espressamente previsto nella proposta ed è subordinato al rispetto dello specifico procedimento ivi previsto, con la conseguenza che, altrimenti, tali creditori hanno diritto all'integrale pagamento dei loro crediti.

Procedimento che prevede il deposito, unitamente alla domanda di concordato, di una relazione giurata di stima[31].

La questione più problematica è quella relativa alla possibilità di prevedere una suddivisione per classi e trattamenti differenziati anche rispetto alle diverse posizioni dei creditori muniti di prelazione generale.

---

(29) Con riferimento al concordato fallimentare L. Guglielmucci, op. cit., p. 269 sottolinea come un ulteriore elemento a supporto di tale interpretazione si rinviene dalla considerazione che essendo l'esdebitazione collegata al soddisfacimento in una qualche misura di tutti i creditori, e quindi anche di quelli chirografari, sarebbe del tutto incoerente ritenere che il legislatore abbia ritenuto ammissibile un'esdebitazione per concordato senza il soddisfacimento in qualche misura dei creditori chirografari. Osservazione che appare di una qualche rilevanza stante la sostanziale identità di disciplina tra concordato fallimentare e concordato preventivo sul punto.

(30) Poiché la disciplina dettata per i creditori privilegiati non farebbe altro che applicare al concordato preventivo la regola generale dettata per tali creditori nell'esecuzione individuale e collettiva, regola secondo la quale, in forza della intima relazione tra bene gravato e privilegio (che spesso influisce sulla stessa nascita del privilegio) il creditore può trovare soddisfazione prelatizia solo nei limiti del ricavato del bene gravato, vi è chi sottolinea come, in realtà, si tratterebbe soltanto di un'eccezione apparente. In questi termini G. Bozza, *Il concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, (a cura) di A. Jorio, Milano, 2009, p. 36.

(31) Come correttamente sottolineato da L. Mandrioli, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, (a cura) di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, p. 672 la relazione in questione costituisce un elemento fondamentale per la presentazione della domanda di concordato dovendosi quindi seriamente dubitare che essa possa rientrare tra quei "nuovi documenti" per la cui produzione il tribunale può concedere un termine non superiore a quindici giorni.

Prima del decreto correttivo del 2007 vi era chi riteneva che la mancanza di un'espressa previsione legislativa circa il trattamento dei creditori con prelazione generale non fosse ostativa alla possibilità di prevedere, anche per loro, un pagamento parziale delle rispettive ragioni creditorie.

In particolare ciò sarebbe stato possibile quando l'insieme dei beni su cui gravava il privilegio non avrebbe potuto soddisfare, in un ipotetico scenario liquidatorio, il loro credito[32].

Secondo altri tale possibilità, sganciata dal suddetto presupposto, sarebbe sorta dall'esigenza di garantire il buon esito del concordato e, quindi, in tale ottica, dalla necessità di prevedere comunque il soddisfacimento in qualche misura anche dei creditori chirografari anche mediante la parziale sottrazione di risorse altrimenti destinate ai creditori privilegiati[33].

La relazione di accompagnamento al decreto correttivo va nel senso di ritenere ammissibile nel concordato preventivo la falcidia anche dei creditori privilegiati generali, ipotesi che non trova ostacoli nel dato testuale alla luce del generico riferimento che l'art. 160 l. fall. fa ai "creditori muniti di privilegio", espressione nella quale possono essere evidentemente ricompresi sia i creditori assistiti da privilegio speciale che quelli assistiti da privilegio generale.

Secondo la gran parte degli autori la nuova formulazione consentirebbe la possibilità di offrire al creditore privilegiato generale un soddisfacimento parziale[34], pur nella evidente difficoltà di una stima sul ricavato in caso di liquidazione dell'intero compendio mobiliare oltre che, sovente (per i creditori titolari di diritto di prelazione con collocazione sussidiaria sull'eventuale patrimonio immobiliare), immobiliare del debitore[35].

Difficoltà ancor più evidente ove si consideri che il privilegio generale attiene all'intero patrimonio del debitore, concetto che, secondo alcuni, è più ampio della mera sommatoria del ricavato dei beni mobili (oltre che immobili con riferimento ai privilegiati con collocazione sussidiaria[36]), dovendo ricomprendere anche tutte le attività liquidatorie che il debitore intende porre in essere per convertire in denaro l'attivo acquisibile alla procedura e di "monetizzare le prospettive future non esistenti nel patrimonio del debitore

---

(32) In questi termini, con riferimento al concordato fallimentare L.. Stanghellini, op. cit., p. 1972.

(33) In questi termini L. Guglielmucci, op. cit. p. 271.

(34) Secondo P. Catallozzi, op. cit., p. 1013, la tesi estensiva era sostenibile anche nella vigenza del D. Lgs. n. 5/2006 "in virtù di un'interpretazione logica che, facendo leva sul principio di uguaglianza, consentiva di superare l'equivoco dato testuale e di evitare ingiustificate differenziazioni tra il trattamento dei creditori muniti di privilegio generale e quello riservato ai creditori muniti di privilegio speciale". Sull'argomento vedi V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 346 ss..

(35) In questi termini G. Lo Cascio, op. cit., p. 281 il quale sottolinea la particolare complessità dell'operazione di stima ed il dato temporale che potrebbe inevitabilmente incidere sull'esistenza ed il valore dei beni mobili, senza tralasciare il fatto che, secondo l'Autore, il soddisfacimento parziale sarebbe limitato al caso in cui "il creditore di un determinato grado non trovi sufficiente capienza su tali beni ovvero non sussista alcun bene mobile e non sia prevista la collocazione sussidiaria";. Per analoghe considerazioni con riferimento al concordato fallimentare vedi L. Guglielmucci, op. cit., p. 270 il quale evidenzia l'ulteriore problematica connessa alla necessità di valutazione dell'esito delle azioni revocatorie e recuperatorie.

(36) Più in generale sulla graduazione nel fallimento dei crediti assistiti da cause di prelazione, vedi da ultimo A. Dimundo, *Il sistema della graduazione dei crediti nel concorso*, in *Fall*., 2008, pp. 1025-1028.

al momento del deposito del ricorso di concordato preventivo"[37].

La difficoltà di individuare l'oggetto del diritto di prelazione generale, stante la sua naturale estensione al patrimonio attuale e "futuro" del debitore, incide non soltanto sulla pratica attuazione della norma, ma anche sulla stessa astratta configurabilità del principio alla luce del divieto di alterare l'ordine della cause legittime di prelazione sancito dall'art. 160 l. fall[38].

In altre parole, non appare ontologicamente ipotizzabile un'ipotesi in cui non vi sia capienza per i creditori privilegiati generali e soddisfazione sia pure parziale per quelli chirografari e ciò non comporti un'alterazione delle cause legittime di prelazione.

Sempre che si interpreti tale divieto nell'unico modo che il senso letterale delle parole utilizzate dal legislatore consente: quello di ritenere che nessuna soddisfazione può essere riconosciuta ai creditori di rango inferiore quando i privilegiati di rango superiore siano stati soddisfatti solo parzialmente[39].

Con la conseguenza che una tale possibilità è limitata all'ipotesi in cui il pagamento dei creditori di grado successivo avvenga con risorse estranee al patrimonio del debitore.[40]

La proposta potrà prevedere il soddisfacimento parziale dei creditori privilegiati generali soltanto qualora sia promesso ai creditori un *quid pluris* rispetto alla cessione dei beni del debitore: il versamento di una somma ulteriore ovvero l'acquisto dei beni del debitore ad un prezzo superiore a quello di stima.[41]

Ulteriore possibilità di una soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati generali che può derivare, ovviamente, anche da una loro espressa rinuncia espressa in data anteriore al deposito del ricorso[42].

---

(37) In questi termini L. Mandrioli, op. cit., p. 687 il quale a cita, quali esempi, le somme percepite in seguito al recupero di crediti, gli incassi derivanti dall'eventuale prosecuzione dell'attività d'impresa, o dall'effettuazione di transazioni, ovvero dall'esperimento vittorioso di azioni legali, risarcitorie o recuperatorie. In giurisprudenza vedi Trib. Monza 27 aprile 2006, in *Fall*., 2006, p. 1436 secondo cui sono assoggettati a privilegio generale tutti i beni e le utilità non derivanti dalla liquidazione del patrimonio immobiliare, ancorché si tratti di proventi di azioni di pertinenza della massa.

(38) Secondo F. Guerrera, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del "decreto correttivo"*, in *Dir. fall*., 2007, I, p. 821 ss. la nuova disposizione non consentirebbe comunque di operare la falcidia anche dei creditori privilegiati in forza del perdurante divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione, espressione di un principio ostativo ad un trattamento di tali creditori peggiore di quello che riceverebbero dalla liquidazione fallimentare.

(39) In questi termini G. Bozza, op. cit., p. 1208 ss. *Contra* C. Ferri, op. cit., p. 695 ss. e P. Catallozzi, op. cit., pp. 1014-1015, secondo cui il divieto deve essere interpretato nel senso di ritenere illegittima la (sola) proposta che preveda il soddisfacimento dei creditori di grado inferiore in misura superiore rispetto a quello proposto ai creditori di grado superiore. E ciò in sostanziale analogia con quanto previsto per la transazione fiscale.

(40) In questi termini G. Bozza, op. cit., p. 44.

(41) In questi termini M Fabiani, op. cit., p. 135, nt. 331, per il quale si potrebbe dare il caso del terzo che è interessato alla acquisizione di una impresa perché 'ha mercato' ma i cui singoli valori non siano concretamente realizzabili; in questo caso la stima del patrimonio del fallito potrebbe dare un risultato tale da non consentire la remunerazione dei creditori privilegiati generali; ma l'apporto di altre risorse finanziare provenienti da terzi potrebbe essere devoluto ai creditori chirografari senza che per quelli muniti di privilegio generale si possa creare pregiudizio, in quanto dalla liquidazione fallimentare nulla di più avrebbero potuto percepire; negli stessi termini M. VITIELLO, op. cit., pp 58-59.

(42) Sull'argomento vedi L. Mandrioli, op. cit., p. 691.

NOTE A SENTENZA

Lavoro (rapporto di) - Collaborazioni a progetto - Dubbi ermeneutici - Ratio legis - Finalità antifrodatoria - Progetto - Elemento formale e specificamente descrittivo (fattispecie in tema di addetti a call center)
Lavoro (rapporto di) - Collaborazioni a progetto - Mancata produzione giudiziale dei progetti - Carenza dell'elemento formale - Conversione sanzionatoria in rapporti di lavoro subordinato

Tribunale di Milano - 02.03.2009 n. 894 - Dott. Di Leo - B.P. srl. (Avv.ti Bonora, Feliciani) - INPS-SCCI (Avv. Santonoceto) - Equitalia Esatri spa (Avv. Verna)

L'art. 67 del D. Lgs. n. 276/2003, che disciplina la collaborazione a progetto, deve essere interpretato teleologicamente, alla luce della ratio legis consistente nella finalità antielusiva; nell'ambito di tale norma, il progetto inerisce specificamente all'incarico conferito al prestatore, da descriversi, con forma scritta ad probationem, in modo qualificato con riferimento al contenuto della peculiare prestazione conferita ed il cui esatto adempimento esaurisce il negozio, dovendo, per altro verso, necessariamente coincidere l'attività concretamente espletata dal collaboratore con lo specifico compito assegnatogli nel progetto/programma.
La mancata produzione documentale dei contratti a progetto a carico della parte cui incombe tale onere probatorio e che ne sostenga la genuinità comporta la sanzione della conversione, per presunzione iuris et de iure, in subordinati dei relativi rapporti di lavoro.

FATTO - Con un ricorso al Tribunale di Milano, quale Giudice del Lavoro, depositato in data 8.2.08, la B.P. SRL ha chiamato in giudizio l'INPS, la SCCI e la EQUITALIA ESATRI SPA per sentire annulare la cartella esattoriale n. 11720070030822639000, notificatale per contributi previdenziali ed assistenziali dovuti all'INPS per gli anni 2004-2006 e relativi accessori calcolati fino alla data di iscrizione al ruolo.

Eccependo la carenza di indicazione del responsabile del procedimento nella cartella impugnata e l'insussistenza del credito azionato, la opponente ha sostenuto come con i lavoratori - oggetto di causa, della cartella impugnata e del Verbale di Accertamento notificatole il 10.1.07 - sarebbe stato legittimamente instaurato un rapporto di co.co.co. o una collaborazione a progetto e non una relazione di tipo subordinato, descrivendo l'attività *out bound* svolta da ciascuno di questi nel *call center,* specificando come non avrebbero ricevuto direttive, ma svolto in autonomia il rapporto, venendo al lavoro unicamente secondo la propria libera disponibilità.

Ha, infine, allegato la B.P. SRL che, ad ogni modo, si sarebbe dovuta operare la compensazione sulla somma dovuta delle somme già versate alla Gestione Separata dell'INPS. Con vittoria di spese.

Costituendosi in giudizio, con articolata memoria difensiva, l'EQUITALIA ESATRI SPA ha contestato la fondatezza delle domande, chiedendone il rigetto. Con vittoria di spese.

Costituendosi in giudizio, con articolata memoria difensiva, anche l'INPS ha contestato la fondatezza delle domande, chiedendone il rigetto. Con vittoria di spese.

Al riguardo, la convenuta ha, in primo luogo, sostenuto come con i lavoratori per cui è causa non sarebbe stato legittimamente instaurato un rapporto di co.co.co. o una collaborazione a progetto, ma una relazione di tipo subordinato.

In particolare, è stata eccepita la mancata produzione dei progetti di cui si tratta e descritta l'attività svolta da ciascuno dei lavoratori.

All'udienza di discussione è stata tentata inutilmente la conciliazione e, uditi alcuni testimoni, in seguito alla discussione dei procuratori, è stata pronunciata una sentenza come da dispositivo pubblicamente letto.

DIRITTO - La domanda della parte opponente è risultata solo in parte fondata.

Prima di entrare nel merito, dal lato formale, si deve osservare come non possa accogliersi la tesi della B.P. SRL per cui la cartella opposta darebbe illegittima per la mancanza dell'indicazione del responsabile del procedimento.

Infatti, l'art. 36, comma 4-ter, del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, convertito con modificazioni nella legge n. 31 del 28 febbraio 2008, dispone che *"la cartella di pagamento di cui all'articolo 25 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive modificazioni, contiene, altresì, a pena di nullità, l'indicazione del responsabile del procedimento di iscrizione a ruolo e di quello di emissione e di notificazione della stessa cartella. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano ai ruoli consegnati agli agenti della riscossione a decorrere dal 1° giugno 2008"*.

Quindi, la mancata indicazione dei responsabili dei procedimenti nelle cartelle di pagamento relative a ruoli consegnati prima di tale data non è causa di nullità.

Venendo, a tal punto, a motivare nel merito il dispositivo, prima di trattare nei fatti il caso sottoposto al giudizio, essendo stata posta in contestazione da parte dell'INPS l'esistenza di uno *specifico progetto/programma* per alcuni dei lavoratori di cui si tratta ovvero di uno dei fondamentali requisiti aggiuntivi stabiliti dal decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003 per la stipulazione di un legittimo contratto di collaborazione, occorre premettere alcuni cenni interpretativi (più diffusamente approfonditi in studi monografici elaborati in materia da chi scrive) della normativa di riferimento.

A) IL PROGETTO O PROGRAMMA E IL REQUISITO DELLA SUA SPECIFICITÀ.

La disciplina del lavoro a progetto introdotta con il decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003 ha stabilito la regola che le collaborazioni coordinate e continuative,

con la riforma, devono *"essere riconducibili a 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 (…)"*.

Fin dall'emanazione della novella, le disposizioni del c.d. "decreto Biagi" nella materia del lavoro a progetto sono state, tuttavia, considerate come connotate da una particolare ed evidente problematicità nell'interpretazione, tanto che, come è noto, per le stesse, sono state proposte diverse e contrastanti soluzioni esegetiche.

Pur potendosi, così, dar conto della non univocità di opinioni emerse nell'analisi dell'istituto, è, però, anche possibile osservare come, viceversa, in dottrina, sia constatazione comune e non discussa che *lo scopo dell'intervento legislativo fosse quello di cercare di evitare l'abuso dell'istituto delle collaborazioni e la pratica frequente di celare sotto le stesse dei rapporti subordinati,* potendosi, così, prendere atto di come, quantomeno su quale fosse l'intenzione del legislatore, non vi sia controversia e propendere, così, di fronte all'ermetico dato letterale, per l'opportunità del ricorso ad un'interpretazione di tipo teleologico.

I) Entrando, così, a tal punto, nel vivo dell'esame della fattispecie del lavoro a progetto, si può osservare che l'art. 61 del decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003, nello stabilire la regola dell'esigenza della "riconducibilità delle collaborazioni ad un progetto o programma", ha posto l'immediato riferimento ai "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3 del codice di procedura civile" ed ha, quindi, richiamato, in modo esplicito, *proprio l'art. 409, n. 3, c.p.c., ovvero la principale definizione e norma relativa alle collaborazioni coordinate e continuative,* potendosi così ritenere che il legislatore abbia inteso individuare i contorni della nuova creazione normativa, innanzitutto, *tramite un puntuale rinvio,* di carattere recettivo, alle "precedenti" collaborazioni coordinate e continuative e alle loro caratteristiche (anche se è noto come pure per tale tematica si siano sviluppati due antitetici orientamenti ermeneutici), dovendosi, in particolare, osservare che, qualora il legislatore avesse voluto modificare i caratteri delle vecchie collaborazioni, presumibilmente, non avrebbe richiamato detta norma in modo espresso e tanto preciso, *ma avrebbe delineato direttamente e chiaramente i nuovi tratti della fattispecie,* non essendovi, in tale eventualità, alcun motivo per far riferimento ad una figura che intendesse mutare nei suoi contenuti.

L'impostazione proposta appare, del resto, estremamente persuasiva se raffrontata anche con la *ratto legis,* come riconosciuta dalla generalità della dottrina, che ha ispirato la riforma delle collaborazioni di cui al c.d. "decreto Biagi", ovverosia l'intento di evitare l'utilizzazione delle co.co.co. "in funzione elusiva o frodatoria della legislazione posta a tutela del lavoro subordinato".

Qualora, infatti, si ponga mente allo scopo che ha mosso il legislatore, non si può non rilevare come la novella - in conformità al senso che traspare dalla lettura delle parole dell'art. 61 come sopra analizzato - non intendesse mutare in modo sensibile il concetto delle collaborazioni coordinate e continuative come finora si era inteso, ma solo, con proposito antielusivo, aggiungere degli elementi per la configurazione dell'istituto

(in particolare il progetto o programma ed il termine) idonei ad evitare, unitamente alle misure di cui all'art. 69, l'abuso della figura.

Così, ancor di più, è agevole mettere in luce come il legislatore abbia inteso solo ribadire i requisiti delle precedenti co.co.co. con l'aggiunta dei suddetti caratteri antifraudolenti per evitare che sotto la specie negoziale si celassero delle ipotesi di lavoro subordinato e rilevare come la nuova fattispecie sia, così, costruita *sui due perni fondamentali* delle collaborazioni coordinate e continuative (con i caratteri ad esse propri) e del "progetto o programma di lavoro o fasi di esso", quale *elemento formale* aggiuntivo alla nota struttura della tipologia negoziale.

II) Data una siffatta base di partenza, poi, procedendosi con un'indagine ermeneutica di tipo teleologico sul significato dei termini progetto e programma, si deve, innanzitutto, considerare come appaia evidente, da un semplice esame delle norme, come il legislatore intendesse perseguire l'obiettivo antifrodatorio propostosi (il fine) tramite l'introduzione dell'obbligo per le parti contrattuali di individuare, al momento dell'instaurazione del rapporto, "un progetto o programma o una fase di esso" (il mezzo).

Solo per tale elementare rilievo appare dunque agevole, da un verso, notare *come la finalità antielusiva debba necessariamente caratterizzare anche la definizione del progetto o programma,* ovvero il "mezzo" prescelto per raggiungere la medesima e, dall'altro verso, conseguentemente, rilevare come qualunque significato si attribuisse a tali termini che non fosse palesemente desumibile dall'ermetico dato letterale e che, al contempo, vanificasse o eccedesse per il contenuto e per i requisiti lo scopo antifrodatorio perseguito dal legislatore, si rivelerebbe contrastante con la *mens legis* che ha inspirato la novella e, dunque, probabilmente inadeguato ad una corretta comprensione dell'istituto.

Pare, allora, che l'unica accezione delle parole "progetto" e "programma" che possa essere conforme alla finalità antifraudolenta in analisi, senza eccedere in elementi aggiuntivi o in significati che alla medesima non appartengano, possa essere una definizione che riporti semplicemente *al concetto di "trasparenza"* di quale sia la volontà delle parti al momento del perfezionamento del vincolo contrattuale.

Se, infatti, si tiene conto, nella scelta interpretativa, come il problema che si intendeva risolvere con la novella fosse "quello di distinguere" le collaborazioni genuine da quelle fittizie, appare, allora, ben intuibile come l'introduzione di un elemento formale come il progetto o programma, in funzione antifrodatoria, equivalga ad aggiungere alla figura delle collaborazioni una connotazione di "trasparenza" della reale intenzione degli stipulanti.

In una tale ottica, appare, così, sostenibile che l'unico significato attribuibile ai nuovi caratteri del progetto e del programma, che "non tradisca e non ecceda" la "trasparenza" richiesta dal legislatore, sia quello per cui si debba ritenere che, con i medesimi, sia stato reso necessario che le parti, al momento dell'instaurazione del rapporto, illustrino in modo esplicito le "ragioni concrete" della richiesta della prestazione lavorativa, cioè "cosa effettivamente debba fare il collaboratore per il committente", ovvero quale sia il suo *"compito"*.

Con una tale soluzione ermeneutica, si rende, così, manifesto come il progetto o programma (termini che, quindi, appaiono un'endiadi) costituisca *un elemento formale e di carattere descrittivo,* che non viene, cioé, a mutare la sostanza delle precedenti co.co.co., dovendo solo rendere "trasparente" quale sia il concreto *"incarico"* affidato al collaboratore "con una descrizione", onerata da forma *ad probationem*.

III) Solo grazie a tali semplici rilievi, sia consentito, così, mettere in luce come il nuovo elemento introdotto dal c.d. "decreto Biagi" consista quantomeno nel rendere esplicito, fin da subito, *quale sia l'"incarico"* affidato al collaboratore ed osservare come elementi di conferma per una simile interpretazione si possano, tra l'altro, rinvenire nello stesso dato legislativo, potendosi sottolineare come l'art. 67 del D. Lgs. n. 276/03 abbia definito il progetto o programma come l'"oggetto" del contratto di collaborazione.

L'annotazione appare, infatti, interessante perché, essendosi considerato come *non siano stati modificati nella sostanza i requisiti* delle precedenti co.co.co. (cfr. il precedente punto I), pare immediatamente conseguente reputare che anche l'"oggetto del contratto", quale elemento imprescindibile della figura, sia rimasto il medesimo nelle due fattispecie che si sono susseguite nel tempo.

Si può allora rammentare che, sotto la previgente disciplina, la giurisprudenza affermava che l'oggetto del negozio delle collaborazioni coordinate e continuative fosse da individuarsi proprio nell'"incarico" conferito al collaboratore (cfr., ad es., Cass. sentenza n. 4030 del 15/04/1991; Cass. sentenza n. 9550 del 09/09/1995) e giungere all'immediata conclusione che anche l'oggetto della nuova figura del lavoro a progetto (restato identico) sia ancora, in ugual modo, rappresentato dal compito o dalla prestazione affidati a quest'ultimo.

Posta una siffatta base del ragionamento, non vi è allora chi non veda come nell'art 67 - allorché si è regolata l'"estinzione del contratto" nel caso di "realizzazione" "del progetto o del programma", definendo quest'ultimo come l'*"oggetto"* del contratto - si volesse far riferimento alla "realizzazione" non di un qualche cosa di particolarmente innovativo e misterioso in cui dovrebbe risolversi il progetto o programma, ma pur sempre *all'esatta esecuzione della prestazione* del collaboratore, che è correttamente definibile come l'oggetto del contratto.

Si è, cioè, voluto chiaramente far riferimento alla "realizzazione della prestazione" come "descritta nel progetto/programma", ovverosia all'ormai "avvenuto adempimento" dell'incarico che non giustificherebbe il protrarsi ulteriore del vincolo, tanto che la previsione stabilisce, in tale eventualità, l'estinzione del rapporto negoziale.

Una volta letto in tal modo l'art. 67, si può conseguentemente prendere atto di come, *anche per il tenore della legge,* il progetto o programma effettivamente *inerisca all'incarico e serva per illustrarlo compiutamente*.

IV) E', a tal punto, però, possibile anche annotare come, essendo pacifico come il progetto/programma rappresenti un elemento *"aggiunto"* alla previgente figura delle co.co.co. - che già comprendeva tra i propri requisiti essenziali (quale "oggetto"

del negozio) l'affidamento di una prestazione al collaboratore - questo non possa essere definito semplicemente come l'"incarico" del collaboratore (non presentando, altrimenti, alcun connotato *"aggiuntivo"* la fattispecie), ma, piuttosto, come una "particolare illustrazione dello stesso", dovendo essere presente nel contratto una *"descrizione qualificata"* dai requisiti prescritti dalla legge stabiliti sia in via esplicita come, ad esempio, l'aggettivo *specifico,* ma anche in modo implicito e desumibili tramite l'analisi interpretativa (come, ad esempio, il fatto che il progetto abbia un contenuto *prognostico,* dovendo esservi almeno oralmente fin dall'instaurazione del rapporto: cfr. il punto successivo), senza che, però, occorra in questa sede, per motivare la sentenza, soffermarsi sull'argomento.

V) Inoltre, proponendo in modo sintetico una più meditata analisi interpretativa, quanto alla *ratio* delle scelte legislative, si aggiunga come si possa diffusamente argomentare il convincimento di come l'introduzione dell'elemento formale del progetto/programma sia stata dovuta all'intento di perseguire una *"duplice finalità antielusiva",* collegata al generale "scopo ultimo" di evitare, in un'ottica di trasparenza, la simulazione dei rapporti subordinati sotto l'apparenza delle collaborazioni.

Si può, infatti, considerare:

a) una *prima* finalità antifrodatoria di carattere *"extraprocessuale",* ponendosi, per l'esposta interpretazione, l'obbligo per le parti di convenire, *fin dall'atto dell'instaurazione del rapporto,* quale effettivamente debba essere il *"compito"* affidato al prestatore: il progetto/programma deve, infatti, esservi fin dalla *"perfezione"* del negozio, trattandosi di *un "elemento essenziale"* del contratto, come si evince dalle disposizioni dedicate all'istituto che manifestano la sua imprescindibile necessità nella fattispecie, con l'unica eccezione delle residuali "ipotesi escluse" di cui all'art. 61, co. 2 e 3.

Grazie all'introduzione del progetto/programma, quindi, si obbligano le parti a ben "focalizzare" ex *ante* il preciso contenuto del contratto, in modo da permettere al collaboratore di conoscere *sin dall'inizio* in modo dettagliato quale sia l'incarico affidatogli (è richiesto che il progetto sia "specifico") e operare con un'autonomia reale, non potendo, invece, al contrario, gli stipulanti lasciare l'oggetto della prestazione generico ed indeterminato, *con il rischio che, poi, nell'esecuzione, per la mancata definizione dei compiti del lavoratore, gli sia domandato semplicemente di "mettere a disposizione" le proprie energie* e gli siano impartiti *"ordini"* propri di un regime di subordinazione;

b) una *seconda* finalità antifrodatoria di carattere *"processuale",* considerato come l'esigenza di una *forma scritta ad probationem* per attestare *l'esistenza* del progetto/programma ed il *suo contenuto* (il relativo onere della prova è, infatti, lasciato dalla legge a chi voglia sostenere in giudizio la legittimità e genuinità della collaborazione), con la severa *sanzione* - in caso di difetto di una tale dimostrazione - *della trasformazione del rapporto in subordinato a tempo indeterminato fin dall'inizio* di cui all'art. 69, co. 1, determinino una "sostanziale necessità" per i contraenti di cristallizzare il compito attribuito al prestatore in un documento.

Ponendosi, poi, *la necessità di una necessaria corrispondenza* tra il progetto/programma che sia stato posto *per iscritto* e la *prestazione* effettivamente e legittimamente *resa* (il *"principio di necessaria corrispondenza tra progetto/programma scritto e l'attività del prestatore"* è riconoscibile in virtù della regola della necessità della "*riconducibilità"* dell'operato di questi ad un progetto/programma insita nella previsione di cui all'art. 61, co. 1) si rendono possibili, *con maggiore certezza del giudizio,* nel modo più proficuo, le verifiche processuali che fossero necessarie, impedendo a chi fosse interessato a sostenere l'esistenza di una genuina collaborazione di fornire una "qualunque ricostruzione dei fatti del tutto libera e di comodo" svincolata dalla descrizione progettuale, essendo ormai assoggettato alle dichiarazioni contenute nel progetto/programma e non potendo discostarsene, *pena, per l'attività svolta in difformità dello stesso, la valutazione del difetto del progetto/programma* (non risultando detta attività "riconducibile" allo stesso), con le conseguenze di cui all'art. 69, co. 1 (presunzione *iuris ed de iure* di subordinazione).

Per esporre lo stesso concetto in modo schematico, si potrebbe osservare che:

- l'art. 61 esige la *"riconducibilità"* della prestazione del collaboratore ad un progetto/programma;

- parimenti, dovendo la prestazione del collaboratore essere "riconducibile" al progetto/programma, la stessa norma stabilisce la cogenza di un vincolo di *"necessaria corrispondenza tra l'attività concretamente espletata dal collaboratore e il compito assegnatogli nel progetto/programma"*;

- in virtù della forma *ad probationem* dei progetto/programma, in ultima analisi, detta corrispondenza vi deve sempre essere con quel progetto/programma che sia stato "formalizzato in uno scritto";

- perciò *l'attività compiuta* dal collaboratore - che, ex art. 69 co. 2, sia oggetto di un'istruttoria processuale sulla natura del rapporto - deve essere necessariamente *"corrispondente" o "riconducile"* all'ambito del progetto/programma *scritto*;

- il legislatore ha, quindi, ideato una particolare tipologia e struttura di processo nel quale i *"contorni del giudizio"* e dell'istruttoria di cui all'art. 69, co. 2, non ammissibile oltre l'ambito delineato dal progetto/programma per i principi sovraesposti, risultino per le parti *certi* e *definiti* fin dalla redazione da parte delle stesse del documento che viene ad incorporare il progetto/programma pattuito ed, ugualmente, predeterminati per il giudice fin dal deposito di detto scritto tra gli atti processuali;

- l'ambito predefinito del decidere determina l'effetto di impedire che chi voglia dimostrare la genuinità del rapporto possa fornire versioni *"fantasiose"* o *"di comodo"* svincolate dalla descrizione progettuale che delinea ormai i contorni del giudizio.

La finalità antifrodatoria di carattere "processuale" può essere, così, individuata nel cercare di porre le condizioni per consentire nel modo più proficuo le verifiche processuali che fossero necessarie, segnandosi in modo certo i confini del giudizio e dell'istruttoria.

VI) Se, dunque, è possibile sostenere che tali erano gli scopi del legislatore (ovvero i "fini"), perseguiti tramite l'introduzione del progetto/programma (quale "mezzo"), nell'approfondire l'analisi del *"requisito della specificità"*, che nell'art. 61 *contraddistingue il progetto,* appare agevole ipotizzare come potrebbe considerarsi realizzato nella sua funzione solo allorché le parti abbiano "descritto" la prestazione del collaboratore in modo tanto dettagliato da poter garantire *entrambi* gli intenti sopra illustrati.

Ovvero, *essendo la "specificità" un "attributo"* del progetto/programma che, a propria volta, costituisce, come si è detto, proprio il "mezzo" per raggiungere le "finalità" del legislatore, se ne può desumere come il livello di dettagliatezza richiesto sia quello necessario perché gli obiettivi antielusivi suddetti possano definirsi, nel caso concreto, conseguiti, potendosi ritenere quanto ecceda tale limite come una analiticità superflua alla quale i contraenti non siano tenuti e, parimenti, un progetto "eccessivamente generico" quello che non sia utile per raggiungere *entrambi* gli scopi perseguiti dal legislatore.

a) Prendendo, quindi, come "metro di giudizio" la *prima* finalità antielusiva considerata, quella *"extraprocessuale"*, è possibile, allora, convenire come sia consentito sostenere la legittimità di un progetto/programma, per l'adeguata specificità, solo allorché le parti, nella descrizione dell'incarico, abbiano ben "focalizzato" il preciso apporto del collaboratore, rendendolo sufficientemente "definito".

Tale risultato può valutarsi raggiunto solo qualora, dalla semplice *descrizione* del progetto o programma, il prestatore, inteso come il soggetto medio dell'arte o mestiere di cui si tratta, ovvero l'*"homo eiusdem professionis"*, possa ben comprendere quale sia il compito assegnatogli ed operare per l'adempimento della sua obbligazione, senza che, *"per capire cosa fare"*, sia costretto a ricevere delle istruzioni tanto puntuali da poter essere confuse con gli ordini che tipicamente sono rivolti a chi, in regime di subordinazione, per contratto, metta solo a disposizione le proprie energie (dovendosi ricordare che le "direttive" che legittimamente possono essere rivolte al prestatore in una collaborazione coordinata continuativa genuina sono solo quelle più limitate sulle "modalità lavorative" utili ai fini della "coordinazione" degli apporti tra le parti).

b) Prendendo, poi, come metro di valutazione la *seconda* intenzione antielusiva menzionata, quella *"processuale"*, è possibile sostenere come l'elemento formale di cui si tratta possa ponderarsi come sufficientemente dettagliato, allorché, fornendo un'illustrazione dell'attività effettivamente da affidare al lavoratore e non limitandosi a menzionare generiche formule astratte, permetta, *tramite riferimenti concreti e "caratterizzanti" inseriti nello stesso progetto, di impedire che, in un eventuale giudizio, possa essere fornita una "ricostruzione dei fatti" del tutto libera e "di comodo"* da parte di chi intenda sostenere l'esistenza di una genuina collaborazione (essendo vincolato dal contenuto del progetto per il *"principio della necessaria corrispondenza tra l'attività effettiva del lavoratore e il progetto/programma"*, dovendo altrimenti subire la sanzione della conversione del rapporto in subordinato a tempo indeterminato ai sensi del primo

comma dell'art. 69).

Le considerazioni sopra svolte sono sufficienti per essere applicate in relazione al caso concreto e motivare la sentenza, senza necessità, in questa sede, di approfondire ulteriormente l'analisi esegetica.

B) LA MANCATA PRODUZIONE DEI PROGETTI E LA SANZIONE DELLA CONVERSIONE DEL RAPPORTO.

Sulla base delle considerazioni svolte si deve osservare come la B.P. SRL non abbia prodotto in giudizio i contratti per cui è causa e come l'INPS abbia eccepito tale difetto di allegazione documentale, rilevando le preclusioni di legge per una successiva produzione.

Non risulta, quindi, dimostrato in giudizio l'esistenza di un progetto conforme alla legge dalla B.P. SRL, ovvero dalla parte onerata dalla legge di tale dimostrazione.

E' agevole, infatti, analizzare la normativa di cui agli artt. 61 e ss. del D.Lgs. 276/03 e notare come le previsioni pongano chiaramente *in capo a chi intenda sostenere la genuinità del rapporto* l'onere della dimostrazione dell'esistenza di un progetto/programma conforme alla legge.

Né, nel caso, benché la parte a cui incombe il dovere probatorio sia onerata solo di una prescrizione di prova scritta *ad probationem,* risulta almeno dalle allegazioni delle parti quale potesse essere il contenuto dei progetti per ciascuno dei singoli contratti di cui si tratta.

Ne deriva, dunque, come si debba concludere che la B.P. SRL non abbia assolto al proprio onere della prova di dimostrare la sussistenza di un legittimo progetto per ciascuno dei rapporti di collaborazione in parola.

Quanto alla natura delle conseguenze di cui all'art. 69, co. 1, stabilite per l'ipotesi in cui da chi intenda sostenere la genuinità della collaborazione non sia dimostrato in giudizio un progetto conforme alle prescrizioni legislative, è sufficiente chiarire come si debba aderire alla tesi per cui la norma contempli una *sanzione* o una *presunzione iuris et de iure* di subordinazione.

Si osservi, innanzitutto, come non possa essere reputata condivisibile la differente soluzione ermeneutica della *presunzione relativa,* potendosi in contrapposizione a tale differente tesi notare come, dopo la riforma, *per il chiaro tenore letterale del secondo comma dell'art. 69,* una fase probatoria sulla sostanza del vincolo posto in essere tra le parti risulti concepibile *unicamente nelle due ipotesi* contemplate nell'art. 61, cioè solamente nel caso in cui vi sia un legittimo progetto/programma (comma 1) o in quello in cui si rientri nelle residuali ipotesi escluse (di cui ai commi 2 e 3 di detta disposizione).

Si deve, infatti, intendere il riferimento ad un *"rapporto instaurato ai sensi dell'articolo 61"* contenuto nel secondo comma dell'art. 69 come un chiaro *limite* dell'esperibilità dell'istruttoria *ai casi contemplati* dalla prima disposizione, ovverosia all'eventualità in cui si riconosca l'esistenza di una *ordinaria collaborazione* "riconducibile ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso" (di cui al comma 1 dell'art. 61) oppure di una delle *eccezionali e* tassative *"ipotesi escluse",* pure ricomprese nell'ambito della norma appena menzionata nei commi 2 e 3.

Per il chiaro tenore letterale del comma 2 dell'art. 69, risulta, dunque, semplice

riconoscere come le prove sulla natura del rapporto *possano essere ammesse solo allorché si sia in presenza di una delle suddette possibilità incluse nei primi tre commi dell'art. 61* (ovvero una collaborazione fornita di un legittimo progetto o programma o una delle c.d. "ipotesi escluse"), mentre, nel caso alternativo della *semplice carenza dell'elemento formale* di cui si tratta ed in cui non ricorra alcuna delle fattispecie "derogatorie" di cui all'art. 61, viene conseguentemente ad operare immediatamente la "conversione del contratto", come evidenziato dalla rubrica dell'art. 69 e le prestazioni rese debbono essere considerate "rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto", non potendosi, cosi, contro tale conseguenza di legge, in alcun modo, reputare ipotizzabile la facoltà di una "prova contraria" (come, invece, sarebbe secondo la tesi della presunzione relativa).

Uguali conseguenze si debbono evidentemente reputare stabilite per il caso in cui il progetto/programma, pur formalmente esistente, si presenti come illegittimo in quanto *"eccessivamente generico"* oppure, anche laddove il progetto o programma sia esistente e specifico, allorché l'operato del prestatore non possa definirsi incluso (in quanto "non riconducibile") nell'ambito della "descrizione dell'incarico" assegnato dal committente che può essere reputato "il limite ed il confine di liceità" della prestazione del lavoratore.

Ne deriva come, ai sensi dell'art. 69, co. 1 (norma di cui chi scrive - come altrove diffusamente argomentato - non dubita della legittimità costituzionale, non essendo manifestamente irragionevole in relazione ai sovraesposti scopi antifraudolenti perseguiti dal legislatore e non essendo in contrasto con il *principio* dell'*"indisponibilità del tipo"* che è da ritenere violato solo allorquando a causa di una definizione legislativa del rapporto vengano *sacrificati i principi e le garanzie dettati dalla Costituzione a tutela del lavoratore dipendente:* cfr. C. Cost. n. 121 del 29 marzo 1993(1) e n. 115 del 31 marzo 1994 e Cass. sent. n. 17759 del 5 settembre 2005 e Corte di Appello di Firenze sent. n. 100 del 29 gennaio 2008) i rapporti instaurati tra la parte opponente e i lavoratori finora valutati debbano considerarsi come subordinati fin dall'inizio, attesa la mancanza di una dimostrazione di un progetto conforme alla legge.

C) L'ISTRUTTORIA E I RAPPORTI NON SOTTOPOSTI ALLA DISCIPLINA DEL LAVORO A PROGETTO.

Presumibilmente nella causa in questione, tutti o la maggior parte dei rapporti di cui si tratta sono sottoposti alla disciplina del lavoro a progetto, essendo stati stipulati i relativi contratti dopo il 24.10.03.

Per i negozi di collaborazione coordinata e continuativa che, invece, fossero stati perfezionati antecedentemente deve, invece, valere l'analisi dell'istruttoria svolta (per i quali non vale la disciplina transitoria di cui all'art. 86 del D.Lgs. 276/03 poiché nel corso del giudizio è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale che ne ha dichiarato l'illegittimità) che, pure, si pone quale conferma, *ad abundantiam,* di come ci si trovi di fronte a relazioni di tipo subordinato.

Nell'esame degli elementi istruttori, si deve, dapprima, rilevare che è vero che

tutti i testimoni assunti hanno confermato come presso la B.P. SRL per i centralinisti vi fosse *assoluta libertà nel fornire la disponibilità per la propria prestazione,* potendo i lavoratori discrezionalmente scegliere se recarsi al lavoro, quale turno svolgere e quando abbandonare la propria postazione.

Tuttavia, non si può non osservare come una volta che gli operatori del *call center* decidessero di recarsi al lavoro fossero assoggettati ad un tale potere di controllo e di conformazione esercitato dalla B.P. SRL tramite gli assistenti di sala che induce a reputare prevalente l'elemento della eterodirezione rispetto alla libertà di orario e di scelta se rendere o meno la prestazione.

In particolare, è risultato che tutti i lavoratori di cui si tratta, all'inizio del turno, ricevessero l'elenco dei nominativi da contattare e uno *script* con un testo di telefonata *"consigliato",* ma che si può dire che, in realtà, fosse *"prescritto":* si è, infatti, chiarito che, se gli assistenti di sala rilevavano che una telefonata non era stata eseguita correttamente, *intervenivano e ponevano le modalità da seguire,* cosicché la maggior parte degli operatori mantenevano lo schema di telefonata prestabilito e i correttivi *"perché era più facile il lavoro"*.

Cioé, il compito era più semplice se si seguiva lo *script* perché si evitavano le correzioni da parte degli assistenti (cfr., ad es., la deposizione di L. e T.), non comprendendosi altre ragioni per cui un centralinista dovrebbe preferire al proprio stile o alla propria spontaneità un testo vincolato.

Inoltre, è stato dichiarato che gli assistenti di sala procedevano ad un'invasiva conformazione della prestazione resa dagli operatori giungendo alla *correzione del tono di voce e dell'impostazione della faccia,* chiedendo a questi di sorridere mentre parlavano, con richiami in caso di risposte sgarbate al cliente.

Ciò posto, si deve reputare di tipo subordinato ogni rapporto di lavoro tra quelli in considerazione.

Per motivare, si deve precisare come si sia tenuto in attenta considerazione come nella specie molti dei lavoratori non avessero una cadenza di prestazione fissa, ma la svolgessero secondo "turni" di lavoro che venivano liberamente scelti dai medesimi secondo la loro disponibilità.

Tuttavia, rispetto a tale circostanza, si deve ritenere assolutamente prevalente, ai fini della qualificazione del rapporto, come tutti ricevessero le suddette direttive dagli assistenti di sala, dovendosi considerare come evidentemente la opponente avesse organizzato l'attività secondo rapporti subordinati (impartendo direttive ai lavoratori), ma connotati da una particolare libertà e flessibilità a favore del prestatore che poteva offrire la propria prestazione quando ne avesse la possibilità ed anche interromperla per lunghi periodi.

Si deve, cioè, considerare prevalente su detta libertà concessa ai prestatori il fatto che, allorché venissero al lavoro, fossero sempre sottoposti a direttive vincolanti.

La Suprema Corte, del resto, ha chiarito che *"l'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto di lavoro autonomo, assumendo la funzione di parametro normativo di individuazione della natura subordinata del rapporto stesso, è il vincolo di soggezion, personale del lavoratore - che necessita*

della prova di idonei indici rivelatori, incombente allo stesso lavoratore - al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale. Pertanto, gli altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione, ed eventuali altri, pur avendo natura meramente sussidiaria e non decisiva, possono costituire gli indici rivelatori, complessivamente considerati e tali da prevalere sull'eventuale volontà contraria manifestata dalle parti, attraverso i quali diviene evidente nel caso concreto l'essenza del rapporto, e cioè la subordinazione, mediante la valutazione non atomistica ma complessiva delle risultanze processuali. La relativa valutazione di fatto di tali elementi è rimessa al giudice del merito, con la conseguenza che essa, se risulta immune da vizi giuridici ed adeguatamente motivata, è insindacabile in sede di legittimità, ove, invece, è censurabile soltanto la determinazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto" (cfr., ad es., Cass. sentenza n. 4171 del 24/02/2006).

Il che implica come l'INPS abbia correttamente qualificato come subordinati detti rapporti.

D) LA COMPENSAZIONE CON LE SOMME GIÀ VERSATE ALLA GESTIONE SEPARATA DELL'INPS.

Si deve accogliere la tesi dell'opponente per la quale il proprio debito debba essere determinato con compensazione sulla somma dovuta delle somme già versate alla Gestione Separata dell'INPS per il periodo non prescritto e con calcolo successivo e riquantificazione delle sanzioni, essendo chiaro in tal senso l'art. 116, co. 20, della L. 388/00 che dispone che *"il pagamento della contribuzione previdenziale, effettuato in buona fede ad un ente previdenziale pubblico diverso dal titolare, ha effetto liberatorio nei confronti dei contribuente. Conseguentemente, l'ente che ha ricevuto il pagamento dovrà provvedere al trasferimento delle somme incassate, senza aggravio di interessi, all'ente titolare della contribuzione"*.

Operando, per il tenore della norma, la compensazione tra enti diversi, a maggior ragione si deve reputare che si debba reputare automatica all'interno della contabilità dello stesso ente creditore.

Si deve, dunque, confermare l'esistenza del residuo debito della ricorrente nei confronti dell'INPS, determinato con compensazione sulla somma dovuta delle somme già versate alla Gestione Separata dell'INPS per il periodo non prescritto e con calcolo successivo e riquantificazione delle sanzioni.

Da ultimo, si deve osservare come, in ragione del valore, della durata e della natura della causa, in virtù della prevalente soccombenza, si deve condannare la B.P. SRL alla refusione delle spese di lite come da dispositivo.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 490

PRIME RIFLESSIONI GIURISPRUDENZIALI SUL CONTRATTO A PROGETTO

A distanza di pochi anni dall'entrata in vigore della cosiddetta riforma Biagi realizzata con la l. n. 30 ed il D.Lgs. n. 276 del 2003 e successivamente in parte corretta con il D.Lgs. n. 251 del 2004 la sentenza sopra riportata si confronta con uno degli istituti ad oggi più utilizzati e discussi, rubricato sotto il titolo settimo "Tipologie contrattuali a progetto e occasionali", capo primo, artt. 61-69. Questa nuova figura contrattuale nasce, infatti, dall'esigenza di riordinare e regolamentare l'ambito di applicazione delle collaborazioni coordinate e continuative contemplato dall'art. 409 c. 3 c.p.c., giacché queste ultime secondo buona parte della dottrina[1] ed in base ai numerosi riscontri fattuali in sede di accertamento giudiziario venivano troppo spesso utilizzate per mascherare rapporti di lavoro in realtà subordinato.

Ne è prova il fatto che il legislatore ha lasciato inalterata la disciplina della collaborazione coordinata e continuativa in alcuni importanti settori dove il rischio di instaurazione di contratti di collaborazione che mascherano rapporti di lavoro subordinato è stato ritenuto residuale. E' il caso dei rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale, delle professioni intellettuali per le quali sia necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi professionali ed ancora il caso dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa prestati per attività istituzionali nel settore sportivo non professionistico, individuato e disciplinato dall'art. 90 L. 27 dicembre 2002 n. 289. Sono inoltre escluse dall'applicazione della disciplina del lavoro a progetto le collaborazioni rese in qualità di sindaco o di amministratore di società, di membri di commissioni o collegi ed infine di soggetti percettori di pensione di vecchiaia. A dette esclusioni deve aggiungersi anche tutto il settore delle pubbliche amministrazioni (art. 1 c. 2) escluse dal campo di applicazione dell'intero D. Lgs. n. 276/2003.

L'ulteriore ipotesi di esclusione di applicazione della normativa in esame contemplata di cui all'art. 86, comma 1, D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, è stata inoltre modificata a seguito dell'intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale con sentenza n. 399 del 5.12.2008 del succitato comma 1 per essere in irragionevole contraddittorietà con la sua ratio. Afferma la Corte che essendo finalizzato «ad aumentare [...] i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro», l'art. 86, cit. - prevedendo che le collaborazioni coordinate e continuative, già stipulate alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 276 del 2003 e che non possono essere ricondotte a un progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data indicata o il termine superiore eventualmente stabilito nell'ambito di accordi sindacali stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale - infatti, determina

(1) E. Ghera, *Diritto del Lavoro, Lavoro a progetto e lavoro occasionale, Appendice, cap. II, sez. B,*. 3 , Cacucci Editore, Bari, 2004. V. Pinto, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto,* in P. Curzio (*a cura di), Lavoro e diritti, dopo il decreto legislativo 276/2003,* 311, Cacucci Editore, Bari, 2004. E. Ghera "*Sul lavoro a progetto*", in *Riv. it. dir. lav*, II, 2005, 197.

l'effetto esattamente contrario (perdita del lavoro) a danno di soggetti che, per aver instaurato rapporti di lavoro autonomo prima della sua entrata in vigore nel pieno rispetto della disciplina all'epoca vigente, si trovano penalizzati senza un motivo plausibile. In conseguenza della dichiarazione d'illegittimità costituzionale, le collaborazioni coordinate e continuative già stipulate il 24 ottobre 2003 mantengono efficacia fino alla scadenza pattuita dalle parti.

Fuori dalle eccezioni stabilite il legislatore ha fissato i requisiti essenziali, i limiti e le sanzioni che regolano il contratto di collaborazione a progetto, e la sentenza in epigrafe ha cercato di interpretare ed analizzare gli stessi.

Questi possono essere utilizzati dagli organi di controllo al fine di verificare, sia al momento dell'iscrizione che successivamente, l'adeguatezza dello strumento giuridico impiegato allo scopo da perseguire, affinché il contratto di lavoro a progetto non sia utilizzato in situazioni diverse rispetto a quelle che il legislatore ha voluto regolare.

Un primo elemento caratterizzante è costituito dal fatto che la collaborazione deve essere effettuata su un progetto o programma o fasi di lavoro determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, in un tempo determinato o determinabile. In sostanza il progetto deve essere sufficientemente specifico, sì da evitare che la genericità dello stesso porti ad una mera messa a disposizione delle energie lavorative da parte del prestatore d'opera. Secondo la giurisprudenza di merito fino ad ora pronunciatasi l'oggetto[2] della prestazione lavorativa deve essere sufficientemente determinato e specifico sicché lo stesso possa essere eseguito dall'"homo eiusdem professionis", senza ulteriore necessità di spiegazioni o indicazioni da parte del committente. La necessità di interventi troppo frequenti e pressanti da parte del committente lascerebbe infatti un margine troppo ampio e labile tale da far entrare nel rapporto l' etero direzione propria del rapporto di lavoro subordinato. La non chiara formulazione della legge e l' esplicito richiamo al perseguimento del risultato hanno animato un ampio dibattito in dottrina, concernente la qualificazione della natura della prestazione lavorativa del collaboratore a progetto, cioè la tipizzazione della stessa come obbligazione di mezzi o di risultato[3].

La qualificazione come obbligazione di risultato sembra infatti supportata dall'art. 61 del D. Lgs. 276/2003, secondo la quale il collaboratore si gestisce autonomamente in

---

(2) Cfr. Trib. Torino 5 aprile 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 849 ss., Trib. Milano 10 novembre 2005 e Trib. Ravenna 21 novembre 2005, entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 329 ss, Trib. Roma 6 dicembre 2006 *Lavoro nella giur*. (Il) 2007, 8, 833, Trib. Modena, 21 febbraio 2006, *Lavoro nella giur*. (Il) 2006, 5, 477 (s.m.), Trib. Pistoia, 17 marzo 2006, *D.L. Riv. critica dir.lav*. 2006, 4, 1075 (s.m.), Trib. Milano, 23 marzo 2006, *Riv. critica dir. lav*. 2006, 3, 796 (s.m.) ,Trib. Livorno, 8 gennaio 2007,in *Giur. merito* 2007, 11, 2860, Trib. Pavia, 13 febbraio 2007 in *Riv. critica dir. lav*. 2007, 2, 433,Trib. Torino 13 aprile 2007*, in Foro It*. 2008, 3, 1003, Tribunale Roma 5 giugno 2007*, Foro it*. 2008, 3, 1002 (s.m.), Trib. Milano, 17 novembre 2007, Riv. critica dir. lav. 2008, 1, 194 (s.m.).

(3) R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro subordinato al lavoro a progetto*, in *Itinerari d'Impresa. Management. Diritto. Formazione,* n. 3/2003; U. Carabelli, *Subordinazione, autonomia, professionalità e teoria dei costi transazionali: pluralismo contrattuale e specializzazione funzionale, in* AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005, 107.

funzione del risultato, sia pure con i vincoli imposti dal coordinamento con l'organizzazione del committente.

La qualificazione come obbligazione di mezzi sembra invece normativamente sostenuta dall'art. 63 D. Lgs. n. 276/2003, in quanto il compenso corrisposto ai collaboratori deve essere proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro eseguito, nonché dall'art. 67, comma 2, che consente alle parti di recedere anche prima della scadenza del termine o della realizzazione del progetto per giusta causa o per le altre causali contrattualmente previste; queste possibilità sembrano contraddire la necessità di raggiungere il risultato. La commistione di elementi tipici del lavoro autonomo e di quello subordinato ha indotto parte della dottrina[4] ad affermare che "nel caso del lavoro a progetto di cui agli articoli 61 ss. il legislatore (…): non ha solo tipizzato una nuova fattispecie contrattuale (espressamente esclusa dall'area del lavoro subordinato) dotandola di una specifica disciplina legale, ma con ogni probabilità ha anche "arricchito" il diritto del lavoro di una nuova categoria, distinta sia da quella della "subordinazione" di cui all'art. 2094 c.c., sia da quella dell'"autonomia" di cui all'art. 2222 c.c.[5]". Si tratta della categoria della parasubordinazione, intesa quale categoria teorico-funzionale diretta all'estensione in via interpretativa di alcune tutele tipiche del lavoro subordinato anche a rapporti di *facere* personale che, pur caratterizzati dall'autonomia nell'esecuzione della prestazione, comportano altresì una posizione di dipendenza economica conseguente al dato fattuale della destinazione pressoché esclusiva delle attività del lavoratore intese a soddisfare l'interesse del committente[6].

Nel lavoro a progetto la prestazione promessa dal collaboratore può includere qualunque tipo di risultato, anche non autosufficiente, (diversamente dal tradizionale *opus perfectum*) e la relativa obbligazione si configura come obbligazione di durata e, nello stesso tempo di risultato[7].

La giurisprudenza però è sempre stata refrattaria a questa prospettiva[8]. Esemplare,

---

(4) V. Pinto, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto,* in P. Curzio (*a cura di) Lavoro e diritti, dopo il decreto legislativo 276/2003,* Cacucci Editore, Bari, 2004, 311.

(5) Categoria in cui è *compreso* sia il lavoro a progetto, sia le diverse fattispecie di cui all'art.61. In proposito, v. V. Pinto *Mercato del lavoro - il decreto di attuazione della legge delega,* parte III, prg.12 *in www.ildiariodellavoro.it;* R. De Luca Tamajo*, Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto*" 2003, WP.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 25, *www.lex.unic.it/eurolabor/ricerca/wp/efault/htm*.

(6) Il problema è stato posto da G. Santoro Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979, F. Angeli, p. 9 ss.; prospettiva condivisa, pur con temperamenti da M. Napoli, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa* , in ALAR, *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro,* Milano, Giuffrè, 1993, 51, e *Dallo statuto dei lavoratori allo statuto dei lavori,* in *Lavoro, diritto, mutamento sociale,* Torino, Giappichelli, 2000, 21.

(7) E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, in Rivista Italiana Diritto del Lavoro, II, 2005, p. 204; così G. Proia, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Argomenti diritto del Lavoro,* 2003, 661; G. Santoro Passatelli, *Prime chiose sul lavoro a progetto*, ibidem,. 27.

(8) V. per tutti C. Pisani, *I rapporti di collaborazione continuativa e coordinata (o parasubordinazione*), in *Diritto del lavoro*, commentario diretto da F. Carinci, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento,* a cura di Cester, Torino, 1998, UTET, 37; V. Brino, *Il lavoro parasubordinato e coordinato,* in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale,* vol IV, *Lavoro autonomo*, collana, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, 2003, UTET, Torino, 101.

in proposito è la sentenza della Corte Costituzionale n. 365 del 24 luglio 1995, con la quale è stata ritenuta giustificata l'applicazione del termine prescrizionale ex art. 2951 c.c. in materia di spedizione e trasporto, anche nell'ipotesi in cui il trasporto costituisca esecuzione di un rapporto di lavoro "parasubordinato", in base al presupposto che l'art. 409 comma 3 c.p.c. non configurasse una categoria in senso sostanziale.

La giurisprudenza di merito sino ad oggi pronunciatasi riguardo al contratto a progetto, compresa quella in epigrafe, sembra propendere per la qualificazione dello stesso come l'obbligazione di risultato. Tale soluzione sembra suffragata dal dato normativo dell'art. 67 c. 1 D.Lgs. n. 276/2003 che prevede quale ipotesi di risoluzione del contratto la realizzazione del progetto, ma la stessa mal si concilia con il dettato dell' art. 63 D.Lgs. n. 276 del 2003, che prevede che il compenso corrisposto ai collaboratori sia proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito, e con quello dall'art. 67, comma 2, che prevede che le parti possano recedere anche prima della scadenza del termine o della realizzazione del progetto per giusta causa o per le altre causali indicate in contratto.

Il caso concreto posto all'attenzione del giudicante nella sopra riportata sentenza concerne l'annosa questione della qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro degli operatori dei call center. Detta tipologia di lavoro è stata oggetto di specifica circolare ministeriale che integra quella generale in materia, (la n. 1 del 2004) e che ha distinto tra attività di out-bound e di in-bound, ovvero tra le campagne nell'ambito delle quali il collaboratore si impegna a contattare, per un certo periodo, la clientela di un committente relativamente ad un determinato prodotto o servizio e le attività che invece consistono nella mera ricezione delle telefonate dell'utenza. Secondo la circolare ministeriale, tale distinzione ha notevoli conseguenze, nel senso che mentre l'out-bound è compatibile con un contratto di lavoro a progetto, in quanto il collaboratore può «prefigurare il contenuto della sua prestazione sulla base del risultato oggettivamente individuato dalle parti con il contratto[9]» l'in-bound non può esserlo, per il fatto che, in questo caso, "l'operatore non gestisce […] la propria attività, né può in alcun modo pianificarla, giacché la stessa consiste prevalentemente nel rispondere alle chiamate dell'utenza". In questo caso, dunque, il collaboratore si limita, di fatto, «a mettere a disposizione del datore di lavoro le proprie energie psico-fisiche per un certo periodo di tempo». D'altro canto basti considerare che mentre l'attività di out bound può essere limitata ad una campagna promozionale di uno specifico prodotto, limitata nel tempo o rivolta a clientela che abbia certe caratteristiche e come tale determinata o determinabile, non è così nel caso di servizi di assistenza telefonica. La sentenza in epigrafe ad esempio afferma che nel contratto a progetto deve sussistere una "descrizione qualificata" del progetto che deve sussistere al momento della sottoscrizione del contratto stesso, dalla quale siano desumibili anche parametri impliciti quali ad esempio la durata dello stesso o altri a contenuto prognostico riguardanti ad esempio il numero di adesioni o di contratti da stipulare.

---

(9) Così la Circolare del Ministero del lavoro n. 17 del 14 giugno 2006, n. 1 del 14 gennaio 2004.e n. 4 del 29 gennaio 2008 reperibili al sito web *http://www.lavoro.gov.it/lavoro*.

Nel caso in esame la mancata produzione documentale dei contratti a progetto ha portato il giudicante ad interpretare l'art. 62 del D. Lgs. n. 276/2003 che recita: "Il contratto di lavoro a progetto è stipulato in forma scritta e deve contenere, ai fini della prova, i seguenti elementi: …".

Stante il non univoco dato letterale di tale norma, parte della dottrina[10] ha ritenuto che la forma scritta sia richiesta *ad substantiam* per la sola stipulazione del contratto ed invece solo *ad probationem* per gli elementi costitutivi del contenuto del rapporto normativamente previsti alle lettere da a) ad e) del predetto articolo. Altra parte della dottrina[11] ha ritenuto invece che la forma scritta non sia necessaria ai fini dell'esistenza del contratto, ma ai soli fini della prova ed ammette quindi l'esistenza di un contratto a progetto stipulato verbalmente.

La giurisprudenza fino ad oggi pronunciatasi pare uniformemente orientata a ritenere la forma scritta solo *ad probationem* ed a porre in capo al committente l'onere di provare l'esistenza delle caratteristiche proprie del contratto a progetto che devono sussistere sin dal momento della stipulazione dello stesso e persistere durante l'intero svolgimento del rapporto di collaborazione. La mancata o disordinata esistenza di contratti di lavoro stipulati magari anche in data successiva rispetto all'inizio del rapporto di lavoro, la standardizzazione degli stessi che riportano come proprio oggetto quello della società committente sono stati individuati dalla giurisprudenza di merito quali indici di un rapporto di lavoro solo apparentemente a progetto ma in realtà di tipo subordinato.

D'altra parte l'art. 69, comma 1, prevede che i rapporti di lavoro instaurati senza specifico riferimento a un progetto, programma o fase di esso siano considerati di lavoro subordinato sin dalla loro instaurazione. Il punto più controverso della disciplina è sicuramente l'interpretazione dell'art. 69, comma 1, il quale va letto in combinato disposto con l'art. 61, comma 1. Al riguardo, sia in dottrina che in giurisprudenza si è creata una divergenza di opinioni circa la natura, assoluta o relativa, da riconoscere alla presunzione prevista da questa ipotesi sanzionatoria.

Secondo l'inciso letterale dell'art. 69, comma 1, infatti, tali rapporti «sono considerati» rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla loro costituzione.

---

(10) Così E. Ghera "*Sul lavoro a progetto*", in Rivista Italiana Diritto del Lavoro, II, 2005, p. 208, il quale sostiene: che la forma scritta sia quella costitutiva per la quasi totalità dei contratti c.d. atipici di lavoro ed inoltre, nel corpo del medesimo decreto delegato, non mancano i casi: art. 35 contratto di lavoro intermittente, art. 42 contratto di lavoro ripartito, in cui la forma scritta ai fini solo della prova è stabilita con chiarezza.

(11) M. Miscione, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.* 2003 9, cit.p. 821; M. Pedrazzoli, *Il contratto tipico di lavoro a progetto,* in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro, D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, 769; A. Perulli, *Commento all'art. 62,* in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al D.Lgs. n. 10 settembre 2003, n. 276,* Padova 2004, 740; V. Pinto*, Le "collaborazioni coordinate e continuative" e il lavoro a progetto*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003,* Bari, 2004, 333; G. Villani*, Il lavoro a progetto,* in M. Magnani e P. A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e 251/2004,* Torino, 2005, .574; *contra*: L. De Angelis, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative,* in Lav. Giur., 2004, 3, 249.

Ad una prima lettura, alla suddetta disposizione sembra doversi attribuire la valenza di una presunzione assoluta di subordinazione, con la conseguente conversione delle collaborazioni prive di un progetto in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato *ex tunc*. Tale meccanismo sanzionatorio ha, però, suscitato perplessità in quanto sembra prescindere da ogni accertamento delle concrete modalità esecutive della prestazione dedotte nel contratto per cui, anche una collaborazione realmente autonoma nelle sue modalità di svolgimento, in caso di mancanza di un progetto, sarebbe, secondo la lettera della norma, d'autorità trasformata in rapporto di lavoro subordinato sia contro la volontà delle parti, che contro un'eventuale evidenza oggettiva delle modalità di svolgimento del rapporto, la norma infatti dice «sono considerati» e non «si presume che siano».

Una conferma in tal senso sarebbe fornita dal diverso tenore letterale del comma uno rispetto al comma due dell'art. 69: ai sensi del comma uno i rapporti di collaborazione instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto o programma o fase di esso, «si considerano» rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato; mentre ai sensi del comma due, qualora venga accertata dal giudice la subordinazione, il rapporto «si trasforma» in rapporto di lavoro subordinato, si verserebbe insomma in una ipotesi di conversione del contratto. La giurisprudenza di merito sino ad oggi pronunciatasi preferisce tuttavia configurare la presunzione di rapporto di lavoro subordinato come relativa, pure apparentemente in conflitto con il mero dato letterale della norma, per ragioni di interpretazione sistematica e con la stessa *ratio* della normativa, nonché l'unica costituzionalmente compatibile a fronte del principio dell'indisponibilità del tipo che governa il diritto del lavoro.

La Corte Costituzionale 31 marzo 1994 n. 115[12], richiamando C. Cost. 29 marzo 1993 n. 121[13], ha affermato che «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato[14]. A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato». La giurisprudenza, però, è sempre più restia ad applicare la presunzione di subordinazione (si pensi, da ultimo, alla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha affermato, a proposito dei soci lavoratori delle società cooperative, che bisogna andare ad indagare di volta in volta sulle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro[15]).

---

(12) *Foro it., 1994, I, 2657; in Riv. it. dir. lav., 1995, II, 234 ss.*.

(13) *Foro it*., 1993, I, 2432.

(14) In senso parzialmente contrario, C. cost. 12 febbraio 1996 n. 30. In dottrina, tra gli altri: D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav*., 1991, 456; Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema di diritto del lavoro*, ivi, 489; Scognamiglio R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav*., 2001, I, 95.

(15) Cfr. Cass. Civ. SS.UU. 26 luglio 2004, n. 13967 in Rep. Giust. Civ. 2004, voce Previdenza ed Assistenza n. 514 nota (Falcioni), 1112.

In tal senso sembra interpretarsi anche la circolare 8 gennaio 2004 n. 1, del Ministero del lavoro successivamente intervenuta a chiarimento di tale discutibile disposizione ed efficacemente definita «di pentimento[16]», nel senso di configurare una presunzione relativa di subordinazione, che può essere superata dal committente qualora fornisca in giudizio la prova dell'esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo.

ASPETTI CONTRIBUTIVI

Per effetto di quanto stabilito dall'art. 61 comma 1, D.Lgs. 276/2003, i "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personali e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.", sono destinati ad essere affiancati ed in parte sostituiti dalla nuova figura del "lavoro a progetto".

L'obbligo contributivo dei collaboratori a progetto è previsto dell'art. 2 comma 26 della L. 8 agosto 1995 n.335 che estende l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, a "tutti i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui al comma 1, art. 50[17] lett. c-bis del T.U.I.R. (già art. 47, co. 1, lett. c-bis, T.U.I.R.), nonché ai titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui al comma 2, lettera A dell'art. 49 del medesimo testo unico…".

All'entrata in vigore dell'art. 45 del Decreto Legge 30 settembre 2003 n. 269 convertito nella Legge 24/11/2003 n. 326, per i lavoratori a progetto non assicurati presso altre forme di previdenza obbligatorie, l'aliquota contributiva pensionistica per gli iscritti alla gestione separata di cui all'art. 2 co. 26 L. 335/95 era pari a quella prevista per la gestione pensionistica dei commercianti (pari al 18,00%, nell'anno 2005), anche con riferimento all'aliquota aggiuntiva (dell'1%) sulla quota di reddito eccedente il limite della prima fascia di retribuzione pensionabile. Per gli anni successivi era prevista la maggiorazione dello 0,20% di cui all'art. 59 co. 15 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, fino al raggiungimento dell'aliquota di 19 punti percentuali (circ. INPS n. 27/2004).

Con il passare degli anni ed osservando il concreto operare della norma il legislatore sembra aver avvicinato il contratto a progetto al lavoro subordinato estendendo una parte delle tutele proprie di quest'ultimo ed elevando l'onere contributivo.

---

(16) Cfr. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Padova 2005, 26; Id., *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 293 ss., mentre di circolare «pompiere» si parla in Pedrazzoli, *Lo sventurato caso del lavoro occasionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, 240.

(17) Stabilisce l'art. 50 comma 1, *lett. c-bis*, TUIR, che sono assimilabili ai redditi da lavoro dipendente (tra l'altro) le somme ed i valori "*percepiti in relazione ad altri rapporti di collaborazione aventi ad oggetto la prestazione di attività svolte senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periodica prestabilita, semprechè gli uffici e le collaborazioni non rientrino nei compiti istituzionali compresi nell'attività di lavoro dipendente di cui all'art. 49, comma 1, concernente redditi di lavoro dipendente, o nell'oggetto dell'arte o della professione di cui all'art. 53, comma 1, concernente redditi di lavoro autonomo, esercitate dal contribuente*".

La legge 24 dicembre 2007, n. 247, all'articolo 1, co. 79 ha stabilito, a partire dal 1° gennaio 2008, l'aumento delle aliquote contributive pensionistiche e di computo per tutti gli iscritti alla Gestione separata, così disponendo: "*Con riferimento agli iscritti alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, che non risultino assicurati presso altre forme obbligatorie, l'aliquota contributiva pensionistica e la relativa aliquota contributiva per il computo delle prestazioni pensionistiche è stabilita in misura pari al 24 per cento per l'anno 2008, in misura pari al 25 per cento per l'anno 2009 e in misura pari al 26 per cento a decorrere dall'anno 2010. Con effetto dal 1º gennaio 2008 per i rimanenti iscritti alla predetta gestione l'aliquota contributiva pensionistica e la relativa aliquota contributiva per il computo delle prestazioni pensionistiche sono stabilite in misura pari a 17 per cento*".

I collaboratori a progetto sono poi tenuti ai sensi dell'art. 59, co. 16 L. n. 449/1997, al pagamento di una aliquota aggiuntiva per finanziare i fondi assicurativi di maternità, assegni per il nucleo familiare, alla degenza ospedaliera e, per determinate categorie, malattia[18].

La lettura della norma sembra aver distinto da un punto di vista assicurativo e previdenziale i collaboratori che hanno come unica attività la collaborazione a progetto che determina la loro unica forma assicurativa e quelli che hanno un'altra attività principale per la quale godono di assicurazione previdenziale e che svolgono la collaborazione come attività secondaria.

Per i primi l'aliquota contributiva è notevolmente aumentata (26% per l'anno 2010) e si avvicina sempre più a quella media del lavoro subordinato(33%), per gli altri (17%) è rimasta simile ed addirittura inferiore a quella dei lavoratori autonomi (20-21%).

Detta distinzione sparisce nel momento in cui si va a ripartire l'onere contributivo dal lato interno in quanto seguendo il criterio enunciato dall'art. 2115 II co. cod. civ., impone ad esclusivo carico del committente l'obbligo di adempiere l'obbligazione contributiva, che si ripartisce (nel rapporto interno) nella misura di un terzo a carico del collaboratore - destinatario finale dei benefici previdenziali - e di due terzi a carico del committente, anche con riferimento all'aliquota aggiuntiva di cui alla citata L. n. 438/1992.

Detta ripartizione richiama alla mente la tutela previdenziale più del rapporto di lavoro subordinato, che del lavoro autonomo, così come quella del versamento dell'intera contribuzione all'Istituto previdenziale, anche per la quota di spettanza del collaboratore.

Richiamate le considerazioni più sopra svolte riguardo il requisito della forma scritta, che la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie richiedono solo ai fini della prova, l'INPS dovrà perciò procedere all'iscrizione del collaboratore a progetto nella Gestione Separata, in base alla presentazione di una domanda facente riferimento ad un contratto di collaborazione a progetto anche solo verbale.

In assenza di un documento che attesti l'esistenza del contratto di lavoro a progetto, l'Istituto di Previdenza non potrà quindi effettuare alcun controllo, nemmeno formale, del contratto che dà luogo a quell'iscrizione. Non potrà cioé nemmeno verificare se il

(18) Circ. n. 8 del 17 gennaio 2008 in www.inps.it.

contratto abbia tutti i requisiti normativamente previsti, se l'oggetto del contratto sia coincidente con l'oggetto sociale, se vi sia pluralità di contratti con lo stesso oggetto, se i contratti siano standardizzati.

L'assenza di forma scritta, se da una parte renderà sostanzialmente impossibile per l'INPS alcun controllo al momento dell'iscrizione, produrrà un vantaggio probatorio per l'Istituto in fase di verifica dello svolgimento del rapporto di lavoro. L'Ente Previdenziale potrà cioé provare con ogni mezzo l'esistenza di un rapporto di lavoro diverso rispetto a quello di collaborazione a progetto.

In assenza di uno specifico progetto o programma di lavoro, ai sensi dell'art. 69 D.Lgs. 276/2003, i rapporti di collaborazione a progetto sono considerati rapporti di lavoro subordinati dal momento della costituzione degli stessi.

In presenza di progetto o programma di lavoro generico o standardizzato o comunque illegittimo, che costituisce la causa del contratto di lavoro e ne informa il contenuto - essendo gli altri elementi modalità di attuazione dello stesso - ci si chiede se possa scattare in qualche maniera una presunzione di subordinazione del collaboratore o se invece di volta in volta l'ente previdenziale debba andare a provare l'esistenza degli elementi tipici del lavoro autonomo o di quello subordinato.

Seguire l'una o l'altra soluzione è di notevole rilevanza a livello di tutela previdenziale. La prima soluzione sarebbe sicuramente più agevole per l'ente previdenziale, perché lo solleverebbe dall'onere probatorio ed assicurerebbe una tutela maggiore al lavoratore, sanzionando il committente. La giurisprudenza, però, è sempre più restia ad applicare la presunzione di subordinazione (si pensi, da ultimo, alla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha affermato, a proposito dei soci lavoratori delle società cooperative, che bisogna andare ad indagare di volta in volta sulle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro[19]).

La seconda soluzione da una parte importa una indagine fattuale notevolmente più gravosa per il terzo, ente pubblico assicuratore, in quanto di volta in volta dovrà andare ad indagare sulla volontà e sul comportamento effettivi delle parti, sia nel momento genetico che nel momento attuativo del rapporto. Si tratta, in realtà, di compito non facile, dal momento che il potere di coordinamento del committente altro non è che l'aspetto dinamico del diritto di determinazione unilaterale del progetto e del risultato finale, potere che non è incompatibile né con la natura autonoma né con quella subordinata del rapporto, variando soltanto l'intensità di esercizio dello stesso.

Dal punto di vista dell'INPS, se da una parte la prima soluzione agevola notevolmente il compito probatorio ed importa automaticamente l'iscrizione dei lavoratori nell'AGO (Assicurazione Generale Obbligatoria) qualificandoli come subordinati e costringendo il committente a pagare un'aliquota contributiva maggiore, dall'altra espone l'ente al rischio dell'accredito dei contributi ai lavoratori anche in caso d'insolvenza del datore di lavoro, oltre che ad erogare, eventualmente, tutte le prestazioni previste per i lavoratori subordinati.

---

(19) Cfr. Cass. Civ. SS.UU. 26 luglio 2004, n. 13967 in Rep. Giust. Civ. 2004, voce Previdenza ed Assistenza n. 514 nota (Falcioni), p. 1112. (22) Cass. Civile - sez. lav -, 7 luglio 2004, n. 12509, in Rep.

Più garantista, anche se più ardua sul piano probatorio per l'Istituto, appare la seconda soluzione, che, a seconda delle risultanze fattuali, importerà di volta in volta l'iscrizione nella gestione lavoratori dipendenti o autonomi (artigiani o commercianti) ed assoggetterà le parti alle aliquote contributive ed alle tutele proprie delle relative gestioni.

Sembra a questo punto interessante andare ad esaminare i limiti probatori che le parti ed il terzo, ente pubblico, incontrano in carenza di documento che provi l'esistenza di un contratto di collaborazione a progetto.

La dottrina, che pure esprime convinzioni contrastanti riguardo la necessità dell'esistenza di un documento scritto nel momento genetico del rapporto, è concorde nel sostenere che il documento stesso è necessario solo *ad probationem* riguardo la fase dello svolgimento del rapporto di lavoro e quella della verifica degli elementi previsti dall'art. 62, II co., D.Lgs. 276/2003.

Ci si chiede, in particolare, nel caso in cui manchi la prova documentale del progetto o programma di lavoro o fasi di esso o uno dei requisiti essenziali del contratto di co.co.pro. normativamente previsti, quali siano i limiti di prova esistenti nei confronti del terzo, ente previdenziale. In assenza di prova documentale i contraenti infatti saranno soggetti alla disciplina dell'art. 2725 c.c., cioè non potranno dare prova testimoniale delle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro, eccettuato il caso disciplinato dal comma 3 dell'art. 2724 c.c., (perdita incolpevole del documento che ne forniva la prova), né mediante presunzioni (2729 secondo comma c.c.). La Corte di Cassazione ha infatti ribadito in molteplici pronunce[20] che il divieto in materia di prova testimoniale sull'esistenza di un negozio giuridico per il quale è richiesto l'atto scritto *ad probationem* opera solo tra le parti contraenti e non anche nei confronti del terzo. L'Istituto previdenziale è quindi libero di assolvere l'onere probatorio riguardante le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro con ogni mezzo, così come puntualmente verificatosi nella prassi, offrendo al giudice ogni indizio e prova utili a fondare il suo libero convincimento. Ulteriore elemento caratterizzante della fattispecie del contratto a progetto è la temporaneità della prestazione. Autorevole dottrina[21] ha sostenuto che "All'ispettorato del lavoro e all'Inps, nella grande maggioranza dei casi, non sarà più necessario esperire costose e difficoltose ispezioni per accertare il difetto della subordinazione, accollandosi l'onere della *probatio* diabolica circa l'effettivo assoggettamento pieno della prestazione al potere direttivo e di controllo del creditore:

---

(20) Cfr. Cass. Civ. - sez. lav. - 6 novembre 2002, n. 15591, in Rep. Foro It. 2002, voci :Cass. Civ. 111, Prova testimoniale 7, oppure in Rep. Giust. Civ., voce prova testimoniale civ. n. 4, 4429; Cass. Civ. - sez. lav. - 8 settembre 1999, n. 9549, in Rep. Foro It. 1999, voci: Previdenza sociale 184, Prova testimoniale 13, oppure in Rep. Giust. Civ. 1999, voce previdenza e assistenza, (assicurazioni sociali) 523, 3586, e prova testimoniale civile 4, p. 3807; Cass. Civ., sez. lav., 9 ottobre 1996, n. 8838, in Rep. Foro It. 1996, voce Prova testimoniale 16; tutte per esteso in *www.iuritalia.it*.

(21) P. Ichino *L'anima laburista della legge Biagi*. *Subordinazione e «Dipendenza» nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*. *(*Relazione al Convegno del Centro nazionale studi di diritto del lavoro «Domenico Napoletano» sul tema «Nuovi lavori e tutele», Napoli, 28-29 gennaio 2005.in Giust. civ. 2005, 04, 131*)*.

basterà - senza necessità di accesso degli ispettori ai luoghi di lavoro - rilevare dai tabulati relativi all'imposta sui redditi o alla contribuzione previdenziale il protrarsi di un rapporto di collaborazione per un tempo relativamente lungo, che consentirà di contestare il difetto della delimitazione temporale e produttiva della collaborazione ai soggetti interessati. Dopodiché spetterà a questi ultimi dimostrare che, invece, la collaborazione corrispondeva a un «progetto» o «programma» ben specifico, ovvero a un interesse aziendale ben individuato e temporalmente circoscritto. E nella grande maggior parte dei casi (es. nel caso del redattore o correttore di bozze di casa editrice, del merchandiser operante nei supermercati, del custode o portiere, del telefonista di call center, del pony express, del contabile, del tecnico informatico, dell'insegnante di scuola privata, dell'infermiere operante in una casa di cura, dell'accompagnatore di persone anziane ecc.), questa dimostrazione risulterà difficilissima, se non impossibile".

"Quando dai tabulati fiscali e previdenziali risulterà che la collaborazione è durata due o tre anni (essendosi svolta in molti casi per anni anche da prima della riforma) e l'Inps - senza bisogno di ispezioni - ne chiederà conto con una raffica di contestazioni, o cominceranno a fioccare le impugnazioni individuali davanti ai giudici del lavoro, alle imprese servirà ben poco trincerarsi dietro il fatto che il collaboratore abbia aperto una propria posizione Iva ed emesso regolarmente fattura per ciascuna rata del compenso: l'assoggettamento dei corrispettivi all'Iva non muta la natura sostanziale della prestazione lavorativa dedotta in contratto ed effettivamente svolta. È in riferimento a quest'ultima, non certo in riferimento alle modalità di pagamento della retribuzione che il rapporto deve essere e verrà qualificato dal giudice. Parimenti, sarà difficilissimo all'impresa sostenere con successo che il lavoro svolto per anni dall'addetto al call center, dal pony-express, dal merchandiser, dal correttore di bozze, dal redattore, dal tecnico informatico, o dal contabile, risponda davvero, come la legge richiede, a un interesse produttivo temporalmente circoscritto, con una sua data di inizio e una data finale non inventate a tavolino".

Nel caso di riqualificazione del contratto di lavoro da collaborazione a progetto a rapporto di lavoro subordinato, il problema che si pone all'ente previdenziale, nel silenzio della legge, è se e come considerare i versamenti contributivi già effettuati alla Gestione Separata, ex art. 26 co. 2 della L. 335/95. La soluzione che la sentenza in epigrafe ha adottato è quella di parziale compensazione fondata sull'interpretazione analogica dell'art. 116 co. 20 della L. 388/00 che dispone che "il pagamento della contribuzione previdenziale, effettuato in buona fede ad un ente previdenziale pubblico diverso dal titolare, ha effetto liberatorio nei confronti del contribuente. Conseguentemente, l'ente che ha ricevuto il pagamento dovrà provvedere al trasferimento delle somme incassate, senza l'aggravio di interessi all'Ente titolare della contribuzione". La soluzione accolta non appare convincente, in quanto le obbligazioni contributive nascenti da collaborazione a progetto e da lavoro subordinato hanno aliquote differenti e gravano in misura diversa sugli obbligati.

Se si accogliesse l'eccezione di compensazione parziale, l'addebito contributivo potrebbe essere formulato calcolando l'intera contribuzione dovuta, in relazione ad imponibili e scadenze previste per il lavoro dipendente, imputando però a titolo di contributi gli importi già versati nella Gestione Separata e calcolando sulla restante

somma le relative somme aggiuntive e sanzioni.

La soluzione testé prospettata, che considererebbe i versamenti effettuati nella gestione separata come adempimenti parziali nella gestione lavoratori dipendenti e prevederebbe l'applicazione delle sanzioni calcolate con la normativa più favorevole dell'omissione e non con quella più afflittiva dell'evasione, appare sicuramente la più favorevole per il datore di lavoro.

Dalla parte del collaboratore a progetto, poi riconosciuto come dipendente, si porrebbero invece dei problemi. Non bisogna dimenticare che il co.co.pro. sopporta infatti un onere contributivo pari ad un terzo dell'intera aliquota prevista per la gestione separata e quindi sopporta un onere maggiore rispetto alla quota contributiva a carico del lavoratore dipendente.

In questo caso l'INPS può sicuramente provvedere a rimborsare al lavoratore l'importo contributivo versato eccedente la quota a carico del lavoratore subordinato, addebitando la differenza al datore di lavoro.

Ci si chiede però se sia prospettabile un'altra soluzione, ossia che il lavoratore presenti all'INPS una rinuncia alla restituzione, concordata con il suo datore di lavoro, il quale potrebbe così avvalersi dell'adempimento del lavoratore, configurabile come adempimento del terzo, per vedersi calcolato un addebito contributivo minore e produttivo di sanzioni in misura più ridotta.

In questo caso il datore di lavoro potrebbe anche aver interesse a rifondere la parte contributiva pagata in eccedenza dal lavoratore, magari maggiorata degli interessi, al fine di vedersi applicato il regime sanzionatorio su un capitale di minore importo.

Dal punto di vista del regime sanzionatorio il datore di lavoro dovrebbe pagare la maggiorazione prevista come omissione e non potrebbe invocare l'erronea interpretazione di norme. L'incertezza della qualificazione del rapporto di lavoro riguarda infatti elementi di fatto e non di diritto e come tali inescusabili.

Qualora il presunto co.co.pro. fosse invece successivamente qualificato lavoratore autonomo, stante la sostanziale identità di aliquote innanzi evidenziata, l'INPS al più dovrebbe rimborsare i due terzi della contribuzione al committente e richiederne il pagamento al lavoratore, unitamente delle sanzioni previste per ritardato versamento.

Anche in questo caso sarebbe ipotizzabile una compensazione tra committente e lavoratore. Sarebbe ora, però, il datore di lavoro a dover convenire una rinuncia alla restituzione concordata con il suo collaboratore, risultato in realtà lavoratore autonomo.

Le strade sin qui ipotizzate sarebbero astrattamente percorribili.

L'incidenza satisfattiva dei pagamenti eseguiti da terzi, ai sensi dell'art. 1180 co. 1 c.c., senza che abbia rilevanza la consapevolezza dell'altruità del debito, è ammessa espressamente dalla Corte di Cassazione[22] in materia di interposizione fittizia di manodopera. Il Supremo Collegio ha, infatti, affermato che, nell'ipotesi di pagamento di indebito da un punto di vista

---

(22) Cass. Civile - sez. lav -, 7 luglio 2004, n. 12509 in Rep. Giust. Civ. 2004, voci: rapporto di lavoro, intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro n.701, 3341, Previdenza e assistenza, contributi assicurativi, n.510,.4190; per esteso in *www.iuritalia.it*

soggettivo, il coordinamento tra gli artt. 1180 e 2036 c.c. porta a ritenere che sia qualificabile come pagamento di debito altrui, ai fini della rilevata efficacia estintiva dell'obbligazione (con le condizioni di cui al comma 3 dell'art. 2036), anche il pagamento effettuato per errore.

Dette soluzioni sarebbero peraltro favorevoli anche all'ente previdenziale dal momento che lo stesso rimarrebbe almeno parzialmente al riparo dalla possibile insolvenza del datore di lavoro ed al conseguente rischio di dover accreditare al lavoratore una contribuzione, anche in assenza dei relativi versamenti.

Marcella Cataldi
Avvocato INPS

PREAVVISO NON LAVORATO ED INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE*

Sommario: 1. - Anzianità contributiva e periodo lavorato nelle indennità di disoccupazione. 2. - Gli effetti del preavviso sul rapporto di lavoro: la tesi della c.d. "efficacia reale". 3. - Il superamento della tesi dell'efficacia "reale" del preavviso, e la sua influenza sulle prestazioni in favore dei lavoratori disoccupati. 4. - Irrilevanza della soggezione alla contribuzione previdenziale dell'indennità di mancato preavviso.

1.- Anzianità contributiva e periodo lavorato nelle indennità di disoccupazione

Nel sistema previdenziale italiano la tutela contro la disoccupazione si caratterizza per essere rivolta non nei confronti della generalità degli inoccupati, ma soltanto in favore di coloro i quali abbiano già avuto un rapporto di lavoro, e lo abbiano incolpevolmente perduto[1]. Soltanto a tali soggetti viene riconosciuto il diritto a percepire, per un periodo di tempo più o meno lungo, un trattamento economico, che soltanto negli ultimi anni ha raggiunto un importo tale da consentire il raggiungimento della finalità di sostegno al reddito per la quale era stato introdotto[2].

Già l'art. 74 del R.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, aveva previsto che l'indennità giornaliera di disoccupazione spettasse soltanto al lavoratore per il quale risultavano versati contributi per almeno quarantotto settimane nel biennio precedente alla data di inizio della disoccupazione. Secondo il successivo art. 75 l'indennità veniva corrisposta in misura diversa, in relazione al numero di settimane di contribuzione versata. Il periodo coperto da contribuzione acquisiva inoltre rilievo nel caso in cui il lavoratore, dopo un periodo di occupazione, avesse nuovamente perduto il lavoro, al fine di determinare se ed in che misura potesse essere nuovamente erogata la prestazione.

L'art. 19 del R.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, ha mutato la disciplina originaria dell'istituto, richiedendo, per la concessione del trattamento di disoccupazione ordinaria, che sussista un duplice requisito[3].

E' innanzitutto necessario che alla data di cessazione del rapporto di lavoro

---

* Nota a Cass., Sez. Lav., 16.06.2009 n. 13959, pubblicata in questa Rivista n. 2/2009, pag. 441.

(1) Cfr. M. CINELLI, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione,* Milano, Franco Angeli, 1982; G. BALANDI, *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell'ordinamento italiano,* Milano, Giuffrè, 1984; G. BALANDI – S. RENGA, *Disoccupazione nel diritto della sicurezza sociale,* in *Dig. disc. priv. sez. comm.,* V, Torino, Utet, 1990, 42; E. BALLETTI, *Disoccupazione e lavoro. Profili giuridici della tutela del reddito,* Torino, Giappichelli, 2000.

(2) Cfr. F. LISO, *I trattamenti di disoccupazione. Riflessioni critiche,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1995, I, 339; A. ANDREONI, *Indennità di disoccupazione, sentenze autoapplicative e criteri di rivalutazione,* in *Riv. giur. lav.,* 1991, III, 177.

(3) Cfr. Cass. sez. lav., 3 maggio 1984, n. 2964.

l'interessato possa fare valere almeno due anni di iscrizione nell'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione (requisito del minimo assicurativo).

Si richiede inoltre che nel biennio immediatamente precedente l'inizio del periodo di disoccupazione sia stata versata la contribuzione per almeno un anno (requisito del minimo contributivo), vale a dire cinquantadue settimane. Invero l'art. 34 del R.d.l. 636 del 1939 ha limitato al periodo precedente alla sua entrata in vigore l'equiparazione del pagamento per quarantotto settimane ad un anno di contribuzione.

Il biennio entro cui deve sussistere il versamento per un anno dei contributi non coincide necessariamente con quello richiesto per il minimo assicurativo. Il lavoratore può dunque fare valere per il conseguimento del diritto all'indennità anche periodi precedenti all'ultimo biennio, a condizione che almeno un anno del periodo complessivo (che deve essere pari ad almeno due anni) si collochi temporalmente nell'ultimo biennio.

L'art. 27 del R.d.l. 636 del 1939 applica all'istituto in esame il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali[4] (senza alcun limite relativo alla eventuale prescrizione dei contributi maturati), disponendo che "il requisito di contribuzione stabilito per il diritto alle prestazioni dell'assicurazione … per la disoccupazione si intende verificato anche quando i contributi non siano stati effettivamente versati, ma risultino dovuti" in forza delle disposizioni di legge. Anche se dunque il datore di lavoro - su cui grava interamente l'obbligo contributivo per il finanziamento delle prestazioni per la disoccupazione, ai sensi dell'art. 2 del D. lgs. lgt. 2 aprile 1946, n. 142 - non abbia provveduto ad adempiere le proprie obbligazioni, il lavoratore che possa vantare il requisito di anzianità contributiva previsto dalla legge può tuttavia accedere al trattamento previdenziale.

L'art. 7, c. 3 del d.l. 21 marzo 1988, n. 86, conv. in l. 20 maggio 1988, n. 160, ha poi introdotto un'ulteriore ipotesi di tutela per i soggetti che siano stati espulsi dal circuito produttivo. In particolare la norma riconosce il diritto ad un'indennità anche ai lavoratori che non abbiano raggiunto il requisito delle cinquantadue settimane di contribuzione nell'ultimo biennio. Occorre tuttavia che questi, nel corso dell'anno solare (vale a dire nel periodo di 365 giorni)[5] precedente la domanda, abbiano svolto almeno settantotto giornate di lavoro. Per il raggiungimento di questo requisito vanno computate anche le festività, i giorni di riposo, e le giornate di assenza indennizzate[6]. Per accedere al trattamento i lavoratori devono essere inoltre assicurati da almeno due anni (devono cioè avere almeno un contributo settimanale comprensivo di quota di disoccupazione versato prima del biennio solare precedente l'anno di presentazione della domanda).

Oltre alla differenze relative ai requisiti per l'accesso, tra i due trattamenti sussistono rilevanti diversità nella quantificazione della prestazione dovuta. Infatti l'indennità di disoccupazione ordinaria viene calcolata per i primi sei mesi nella misura del 60% della media della retribuzione mensile dei tre mesi precedenti la cessazione del rapporto,

(4) Cfr. M. MISCIONE, *L'automaticità delle prestazioni,* in *Lav. dir.,* 1987, 355.
(5) Cfr. Cass. sez. lav., 13 settembre 2002, n. 13396, in *Gius,* 2003, 2, 179; Cass. sez. lav., 1 giugno 1992, n. 6599.
(6) Cfr. Cass. sez. lav., 27 novembre 1995, n. 12260.

che diminuisce al 50% per il settimo e l'ottavo mese, ed al 40% per i mesi successivi (nei quali l'indennità può essere erogata soltanto ai dipendenti di età pari o superiore a cinquanta anni), entro un importo massimo mensile lordo stabilito per legge[7].

Dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, c. 26 della l. 24 dicembre 2007, n. 247, l'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti spetta invece normalmente per un numero di giornate pari a quelle effettivamente lavorate nell'anno precedente, e comunque non superiore "alla differenza tra il numero 360, diminuito delle giornate di trattamento di disoccupazione eventualmente goduto, e quello delle giornate di lavoro prestate". Il lavoratore può dunque ottenere l'indennità per un massimo di 180 giornate, a fronte di un periodo lavorativo di pari durata. Qualora abbia prestato la sua opera per un numero superiore di giorni, la sottrazione di questo al minuendo 360 determinerà sempre una differenza inferiore a 180.

L'importo del trattamento di disoccupazione a requisiti ridotti è inoltre determinato in una misura mensile inferiore rispetto alla disoccupazione ordinaria, ed è pari al 35% della retribuzione media giornaliera per i primi 120 giorni e al 40% per i giorni successivi, entro un massimo mensile lordo leggermente inferiore a quello previsto per la disoccupazione ordinaria[8].

La nozione di "anno di contribuzione" di cui all'art. 19, c. 1, del R.d.l. 636 del 1939, e quello di "giornate lavorate" di cui all'art. 1, c. 26, della l. 247 del 2007 (che riprende sul punto l'espressione già contenuta nell'art. 7, c. 3 della l. 160 del 1988) assume dunque un valore essenziale ai fini dell'accesso ai trattamenti sopra indicati. Occorre infatti comprendere se le diverse dizioni impiegate dal legislatore possano essere ritenute equivalenti, e se le stesse consentano di computare ai fini del raggiungimento del requisito legalmente richiesto anche periodi durante i quali il lavoratore non presti la sua opera.

2. - Gli effetti del preavviso sul rapporto di lavoro: la tesi della c.d. "efficacia reale"

La sentenza in esame ha ad oggetto il caso di una lavoratrice alla quale l'INPS aveva riconosciuto il diritto alla disoccupazione a requisiti ridotti, in quanto non aveva raggiunto il limite di un anno di contribuzione nel biennio precedente, ma soltanto quello delle settantotto giornate lavorate. La ricorrente chiedeva che venisse preso in considerazione anche il periodo di preavviso non lavorato, in modo da raggiungere il requisito richiesto dalla legge.

Va qui ricordato che l'art. 2118 c.c. impone alla parte che intende recedere da

---

(7) Con la circolare INPS n. 11 del 27 gennaio 2009 l'importo è stato determinato nella misura di € 886,31, elevato a € 1.065,26 per i lavoratori che possono far valere una retribuzione mensile lorda superiore a € 1.917,48.

(8) Pari per l'anno 2008, secondo la circolare citata alla nota precedente, ad un importo massimo mensile lordo di 858,58 €, elevato a 1.031,93 € per i lavoratori che hanno una retribuzione lorda mensile superiore a 1.857,48 €.

un contratto di lavoro di comunicare la propria volontà dando un preavviso[9]. Questo potrà indicare come momento della cessazione del rapporto una data precisa, ovvero un evento futuro la cui realizzazione sia certa, a condizione che la durata del preavviso non sia inferiore a quella dovuta[10]. Il mancato rispetto di tale regola non determina però l'invalidità dell'atto, ma obbliga il soggetto inadempiente a corrispondere "un'indennità equivalente alla retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso" [11].

L'obbligo di dare il preavviso non sussiste soltanto qualora la parte (datore di lavoro o lavoratore) receda per giusta causa. L'indennità sostitutiva spetta però al lavoratore dimissionario per giusta causa, mentre eguale trattamento non è riconosciuto al datore di lavoro che licenzi il dipendente per tale ragione.

Il preavviso è invece dovuto qualora il licenziamento sia fondato su un giustificato motivo soggettivo o oggettivo, ovvero sia comunicato all'esito di una procedura di mobilità, come previsto dall'art. 4, c. 9 della l. 23 luglio 1991, n. 223. Vi sono inoltre ipotesi previste dalla legge[12] e dalla contrattazione collettiva[13] nelle quali il lavoratore, pur mancando una giusta causa di recesso, acquisisce il diritto all'indennità di mancato preavviso, che assume quindi una valenza esclusivamente assistenziale[14].

Qualora non sia corrisposta alcuna indennità sostitutiva, ed il rapporto di lavoro prosegua dopo la comunicazione del recesso, entrambe le parti devono continuare ad adempiere le rispettive obbligazioni, fino a quando la scadenza del termine di preavviso determinerà la cessazione degli effetti del contratto. Il lavoratore è dunque tenuto ad eseguire la prestazione lavorativa nei termini normalmente previsti, nonché al rispetto degli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà discendenti dal rapporto di lavoro[15]. Il datore di lavoro deve corrispondere la relativa retribuzione, sulla quale è tenuto al versamento dei contributi per il finanziamento degli istituti di previdenza sociale.

Più complessa è la questione nel caso in cui il datore di lavoro licenzi il dipendente esonerandolo dal prestare la sua opera durante il periodo di preavviso, e liquidando immediatamente l'indennità sostitutiva.

Invero, secondo un'opinione largamente diffusa, nel contratto di lavoro subordinato il preavviso non costituirebbe, a differenza di quanto accade ad esempio nel contratto di

---

(9) Cfr. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro,* I, Milano, Giuffrè, 1962, 287; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro,* III, Milano, Giuffrè, 2003, 425.

(10) Cfr. Cass. sez. lav., 9 giugno 1994, n. 5596, in *Mass. giur. lav.,* 1994, 610, che precisa come la parte che subisce il recesso, una volta decorso il termine previsto dalla legge o dalla contrattazione collettiva, possa interrompere comunque il rapporto.

(11) Cfr. Cass. sez. lav., 20 marzo 2000, n. 3271, in *Riv. it. dir. lav.,* 2001, II, 139, con nota di M. BORZAGA, *Indennità di preavviso e licenziamento collettivo*.

(12) Cfr. Cass. sez. lav., 19 agosto 2000, n. 10994, in *Mass. giur. lav.,* 2001, 58, con nota di D. GOTTARDI, *La tutela economica delle dimissioni durante la gravidanza e il primo anno di vita del figlio. Quali condizioni?*

(13) Cfr. M. PEDRAZZOLI, *La "clausola di coscienza" a favore del giornalista e la sua evoluzione,* in *Giur. it.,* 1977, I, 2, 89.

(14) Cfr. A. LEVI, *Preavviso non lavorato e risarcimento dei danni,* in *Dir. lav.,* 2002, I. 426.

(15) Cfr. Cass. sez. lav., 23 luglio 2004, n. 13883, in *Not. giur. lav.,* 2005, 111.

agenzia, l'oggetto principale di un'obbligazione con facoltà alternativa, vale a dire una prestazione che il recedente potrebbe fare a meno di eseguire[16], corrispondendo in sua vece l'indennità sostitutiva. Sarebbe invece un elemento inerente alla struttura legale del recesso, e regolerebbe il tempo della produzione della tipica efficacia estintiva del rapporto, indipendentemente dalla volontà del suo autore[17]. Il contratto di lavoro, una volta comunicato il recesso, proseguirebbe dunque in ogni caso fino alla scadenza del termine di preavviso, indipendentemente dalla volontà della parte recedente[18].

Questa tesi, a lungo prevalente in giurisprudenza[19], ha trovato il sostegno della dottrina che per prima si è occupata in modo approfondito della questione del recesso[20]. Infatti l'art. 2118 c.c. proteggerebbe esclusivamente il lavoratore, al quale verrebbe garantita una forma di risarcimento predeterminato del danno, che sarebbe invece esclusa per l'altra parte del contratto. In altri termini, mentre per il datore di lavoro inadempiente vi sarebbe l'obbligo di versare una somma di importo predeterminato, il lavoratore che receda senza preavviso sarebbe tenuto esclusivamente al risarcimento dei danni arrecati alla controparte con il suo comportamento.

La determinazione di questi non potrebbe però avvenire sulla base dell'art. 2118 c.c., bensì secondo le regole generali del diritto dei contratti. Diversamente si dovrebbe "ritenere il lavoratore obbligato a pagare una somma tanto maggiore, quanto più alto è il costo della vita all'epoca delle sue dimissioni, e quanto più grave è il carico familiare che egli sopporta"[21], dato che della retribuzione facevano parte all'epoca l'indennità di contingenza e le "aggiunte di famiglia". Elementi a favore di tale tesi vengono poi rinvenuti nel fatto che non esiste una perfetta corrispondenza tra la posizione delle due parti del rapporto, in quanto l'art. 2119 c.c. riconosce al solo lavoratore (e non anche al datore di lavoro) il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso, qualora egli receda per giusta causa.

L'indennità in esame sarebbe dunque un obbligo a carico esclusivamente della parte datoriale, e costituirebbe un'applicazione specifica del principio della *mora accipiendi*. Il datore di lavoro non potrebbe dunque rifiutare la prestazione lavorativa offerta, per cui il preavviso assumerebbe natura "reale", e determinerebbe la giuridica prosecuzione del rapporto di lavoro. Sarebbe dunque applicabile al lavoratore, anche dopo la comunicazione del licenziamento ed il versamento dell'indennità sostitutiva, una successiva disciplina legale o collettiva che introduca nuovi diritti, ovvero preveda una più favorevole disciplina di istituti esistenti.

---

(16) Cfr. G. GHEZZI, *Recesso dal rapporto di agenzia e recesso dal rapporto di lavoro subordinato: problemi generali,* in *Dir. lav.,* 1967, I, 383.

(17) Cfr. G. GHEZZI – U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro,* 3° ed., Bologna, Zanichelli, 1995, 330.

(18) Cfr. fra molte Cass. sez. lav., 21 luglio 1984, n. 4301, in *Not. giur. lav.,* 1984, 601; Cass. sez. lav., 2 novembre 2001, n. 13580, in *Not. giur. lav.,* 2002, 81; Cass. sez. lav., 30 agosto 2004, n. 17334, in *Dir. prat. lav.,* 2005, 717.

(19) Cfr. già Cass. 23 agosto 1949, n. 2401, in *Dir. lav.,* 1950, II, 21; Cass. 3 febbraio 1950, n. 282, in *Giur. it.,* 1950, I, 1, 914.

(20) Cfr. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale, cit.,* 323.

(21) Cfr. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale, cit.,* 331.

Il rapporto di lavoro si interromperebbe immediatamente soltanto qualora la parte che subisce il recesso rinunziasse a godere del periodo di preavviso, accettando in sua vece di percepire l'indennità sostitutiva[22]. Si realizzerebbe in questo modo una deroga alla regola generale di cui all'art. 2118 c.c., attraverso la pattuizione dell'esonero immediato dagli obblighi relativi alle reciproche prestazioni.

Secondo la tesi prevalente l'accettazione dell'interruzione immediata potrebbe risultare non soltanto da un esplicito accordo tra le parti, ma anche da comportamenti concludenti, tra cui assume particolare rilievo la ricezione dell'indennità sostitutiva del preavviso, senza alcuna osservazione o riserva[23].

Si è al riguardo ritenuto che il lavoratore al quale, unitamente alla comunicazione dell'immediata cessazione del rapporto di lavoro, venga offerta l'indennità sostitutiva del preavviso, avrebbe l'onere di dichiarare espressamente la propria volontà di non rinunziare alla prosecuzione giuridica del rapporto. Non sarebbe sufficiente a questo scopo una generica riserva relativa ad eventuali diritti futuri, discendenti anche dal rinnovo del contratto di lavoro, ma sarebbe necessario un esplicito riferimento al diritto a continuare l'attività durante il preavviso[24].

Alcuni contratti collettivi dispongono inoltre che il rapporto cessi con effetto immediato, e con corresponsione dell'indennità sostitutiva. Tali clausole sono ritenute valide[25], in quanto l'art. 2118 c.c. non prevede un diritto indisponibile a lavorare durante il preavviso, ma consente alle parti di concordare l'immediata cessazione del rapporto. Il contratto collettivo, cui le parti hanno manifestato la loro adesione, può dunque prevedere tale effetto in via preventiva, sottraendolo alle mutevoli valutazioni dei destinatari della sua disciplina.

3. - Il superamento della tesi dell'efficacia "reale" del preavviso, e la sua influenza sulle prestazioni in favore dei lavoratori disoccupati

L'efficacia reale del preavviso era stata però considerata giuridicamente priva di fondamento da una parte minoritaria della dottrina[26]. Questa aveva messo in evidenza come il dato normativo fosse stato consapevolmente forzato dalla giurisprudenza, al fine di incrementare le (all'epoca) modeste forme di tutela del lavoratore, consentendogli ad esempio di maturare un periodo di calcolo dell'indennità di anzianità superiore rispetto

---

(22) Cfr. fra molte Cass. sez. lav., 8 maggio 2004, n. 8797, in *Inf. prev.,* 2004, 819; Cass. sez. lav., 25 agosto 1990, n. 8717, in *Inf. prev.,* 1990, 1539.

(23) Cfr. Cass. sez. lav. 22 luglio 1987, n. 6397, in *Or. giur. lav.,* 1987, 1080.

(24) Cfr. Cass. sez. lav., 13 dicembre 1988, n. 6798, in *Giur. it.,* 1989, I, 1, 1890, con nota di A. BELLAVISTA, *Accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva del preavviso*.

(25) Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro, cit*., 428. In giurisprudenza Cass. sez. lav., 13 maggio 1987, n. 4423 e Cass. sez. lav., 7 febbraio 1987, n. 1313, in *Not. giur. lav.,* 1987, 780.

(26) Cfr. G. ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro,* Milano, Giuffrè, 1954, 158; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro,* Milano, Giuffrè, 1980, 49; A. MONTEMARANO, *Indennità sostitutiva del preavviso e cessazione degli effetti contrattuali,* in *Dir. lav.,* 1983, I, 26.

a quello che sarebbe spettato qualora fosse stato possibile interrompere immediatamente il rapporto di lavoro con il pagamento dell'indennità sostitutiva.

La formulazione letterale dell'art. 2118 c.c. infatti è chiara nel porre a carico della parte recedente un'obbligazione alternativa, con facoltà di scelta in capo al debitore (c.d. natura obbligatoria del preavviso). Questi dunque potrebbe consentire al lavoratore di proseguire nello svolgimento dell'attività lavorativa, corrispondendo la relativa retribuzione, ovvero versare la relativa indennità, per il cui calcolo viene indicato un preciso criterio. Con il pagamento di tale somma il rapporto di lavoro si estingue, con la conseguente irrilevanza di qualsiasi evento successivo.

La tesi che attribuisce al preavviso natura esclusivamente obbligatoria è stata accolta dalle più recenti sentenze di legittimità[27], le quali hanno valorizzato, come già l'orientamento minoritario richiamato in precedenza, il contenuto letterale della disposizione[28].

Infatti l'art. 2118 c.c. riconosce ad entrambe le parti il diritto di recedere dal contratto dando il preavviso, e regola le conseguenze dell'inadempimento di tale obbligo (che ricadono su chi recede dal contratto) in modo esaustivo. Non viene però prevista in alcun modo l'invalidità o la temporanea inefficacia del recesso intimato senza preavviso. La norma collega invece al mancato rispetto del termine di preavviso, chiunque ne sia il responsabile, l'obbligo di corrispondere un'indennità, di importo predeterminato, che ne esaurisce il contenuto sanzionatorio.

Conferma tale lettura l'ultimo comma dell'art. 2118 c.c., che pone a carico del datore di lavoro l'indennità di mancato preavviso anche in caso di morte del lavoratore, facendo subentrare nel diritto gli eredi. Ciò attesta "in maniera certa la volontà del legislatore di ricollegare il sorgere del diritto all'indennità di preavviso al momento in cui il rapporto di lavoro cessa di avere una qualsiasi perdurante efficacia; momento coincidente con un evento naturale (morte del prestatore di lavoro) o con un evento negoziale (quale il recesso di una parte del rapporto di lavoro)".

A sostegno di tale conclusione si invoca anche la disciplina vigente all'epoca dell'introduzione della norma, nella quale era evidente "l'intento del legislatore di garantire la libertà dell'individuo da vincoli di soggezione a durata indeterminata, ed in cui si riscontrava … una logica simmetrica tra la costituzione e la cessazione del rapporto di lavoro, nel comune segno della libera determinazione ad opera della volontà delle parti". Infatti, quando il legislatore ha voluto negare che il recesso produca effetti sulla concreta esistenza del rapporto, ha espressamente previsto l'esistenza di un vizio.

---

(27) Cfr. Cass. sez. lav., 21 maggio 2007, n. 11740 (richiamata ampiamente nella sentenza in commento, e da cui sono tratte le citazioni contenute nel testo), in *Riv. it. dir. lav.,* 2008, II, 164, con nota di F. ALVARO, *Sulla natura obbligatoria del preavviso e sugli effetti del pagamento della relativa indennità sostitutiva*; Cass. S.U. 29 novembre 1994, n. 7914, in *Giust. civ.,* 1995, I, 3099, con nota di G. CIMINO, *Problemi di incumulabilità tra Cassa integrazione guadagni straordinaria e indennità sostitutiva del preavviso;* Cass. sez. lav., 11 giugno 2008, n. 15495.

(28) Cfr. Cass. sez. lav., 29 luglio 1999, n. 8256, in *Not. giur. lav.,* 1999, 640; Cass. sez. lav., 19 gennaio 2004, n. 741, in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, II, 640, con nota di M. VINCIERI, *Sulla dubbia natura reale del preavviso in ipotesi di licenziamento di un dirigente di azienda*.

Nel caso in esame invece, come già detto, si è costantemente ritenuto che la mancata concessione del preavviso non alteri in alcun modo l'efficacia del recesso.

Del resto la brillante argomentazione dottrinale a sostegno della natura reale dell'istituto in esame si fonda sulla pretesa applicazione delle modalità di calcolo dell'indennità di mancato preavviso soltanto quando questa sia posta a carico del datore di lavoro. Tale interpretazione però, unita all'asserita natura reale del preavviso, potrebbe avere effetti sfavorevoli per il lavoratore dimissionario. La prosecuzione giuridica del rapporto durante il preavviso comporterebbe infatti la sua responsabilità per eventuali danni subiti dal datore di lavoro in conseguenza della mancata presenza al lavoro, i quali potrebbero – non applicando l'art. 2118 c.c. – eccedere l'importo dell'indennità di mancato preavviso. Peraltro la giurisprudenza ha costantemente ritenuto che l'indennità di mancato preavviso vada calcolata allo stesso modo, chiunque sia il soggetto che recede senza preavviso dal rapporto[29].

Aderendo esplicitamente alla tesi sopra riportata la sentenza in esame ha pertanto negato che il periodo di preavviso non lavorato potesse essere preso in considerazione ai fini del raggiungimento del requisito richiesto dalla legge.

Infatti l'art. 19 del R.d.l. 636 del 1939 espressamente richiede il pagamento di almeno un anno di contribuzione nel biennio precedente, con ciò attribuendo rilievo alla durata temporale del rapporto di lavoro. Presupposto per il computo del periodo è dunque che questo sia inserito in un contratto di lavoro, per cui, una volta ritenuto che questo si estingue con il pagamento dell'indennità prevista dall'art. 2118, c. 2, c.c., il periodo di preavviso non lavorato non assumerà alcun rilievo.

Un elemento a sostegno della tesi cui ha aderito la sentenza in esame si può rinvenire negli artt. 73 e 74 del R.d.l. 1827 del 1935. Il c. 2 della prima delle norme citate infatti dispone che, se al lavoratore viene corrisposta un'indennità per mancato preavviso, l'inizio del pagamento dell'indennità di disoccupazione decorra "dall'ottavo giorno successivo a quello della scadenza del periodo corrispondente all'indennità per mancato preavviso ragguagliata a giornate". Il legislatore dunque considera il pagamento dell'indennità non al fine di incrementare il periodo da prendere in considerazione per il raggiungimento dei requisiti legali richiesti per accedere al trattamento previdenziale, ma come elemento per differire la decorrenza del suo pagamento. Ciò in quanto l'indennità di mancato preavviso sostituisce, ai fini del mantenimento del lavoratore e della sua famiglia, la retribuzione che egli avrebbe percepito qualora il rapporto di lavoro fosse proseguito[30].

Il successivo art. 75 adottava invece come elemento essenziale per il riconoscimento ed il calcolo della prestazione previdenziale il numero di settimane di contribuzione, con ciò valorizzando l'effettiva durata della prestazione lavorativa.

---

(29) Cfr. Corte app. Milano, 13 febbraio 2004, in *Lav. giur.,* 2004, 906, la quale ritiene che dalla somma in questione andrebbero detratte le ritenute previdenziali e fiscali (tesi questa assai discutibile, in quanto la somma dovuta al lavoratore a titolo di retribuzione include anche gli importi che questi in effetti non percepisce, in quanto versati dal datore di lavoro per suo conto al fisco ed agli enti previdenziali).
(30) Cfr. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro, cit.,* 48; V. SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro,* Milano, Giuffrè, 1948, 137.

Le conclusioni cui è pervenuta la sentenza in esame hanno delle immediate conseguenze anche sulla disciplina della disoccupazione a requisiti ridotti. Infatti nel calcolo delle settantotto giornate lavorative nel corso dell'anno precedente, richieste come minimo per l'accesso alla prestazione, non potrà in alcun modo essere preso in considerazione il preavviso non lavorato.

Vero è infatti che la giurisprudenza ha considerato per il calcolo del requisito anche le giornate "interne ad un periodo lavorativo, e per le quali sussista obbligo di contribuzione, e quindi anche le giornate di ferie o di riposo retribuito"[31]. Tuttavia in questo caso presupposto per il computo è che la giornata si collochi all'interno di un rapporto di lavoro in essere, il che non accade quando il datore di lavoro (o anche il lavoratore) receda con effetto immediato, e corrisponda l'indennità di mancato preavviso.

Ai fini poi della determinazione del periodo massimo di godimento della disoccupazione a requisiti ridotti, va osservato che il legislatore utilizza l'espressione "giornate lavorate", concetto nel quale rientrano soltanto i giorni in cui il dipendente abbia prestato la sua opera. Applicando l'interpretazione estensiva già richiamata, nella nozione si possono includere anche le giornate in cui il dipendente non presta la sua opera, ma è comunque vincolato da un rapporto di lavoro. Non vi rientra invece il periodo nel quale tra il datore di lavoro ed il lavoratore non vi sia più alcun vincolo giuridico, in conseguenza dello scioglimento del rapporto determinato dal pagamento dell'indennità.

Egualmente si deve ritenere che il periodo di preavviso non lavorato non possa essere preso in considerazione per il calcolo dell'anzianità alle dipendenze dell'impresa, che l'art. 7, c. 4 della l. 23 luglio 1991, n. 223, individua come limite per la concessione del trattamento di mobilità[32]. Qui infatti l'espressione utilizzata dal legislatore indica con ancora maggiore chiarezza che nella determinazione del requisito si deve fare riferimento esclusivamente al periodo durante il quale il rapporto di lavoro ha avuto esecuzione.

4. - Irrilevanza della soggezione alla contribuzione previdenziale dell'indennità di mancato preavviso

Un argomento non utilizzato dalla difesa della lavoratrice (per quanto si comprende dalla lettura della sentenza) è che sull'indennità di mancato preavviso va comunque corrisposta la contribuzione. Invero l'art. 12 della l. 30 aprile 1969, n. 153, nel testo modificato dall'art. 6, c. 1 del D. lgs. 2 settembre 1997, n. 314, prevede che siano considerati retribuzione ai fini del calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza tutti gli importi che il lavoratore riceve in relazione al rapporto di lavoro[33]. La disposizione

---

(31) Cfr. Cass. sez. lav., 27 novembre 1995, n. 12260.

(32) Cfr. E. BALLETTI, *La tutela della disoccupazione,* in *Trattato di diritto privato. Il lavoro subordinato,* XXIV, tomo 3°, Giappichelli, Torino, 2007, 553.

(33) Cfr. M. PERSIANI, *I nuovi problemi posti dalla individuazione della retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale,* in *Arg. dir. lav.,* 2001, 1; M. CINELLI, *I problemi della retribuzione imponibile ai fini previdenziali,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 1996, 457.

prevede poi numerose eccezioni – tra cui assume particolare rilievo il trattamento di fine rapporto – nelle quali non è però compresa l'indennità in esame, della quale anzi il c. 4, lett. b), ribadisce la soggezione al pagamento dei contributi previdenziali. E' stato così superato quell'orientamento, peraltro minoritario, che aveva escluso il pagamento sull'indennità di preavviso dei contributi previdenziali[34], attribuendo alla stessa natura risarcitoria[35].

Si potrebbe quindi sostenere che l'anno di contribuzione richiesto dall'art. 19 del R.d.l. 636 del 1939 sussisterebbe anche qualora il rapporto di lavoro si fosse interrotto immediatamente, in conseguenza del pagamento dell'indennità di mancato preavviso. Infatti il datore di lavoro corrisponde su tale importo la contribuzione previdenziale, indipendentemente dal fatto che questo sia erogato come normale retribuzione, ovvero ai sensi dell'art. 2118, c. 2, c.c. Nel caso della disoccupazione a requisiti ridotti, e dell'anzianità per il computo del periodo di godimento dell'indennità di mobilità, l'uso delle espressioni impiegate dal legislatore non consentirebbe invece in nessun caso di dare rilievo alla sottoposizione dell'indennità di mancato preavviso alla contribuzione previdenziale.

Tuttavia a ben vedere la circostanza sopra indicata non assume rilievo decisivo. Infatti il trattamento previdenziale in esame non ha una natura strettamente assicurativa, tanto che la mancata corresponsione della contribuzione non incide in alcun modo sull'accesso al trattamento. Questo è invece legato esclusivamente ad una circostanza precisa, vale a dire l'esistenza di un periodo cronologicamente determinato, per il quale sia sorta l'obbligazione contributiva. L'indennità di mancato preavviso è invece dovuta in un momento specifico (la cessazione del rapporto), e non si estende temporalmente per un periodo equivalente alla retribuzione cui si sostituisce.

Non a caso la giurisprudenza ha ritenuto che i contributi figurativi di malattia, riconosciuti in assenza di una prestazione lavorativa effettivamente resa, e dunque ai fini in esame equiparabili ai contributi sull'indennità di mancato preavviso, non assumano rilievo ai fini del calcolo del periodo annuale per l'accesso al trattamento di disoccupazione[36].

A fronte dunque di una contribuzione di importo equivalente, versata dal datore di lavoro, potrà essere presa in considerazione per l'accesso all'indennità di disoccupazione, e per il calcolo della stessa, soltanto quella collegata ad un rapporto di lavoro giuridicamente esistente.

Tale differenza di trattamento non pare essere costituzionalmente illegittima, e non presenta elementi di irrazionalità rispetto al complessivo assetto normativo. Infatti

---

(34) Sotto il vigore dell'art. 27 del D.p.r. 30 maggio 1955, n. 797, invece l'indennità sostitutiva del preavviso non era assoggettabile a contribuzione, senza alcuna distinzione tra preavviso lavorato e non lavorato. Cfr. Cass. sez. lav., 1 dicembre 1984, n. 6288, in *Inf. prev.,* 1985, 830.

(35) Cfr. Cass. sez. lav., 6 febbraio 1980, n. 854, in *Giust. civ.,* 1980, I, 1338, nella quale il principio era stato esposto ai fini dell'individuazione della base imponibile per la contribuzione relativa all'assicurazione malattia dei lavoratori marittimi.

(36) Cfr. Cass. sez. lav., 26 febbraio 2003, n. 2629.

l'intero sistema della tutela contro la disoccupazione si fonda sull'anzianità lavorativa del dipendente, e riconosce l'accesso ai trattamenti previdenziali soltanto a coloro i quali abbiano già maturato un periodo lavorativo. Spetta dunque al legislatore stabilire se ed in quale misura, nonostante il mancato svolgimento della prestazione, un determinato periodo possa essere preso in considerazione.

E' semmai la limitazione della tutela ai soli lavoratori disoccupati, e l'assenza di un sistema di complessiva protezione dei lavoratori inoccupati (salvi interventi estemporanei, e forieri di complicati problemi, rivolti al sostegno di specifici soggetti in periodi limitati nel tempo)[37], a porre delicati problemi di compatibilità con l'art. 38 Cost[38]. Questi potrebbero però essere risolti soltanto da un radicale intervento di riforma dell'intero sistema degli ammortizzatori sociali, da lungo tempo promesso[39], ma per il quale al momento non sembrano esistere le condizioni, né politiche, né tantomeno economiche.

Prof. Massimiliano Marinelli
Ordinario di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale
Università di Palermo

(37) Cfr. A. Garilli, *Il diritto può creare lavoro? (A proposito di lavori socialmente utili e di borse di lavoro),* in *Riv. giur. lav.,* 1998, I, 41.

(38) Cfr. E. BALLETTI, *La tutela della disoccupazione, cit.,* 521; G. BALANDI, *Tutela del reddito, cit.,* 2.

(39) Cfr. M. MISCIONE, *I diritti dei disoccupati e degli inoccupati*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, Giappichelli, 2008, 1014; C. DE MARCO, *Gli ammortizzatori sociali tra vecchie e nuove proposte*, in Riv. it. dir. lav., 2009, I, 555.

CORTE COSTITUZIONALE

Invalidi civili - Indennità di frequenza e di accompagnamento - Straniero - Titolarità della carta di soggiorno - Denunciata violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali - Successiva declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata e sopravvenuta entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei disabili - Necessità di una nuova valutazione della rilevanza della questione nel giudizio a quo - Restituzione degli atti al giudice rimettente.

Corte Costituzionale - Ordinanza 06.11.2009 n. 285 - Pres. Amirante - Rel. Grossi.

Deve essere ordinata la restituzione al giudice rimettente degli atti relativi alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, censurato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui condiziona il diritto dello straniero legalmente soggiornante nel territorio nazionale alla fruizione dell'assegno sociale e delle altre provvidenze economiche quali indennità di frequenza ex legge 11 ottobre 1990, n. 289 e assegno di accompagnamento ex legge 11 febbraio 1980, n. 18 al requisito della titolarità della carta di soggiorno. Appare necessario un nuovo esame della rilevanza della questione nel giudizio a quo. Infatti, successivamente alla ordinanza di rimessione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata e dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 nella parte in cui viene escluso che l'indennità di accompagnamento di cui sopra possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari solo perché non sono in possesso dei requisiti di reddito stabiliti per la carta di soggiorno (sentenza n. 306/2008) e nella parte in cui esclude che, agli stessi, possa essere attribuita la pensione di inabilità ex legge 30 marzo 1971, n. 118 (sentenza n. 11/2009)(1). Inoltre, sempre successivamente all'ordinanza di rimessione, è entrata in vigore per l'Italia la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, i cui principi si riflettono sulla disciplina dettata in tema di indennità di frequenza.

FATTO e DIRITTO

Ritenuto che la Corte di appello di Torino ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), nella parte in cui 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 provvidenze 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 [...]»;

che la Corte rimettente premette, in punto di fatto, che una cittadina albanese, madre di un minore a carico, munita di permesso di soggiorno di durata superiore all'anno, ha lamentato il mancato riconoscimento, sia della indennità di frequenza di cui alla legge 11 ottobre 1990, n. 289 (Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla legge 21 novembre 1988, n. 508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi), sia della indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18 (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili), malgrado l'apposita commissione avesse riconosciuto il minore, che è iscritto e che frequenta la classe I della scuola primaria, quale soggetto «con difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della sua età»;

che, investito della relativa domanda, il giudice di primo grado aveva respinto il ricorso, affermando che legittimamente il legislatore aveva condizionato il diritto dello straniero extracomunitario ai trattamenti assistenziali previsti per i cittadini, al possesso della carta di soggiorno, anziché del solo permesso di soggiorno, come in precedenza stabilito dall'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998: donde il gravame, nel quale, la parte privata richiedente il beneficio, deduceva, appunto, il contrasto tra la normativa interna ed i principi enunciati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo;

che, a tale riguardo, il giudice *a quo* ha sottolineato che la carta di soggiorno, già disciplinata dall'art. 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), si è ora trasformata – dopo le modifiche introdotte dall'art. 1 del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della direttiva 2003/109CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo) – in permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, per il cui rilascio viene richiesto, fra l'altro, «il possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità»;

che, a proposito, poi, dei benefici richiesti dalla parte appellante, la Corte rimettente ritiene pacifica la circostanza che, tanto la indennità di frequenza che quella di accompagnamento, si configurino come «provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi», per le quali la disposizione impugnata ne condiziona la erogazione al possesso della carta di soggiorno e non del solo permesso di soggiorno;

che, pertanto, avuto riguardo ai principi affermati da questa Corte nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, il rimettente sottolinea come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia reiteratamente affermato che tra i diritti patrimoniali tutelati dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale, vanno annoverate anche le prestazioni sociali, comprese quelle cui non corrisponde il versamento di contributi, e che per tali diritti vige il divieto della discriminazione fra cittadini e stranieri di cui all'art. 14 della Convenzione stessa. Da qui, la

conclusione secondo la quale risulterebbe in contrasto con l'art. 117 Cost. l'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, «nella parte in cui, condizionando il diritto dello straniero legalmente soggiornante sul territorio nazionale alla fruizione dell'assegno sociale e delle altre provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali (e tali sono certamente sia l'indennità di frequenza di cui alla legge n. 289/90 sia l'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 legge 18/80) al requisito della titolarità della carta di soggiorno e, quindi, alla legale presenza sul territorio dello stato da almeno cinque anni, pone una discriminazione nei confronti dello straniero rispetto al cittadino, in violazione degli artt. 14 della Convenzione ed 1 del Protocollo aggiuntivo [...], così come interpretati dalla Corte» europea dei diritti dell'uomo;

che, nel giudizio davanti a questa Corte, ha spiegato atto di costituzione la parte privata, madre esercente la potestà sul figlio minore, cui si riferiscono le provvidenze oggetto di causa, sollecitando la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma impugnata;

che, nell'atto di costituzione, la parte privata ha, adesivamente, riproposto e sviluppato gli argomenti posti a base della ordinanza di rimessione, sottolineando come, dopo la pronuncia della stessa ordinanza, questa Corte sia intervenuta sulla norma censurata, dichiarandone la illegittimità costituzionale parziale, con la sentenza n. 306 del 2008(2), della quale vengono riprodotti alcuni passaggi salienti. Alla luce dei principi ivi affermati, dunque, deriverebbe la incostituzionalità della norma, nella parte in cui condiziona «la fruizione di diritti soggettivi, acquisiti per effetto della legislazione vigente in materia di diritti sociali, al requisito della titolarità della carta di soggiorno e, quindi, alla legale presenza sul territorio dello Stato da almeno cinque anni», per contrasto con il principio di non discriminazione nei confronti dello straniero sancito dall'art. 14 della CEDU e dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale;

che, nel giudizio di costituzionalità, si è costituito anche l'Istituto nazionale della previdenza sociale, il quale ha depositato memoria, nella quale ha concluso chiedendo che la questione sia ritenuta «per una parte inammissibile e per l'altra infondata». Ritiene, infatti, l'Istituto, che la questione relativa alla indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge n. 18 del 1980, sia stata già definita dalla Corte con la sentenza n. 306 del 2008, che ha, appunto, dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, nella parte in cui esclude la indennità di accompagnamento dalle provvidenze erogabili agli stranieri extracomunitari privi dei requisiti di reddito per ottenere la carta di soggiorno. Il medesimo Istituto ritiene, invece, infondati i dubbi di costituzionalità in riferimento alla indennità di frequenza, di cui alla legge n. 289 del 1990, giacché, con la norma oggetto di impugnativa, il legislatore ha rimodulato in senso restrittivo i requisiti costitutivi che consentono l'accesso alle provvidenze in questione, senza, però, legittimare dubbi di costituzionalità, avuto riguardo alla discrezionalità delle scelte operate (si richiamano, in proposito, le sentenze n. 324 del 2006(3), n. 237 del 1994, n. 243 del 1993(4), n. 95 del 1992, n. 395 del 1990);

che, d'altra parte, soggiunge ancora l'Istituto, la soluzione adottata dal legislatore – di stabilire, cioè, che le prestazioni più rilevanti vengano concesse solo a quegli stranieri che risiedono in Italia da più tempo e con maggiore stabilità – sarebbe del tutto logica e aderente alla natura delle prestazioni in questione, posto che «la normativa considerata non è quella dei diritti previdenziali, bensì quella delle provvidenze di natura assistenziale in materia di servizi sociali», evocandosi, come esempio in tal senso, la

disciplina introdotta con l'art. 20, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112;

che, a proposito, poi, del preteso contrasto con le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del primo Protocollo addizionale, il medesimo Istituto osserva come fra le stesse «non sono individuabili norme di rango costituzionale che impongano al legislatore di equiparare gli stranieri ai cittadini dell'Unione ai fini della concessione di provvidenze economiche di mera assistenza sociale», derivando da ciò che la condizione dello straniero è regolata dalla legge, a norma dell'art. 10, primo comma, Cost., «e che, nel caso in esame, il parametro di costituzionalità è rispettato in quanto le diverse prestazioni di assistenza sociale, riconosciute ai possessori di carta di soggiorno rispetto ai possessori di permesso di soggiorno, appaiono ispirate al principio di ragionevolezza e di rispetto delle condizioni dello straniero». Il tutto, osserva conclusivamente l'Istituto, non senza trascurare che la norma impugnata è stata inserita dalla legge finanziaria, per gli evidenti riflessi sulla finanza pubblica: il che – alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale (si citano le sentenze n. 99 del 1995, n. 240 del 1994(5) e n. 822 del 1988(6)) – corrobora la legittimità di una scelta destinata a soddisfare esigenze di contenimento della spesa pubblica, avuto riguardo ai limiti insiti nelle «risorse finanziarie disponibili e destinabili a fini di assistenza sociale»;

che la parte privata ha, infine, depositato una memoria illustrativa a sostegno della richiesta di declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa oggetto di impugnazione, in particolare sottolineando i principi posti a fondamento della sentenza di questa Corte n. 432 del 2005, con la quale venne dichiarata la illegittimità costituzionale di una legge della Regione Lombardia, nella parte in cui non includeva gli stranieri residenti nella medesima Regione fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili. Dalla richiamata pronuncia sarebbe possibile desumere che il principio di uguaglianza, affermato dall'art. 3 Cost., si estende anche agli stranieri, nel momento in cui, alla luce del principio di solidarietà sociale dettato dall'art. 2 della stessa Carta, venga in rilievo la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, in conformità ai trattati internazionali; e, se è possibile che cittadini e stranieri non ricevano, in tutto, un identico trattamento, i criteri da utilizzare per valutare la diversità delle situazioni sarebbero comunque assoggettati al controllo di ragionevolezza. Pertanto – osserva la memoria – un criterio di distinzione fondato sulla durata della permanenza in Italia, creerebbe una irragionevole disparità di trattamento, su un bene irrinunciabile, quale il diritto alla salute, sia tra cittadini e stranieri, che tra gli stranieri, a seconda che siano o meno titolari del permesso di soggiorno, anziché della carta di soggiorno. Varrebbero, a conforto di tale assunto, tanto la sentenza n. 306 del 2008, quanto la sentenza n. 11 del 2009, la quale, oltre a dichiarare inammissibile la questione relativa alla indennità di accompagnamento (già decisa con la sentenza n. 306 del 2008), ha dichiarato la illegittimità costituzionale della normativa in contestazione, in riferimento alla pensione di inabilità.

Considerato che la Corte di appello di Torino ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), nella parte in cui condiziona il diritto dello straniero legalmente soggiornante nel territorio nazionale alla

fruizione dell'assegno sociale e delle altre provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali – nella specie, l'indennità di frequenza, di cui alla legge n. 289 del 1990 e l'assegno di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge n. 18 del 1980 – al requisito della titolarità della carta di soggiorno, e, quindi, alla legale presenza sul territorio dello Stato da almeno cinque anni;

che la normativa censurata si porrebbe in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto, introducendo l'ulteriore requisito della titolarità della carta di soggiorno – ora permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo – per il cui rilascio è prescritto, fra l'altro, il possesso, da parte dello straniero, di un permesso di soggiorno in corso di validità da almeno cinque anni, porrebbe in essere una discriminazione nei confronti dello straniero rispetto al cittadino, in violazione dell'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale, così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo;

che, come è stato ricordato dalle parti costituitesi nel giudizio di costituzionalità, successivamente alla pronuncia della ordinanza di rimessione, questa Corte, con la sentenza n. 306 del 2008, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, e dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 – come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189, e poi sostituito dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 – nella parte in cui viene escluso che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge n. 18 del 1980, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo;

che a tal proposito questa Corte, dopo aver rammentato che la indennità di accompagnamento rientra tra le prestazioni assistenziali, ed attiene, secondo la terminologia adottata dalla Corte di Strasburgo, alla "sicurezza o assistenza sociale", ha reputato manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di tale peculiare prestazione assistenziale, che presuppone gravi infermità, «al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito», risultando così vulnerati, al tempo stesso, non soltanto gli artt. 32 e 38, ma anche l'art. 2 Cost., «tenuto conto che quello alla salute è un diritto fondamentale della persona»;

che «sotto tale profilo e per i medesimi motivi» – ha soggiunto questa Corte – la normativa censurata si poneva in contrasto anche con l'art. 10, primo comma, della Carta fondamentale, «dal momento che tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato»;

che, facendo leva sulla medesima *ratio decidendi*, con la successiva sentenza n. 11 del 2009, questa Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale della stessa normativa, nella parte in cui esclude che la pensione di inabilità, di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del d.l. 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili), possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la

carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo;

che, alla stregua di tali mutamenti subiti dal quadro normativo di riferimento, in dipendenza delle pronunce di questa Corte, l'INPS – resistente nel procedimento *a quo* – ha espressamente sollecitato una declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale relativa «all'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 Legge n. 18/1980», proprio perché la stessa sarebbe stata già «decisa dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 306 del 2008»;

che tale ultima circostanza, per la quale l'Istituto finisce per manifestare una posizione di sostanziale *nolo contendere*, in ordine al riconoscimento in favore dell'appellante della indennità di accompagnamento, assume uno specifico risalto agli effetti della rilevanza della questione di costituzionalità nel giudizio *a quo*, posto che la non contestazione del "nuovo" fondamento della domanda attrice, ineluttabilmente circoscrive l'area del *devolutum* al giudice del gravame;

che, d'altra parte, i riferiti rilievi coinvolgono anche il tema della indennità di frequenza, giacché, in base all'art. 3 della richiamata legge n. 289 del 1990, tale indennità «è incompatibile con qualsiasi forma di ricovero e non è concessa ai minori che hanno titolo o che già beneficiano dell'indennità di accompagnamento di cui [...] alla legge 11 febbraio 1980, n. 18», stabilendosi, altresì, che «resta salva la facoltà degli interessati di optare per il trattamento più favorevole»;

che, accanto a ciò, va altresì considerato – quale ulteriore elemento di "novità" che impone il riesame della rilevanza della questione – che, in data 14 giugno 2009, è entrata in vigore per l'Italia la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, siglata a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata con la legge 3 marzo 2009, n. 18: è, infatti, agevole rilevare che la pregnanza e specificità dei principî e delle disposizioni introdotti da tale Convenzione, indubbiamente si riflettono, quanto meno sul piano ermeneutico e di sistema, sulla specifica disciplina dettata in tema di indennità di frequenza, trattandosi di istituto coinvolgente i diritti di minori che, presentando – come nel caso di specie – «difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della [loro] età», risultano perciò stesso annoverabili tra i soggetti cui la Convenzione richiamata ha inteso assicurare una normativa di favore;

che, pertanto, alla stregua delle riferite considerazioni, va disposta la restituzione degli atti al giudice *a quo*, per nuovo esame della rilevanza della proposta questione di legittimità costituzionale.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2009, p.120
(2) Idem, 2008, p. 714
(3) Idem, 2006, p. 511
(4) Idem, 1993, p. 635
(5) Idem, 1994, p. 714
(6) Idem, 1988, p. 1455

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Unite Civili

Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Impiego pubblico - Prestazioni pensionistiche - Spettanza - Sentenza della Corte dei conti - Ritardata corresponsione degli importi riconosciuti dal giudice contabile - Conseguente domanda di condanna della P.A. al pagamento degli interessi e della rivalutazione - Giurisdizione del giudice ordinario - Sussistenza - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Un. - 19.12.2009 n. 26813 - Pres. Vittoria - Rel. Toffoli - PM Martone (diff.) - T.V. (Avv.ti Marcone, Grimani) - Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia dell'Entrate (Avvocatura dello Stato) - I.N.P.D.A.P. (Avv. Marinuzzi) - Direzione Provinciale dei Servizi Vari di Firenze

In caso di ritardata corresponsione delle somme riconosciute con sentenza della Corte dei conti come spettanti a titolo di prestazioni pensionistiche, la successiva domanda di condanna della P.A. al pagamento degli interessi e della rivalutazione su detti importi appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che, da un lato, il rapporto pensionistico non rileva direttamente, onde non è postulabile la giurisdizione speciale (della Corte dei conti) prevista per le controversie in materia pensionistica e, dall'altro, controvertendosi in materia di diritti soggettivi, la generale giurisdizione del giudice ordinario non incontra alcun limite.

FATTO - V.T., dipendente dell'amministrazione finanziaria collocato a riposo il 28.5.1979, adiva la Corte dei Conti per far valere il suo diritto agli interessi e alla rivalutazione sugli arretrati pensionistici. Conclusosi (nel 1997) il giudizio in maniera a lui favorevole, i relativi importi - secondo la prospettazione della parte -erano corrisposti con notevole ritardo (nel 1992 e nel 1994) e conseguentemente l'interessato adiva il giudice del lavoro del Tribunale di Firenze chiedendo la condanna del Ministero delle Finanze e dell'INPDAP al pagamento dell'importo di € 121.000,38 a titolo di rivalutazione monetaria ed interessi legali sugli importi di cui alla decisione della Corte dei Conti, oltre un'ulteriore somma a titolo di maggior danno. Il Tribunale dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ritenendo la controversia appartenente alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia pensionistica.

A seguito di appello del T., la Corte d'appello confermava la sentenza di primo grado. Riteneva che anche nel presente giudizio il *petitum* sostanziale riguardasse il rapporto

previdenziale tra l'appellante e l'INPDAP e la domanda mirasse al conseguimento di accessori dei ratei tardivamente corrisposti, senza che potesse ritenersi fondata la tesi secondo cui gli accessori liquidati dalla sentenza della Corte dei Conti avevano cessato di essere un credito accessorio per diventare un credito principale, suscettibile, a sua volta, di essere rivalutato e produrre interessi. Ciò tenuto presente che nella specie non poteva trascurarsi l'operatività dell'art. 1283 c.c., in materia di interessi anatocistici.

Il T. propone, nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze, dell'Agenzia delle entrate e dell'INPDAP, ricorso per cassazione con due motivi, a cui dette amministrazioni statali resistono con controricorso.

DIRITTO - Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1283 c.c., degli artt. 13 e 62 del r.d. n. 1214/1934, dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165/2001.

Si contesta la pertinenza del richiamo dell'art. 1283 c.c. e si osserva che non sono stati chiesti gli interessi sugli interessi, ma la rivalutazione e gli interessi su una somma che ha cessato di rappresentare un accessorio ed è diventata essa stessa credito principale, a seguito della sentenza della Corte dei Conti. L'importo stesso rientra nel novero dei diritti patrimoniali consequenziali al rapporto di lavoro e a un rapporto pensionistico e come tale la relativa controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

Il secondo motivo denuncia omessa motivazione su un fatto decisivo. Si lamenta che la Corte d'appello motivando sulla base della qualificazione della domanda nell'ambito dell'art. 1283 c.c. sugli interessi anatocistici, abbia trascurato che in effetti sono stati richiesti interessi e rivalutazione su interessi e rivalutazione, e che quindi la domanda riguardava anche interessi sulla rivalutazione e rivalutazione degli interessi e della rivalutazione.

Il ricorso, i cui motivi vengono esaminati congiuntamente stante la loro connessione, è fondato.

Nella specie la Corte dei Conti, quale giudice in materia pensionistica, ha già provveduto all'accertamento delle conseguenze del ritardo con cui le obbligazioni pensionistiche con oneri a carico dello Stato erano state adempiute nei confronti dell'attuale ricorrente. Conclusosi tale giudizio davanti alla giurisdizione contabile, con la precisazione degli obblighi della pubblica amministrazione dipendenti dal regime normativo applicabile in caso di ritardo nella corresponsione delle prestazioni pensionistiche, la parte privata ha lamentato che le somme dovute in base a tale pronuncia erano state corrisposte con ritardo e ha chiesto al giudice ordinario la condanna della pubblica amministrazione al pagamento delle somme conseguentemente dovute a titolo di interessi e di rivalutazione monetaria, oltre che di una somma a titolo di maggior danno. Poiché si fanno valere le conseguenze dell'asserito inadempimento delle obbligazioni derivanti dalla sentenza della Corte dei Conti, il rapporto pensionistico non rileva ormai direttamente, con la conseguenza, da un lato, che non è più postulabile la giurisdizione speciale prevista per le controversie in materia pensionistica e, dall'altro, che, controvertendosi in materia di diritti soggettivi, non incontra limiti la generale giurisdizione in materia del giudice

ordinario. Alla stessa conclusione, del resto, questa Corte è già pervenuta con riguardo ad una fattispecie simile (Cass. S.U. n. 4287/2008, relativa ad un'azione di condanna per il pagamento di rivalutazione ed interessi dovuti in conseguenza della ritardata corresponsione di arretrati pensionistici, basata su un atto di ricognizione di debito da parte dell'amministrazione).

Si deve dunque accogliere il ricorso, cassare la sentenza impugnata e dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario. La causa, avendo anche il giudice di primo grado declinato la giurisdizione, deve essere rinviata al medesimo a norma dell'art. 353 e 383, terzo comma, c.p.c. Allo stesso si demanda anche la pronuncia sulle spese del presente giudizio di legittimità.

(Omissis)

Pensioni - Fondo volo - Liquidazione in capitale di quota della pensione - Domande presentate anteriormente al 1 luglio 1997 - Coefficienti di calcolo - Individuazione - Applicabilità dei coefficienti previsti per la determinazione della riserva matematica ai sensi della legge n. 1338 del 1962 - Esclusione.

Corte di Cassazone, Sez. Unite – 20.10.2009 n. 22154 – Pres. Carbone – Rel. La Terza – P.M. Iannelli (diff.) – INPS (Avv.ti Riccio, Biondi, Valente) – G.M. (Avv. Amadori)

Ai fini della determinazione della misura della quota di pensione in capitale, spettante agli iscritti al Fondo speciale di previdenza per il personale di volo, dipendente da aziende di navigazione aerea, non sono applicabili i coefficienti previsti per la determinazione della riserva matematica dal D.M. 19 febbraio 1981.

FATTO - Con la sentenza in epigrafe indicata del 28 dicembre 2005 la Corte d'appello di Trento confermava la statuizione di primo grado, con cui era stata accolta la domanda proposta nei confronti dell'INPS da G.M., il quale - premesso di essersi collocato in pensione il primo gennaio 1988 e di avere avanzato all'INPS domanda per ottenere dal Fondo Volo cui era stato iscritto, la pensione di anzianità con la liquidazione di una quota in capitale, ai sensi dell'art. 34 della legge n. 859 del 1965 - aveva lamentato che l'Istituto aveva erroneamente determinato il coefficiente di capitalizzazione, avendolo calcolato non in base alla tabella allegata al D.M. 19 febbraio 1981, ma in base a coefficienti diversi ed inferiori, così violando la previsione del citato art. 34, per cui il valore capitale della quota di pensione deve essere calcolato in base ai "coefficienti in uso presso l'INPS", i quali, sosteneva il ricorrente, non potevano che essere quelli

di cui al D.M. 19 febbraio 1981, emanato ai sensi dell'art. 13 della legge n. 1338/62, che era l'unico in uso nelle forme pensionistiche obbligatorie per ottenere i valori capitali della riserva matematica. La Corte territoriale disattendeva la tesi dell'INPS - per cui non potevano assimilarsi e sottoporsi allo stesso trattamento due situazioni diverse, come, da una parte, il riscatto a carico dell'assicurato per integrare una base contributiva e, dall'altra, la capitalizzazione della pensione - osservando che, nel primo caso, l'assicurato compie una valutazione delle proprie aspettative di vita e versa oggi, nel caso della riserva matematica, un capitale nella prospettiva di fruire di una pensione di misura tale da essere più favorevole di una messa a frutto alternativa del medesimo capitale; nel caso della capitalizzazione l'assicurato compie una valutazione di segno opposto, ma perfettamente speculare. Entrambe le scelte, ossia, sia versare in anticipo o ricevere in anticipo il capitale, essendo specularmente identiche, devono, logicamente, essere assoggettate ad identici coefficienti.

Avverso detta sentenza l'INPS propone ricorso con un unico complesso motivo.

Resiste il pensionato con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie, la prima in vista della udienza di discussione presso la sezione Lavoro, la seconda in vista dell'udienza delle Sezioni Unite, cui la causa è stata rimessa quale questione di massima di particolare importanza.

DIRITTO - Con l'unico motivo l'INPS denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 34 legge n. 859 del 1965, dell'art. 13 legge n. 1338 del 1962, in relazione al decreto ministeriale 19 febbraio 1981, nonché all'art. 12 delle preleggi.

Sostiene l'Istituto la bontà del suo operato, avendo applicato i coefficienti di capitalizzazione elaborati per la compilazione del bilancio tecnico del Fondo Volo, prima del 1967 e poi del 1988, mentre non sarebbero applicabili i criteri di cui al D.M. del 1981 emanati per calcolare la riserva matematica di cui all'art. 13 della legge n. 1338 del 1981, essendo questa operazione del tutto diversa da quella che comporta la capitalizzazione della quota di pensione.

Il ricorso è fondato.

1. Va preliminarmente rilevato che il Fondo Volo concerne una gestione speciale costituita presso l'INPS, recante regole specifiche per questa categoria di personale, profondamente diverse da quelle vigenti nell'AGO, dal momento che è stato costituito proprio in ragione della particolarità, rispetto alla generalità dei lavoratori dipendenti, dell'attività prestata dalla "gente dell'aria", ad esempio per quanto riguarda l'età pensionabile ancorata, per lungo tempo, all'età di quarantacinque anni.

La normativa che lo regola si compendia, in via generale, nella legge 13 luglio 1965, n. 859, successivamente modificata da molteplici disposizioni (legge 30 luglio 1973 n. 484, legge 31 ottobre 1988 n. 480, d.lgs. 24 aprile 1997 n. 164, art. 59 comma 2 legge 27 dicembre 1997 n. 449) volte progressivamente a ridurre la misura della quota di pensione da capitalizzare, ma che non riguardano la questione che interessa, la quale attiene, non già alla misura di detta quota, ma ai coefficienti da utilizzare per calcolare la capitalizzazione. L'evoluzione normativa è culminata con l'art. 1 quater comma 3 del D.L. 5 ottobre 2004 n. 249, convertito in legge 3 dicembre 2004 n. 291,

che ha definitivamente eliminato la facoltà di capitalizzazione, sia a causa della estrema onerosità del meccanismo per il Fondo erogatore, sia perché, costituendo una sorta di *unicum* nel sistema previdenziale attuale, non risultava più coerente con la tendenza alla armonizzazione dei trattamenti pensionistici.

2. La citata legge n. 859/65 all'art. 34, prevedeva - nella sua originaria formulazione - la possibilità, a richiesta dell'iscritto al Fondo, della liquidazione in capitale di una parte della pensione spettante.

L'art. 34 prevedeva *"L'iscritto che abbia raggiunto i requisiti previsti dalla presente legge per il conseguimento del diritto alla pensione di anzianità, ha la facoltà di chiedere che gli sia corrisposto, in sostituzione di una quota della pensione spettantegli, il valore capitale della quota stessa calcolato in base ai coefficienti in uso presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale"*.

Il problema che si pone nella presente controversia è il seguente: quale sia il coefficiente da utilizzare per la capitalizzazione della suddetta quota di pensione, e precisamente se operino i coefficienti che l'INPS ha applicato, elaborandoli autonomamente sulla base della gestione tecnica del Fondo, oppure operino, e quindi si sarebbero dovuti applicare, come sostengono i pensionati, quelli previsti dal DM 19 febbraio 1981, che aggiorna i precedenti di cui al DM 27 gennaio 1964, elaborati per il calcolo della riserva matematica di cui all'art. 13 della legge n. 1338 del 1962, attraverso i quali si perviene ad un maggiore importo della quota di pensione capitalizzata, che viene appunto richiesta nel presente giudizio.

E' pacifico, e proprio per questo sorge la questione, che al momento di entrata in vigore della legge n. 859/63 mancavano tabelle di capitalizzazione specifiche per gli iscritti al Fondo volo.

La disamina viene limitata alla disciplina concernente le domande di pensione presentate anteriormente alla entrata in vigore del d.lgs. 29 aprile 1997 n. 164, giacché è pacifico che questo sia il caso di specie, mentre per le domande presentate successivamente si pongono problemi diversi da trattare specificamente.

3. L'operato dell'INPS non appare corretto.

In proposito non si possono che richiamare le argomentazioni svolte da questa Corte con la sentenza n. 7132 del 23 marzo 2007(1), la quale, pur non condivisibile quanto alle conclusioni, ha affermato che era preclusa all'Istituto la elaborazione di tariffe autonome per la capitalizzazione della quota di pensione. Si è osservato in detta pronunzia che, alla mancanza di specifiche tariffe, non poteva supplire l'INPS stesso in sede di compilazione del bilancio tecnico della gestione del Fondo. L'art. 34 della legge medesima, nel far riferimento ai "coefficienti (di capitalizzazione) in uso" presso l'INPS, non ha certo inteso demandare allo stesso la determinazione dell'ammontare della somma dovuta, non essendo ipotizzarle che la quantificazione dell'obbligazione sia rimessa ad una determinazione dello stesso debitore della prestazione, per cui tale disposizione ha presupposto comunque una eteronormazione, anche solo a livello di mero atto amministrativo a carattere generale.

Deve poi anche considerarsi che all'epoca di istituzione del Fondo volo (L. n. 859 del 1965, art. 1) i "coefficienti (di capitalizzazione) in uso" (art. 34 della stessa legge)

non potevano certo essere quelli che solo in seguito avrebbero potuto essere iscritti nel bilancio tecnico della gestione del Fondo stesso, i quali all'epoca ovviamente non esistevano e quindi non potevano affatto considerarsi "in uso".

4. Resta da accertare se la legittimità dell'operato dell'INPS sia da riconoscere in applicazione di una norma di recente sopravvenuta, ossia l'art. 2, comma 503, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria per il 2008) che dispone: *"Ai fini della determinazione del valore capitale della quota di pensione spettante agli iscritti al Fondo di previdenza per il personale di volo dipendente da aziende di navigazione aerea, antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 11, comma 2, della legge 31 ottobre 1988, n. 4803, devono intendersi applicabili i coefficienti di capitalizzazione determinati sulla base dei criteri attuariali specifici per il predetto Fondo, deliberati dal consiglio di amministrazione dell'INPS su conforme parere del comitato amministratore del Fondo di previdenza per il personale di volo dipendente da aziende di navigazione aerea"*. Non è necessario, in questa sede, decidere se si tratti di norma di interpretazione autentica o no, ed esaminare, se del caso, i rilievi di illegittimità costituzionale che sono stati sollevati, giacchè la disposizione non è applicabile al caso di specie.

E' ben vero che il Consiglio di amministrazione dell'INPS ha adottato la deliberazione n. 302 del 4.8.2005, con cui ha approvato i nuovi coefficienti di capitalizzazione, precisando che questi hanno effetto sulle pensioni aventi decorrenza dal 1 luglio 1997 e fino al dicembre 2004. Nel caso di specie però la pensione, come già rilevato, aveva decorrenza anteriore, onde detta delibera del 2005 è inapplicabile nella specie.

Invero, per le pensioni aventi decorrenza in data anteriore al primo luglio 1997, vi era si una delibera precedente, ma era stata emessa non già dal Consiglio di amministrazione dell'INPS, come la citata legge del 2007 prescrive, ma dal Comitato di vigilanza sul Fondo Volo (previsto dall'art. 6 della legge n. 859 del 1965) che reca la data dell'8 marzo 1988, la quale determinò appunto i coefficienti che l'Istituto ha applicato nel corso del tempo a partire dalle pensioni dell'anno 1980.

A detta delibera ed ai relativi coefficienti non vale a conferire legittimità la legge del 2007, giacché se questa poteva "sanare" l'operato dell'Istituto che fosse frutto di una delibera del Consiglio di amministrazione dell'Istituto, non può invece sanare l'operato che è frutto della delibera di un organo diverso, come il Comitato di vigilanza sul Fondo, che dalla nuova legge non è affatto contemplato.

5. Alla infondatezza della tesi dell'INPS, non consegue però necessariamente - e contrariamente a quanto ritenuto dalla già citata sentenza di questa Corte n. 7132 del 2007 - l'adesione alla tesi dei pensionati che propugnano (e perciò chiedono le differenze pensionistiche), la operatività delle tabelle di capitalizzazione di cui al DM 19 febbraio 1981, che, come detto, costituisce aggiornamento della precedente tabella di cui ai DM 27 gennaio 1964, emanata per il calcolo della riserva matematica, e che, secondo la loro tesi sarebbe l'unica allora "in uso" presso l'INPS.

Invero, una volta esclusa la operatività della legge "interpretativa" del 2007 per quanto riguarda le pensioni da liquidare anteriormente al luglio 1997, ed una volta accertato che non era consentito, all'Istituto, elaborare autonomamente le tabelle di capitalizzazione, non resta all'interprete che reperire nella legislazione vigente all'epoca

di entrata in vigore della legge di costituzione del Fondo volo n. 859 del 1965, quali fossero i coefficienti di capitalizzazione che erano allora "in uso" presso l'INPS.

Poiché non vi erano, e non potevano esservi, a quell'epoca, coefficienti specifici per il Fondo Volo, che veniva istituito proprio con quella legge (essendo il personale di volo in precedenza assicurato presso la "Cassa nazionale della gente dell'aria"), non si può che fare riferimento ai coefficienti che erano "in uso" presso l'Istituto ad altri fini e per altre gestioni previdenziali, andando alle ricerca della normativa risalente ormai ad anni remoti.

5.1. Nel momento di entrata in vigore della legge n. 859/65, contrariamente a quanto sostenuto dai pensionati, non vi era una sola, ma tre tabelle dei coefficienti di capitalizzazione presso l'INPS, nessuna delle quali, è bene sottolinearlo, risultava approntata, per fini analoghi, ossia per il calcolo della capitalizzazione della quota di pensione, essendo questo un istituto sconosciuto nella legislazione sulla assicurazione generale lavoratori dipendenti.

Una delle tabelle era quella, invocata dai pensionati, di cui al DM del 27 gennaio 1964 prevista dall'art. 13 legge 12 agosto 1962 n. 1338, operante solo presso l'Assicurazione Generale Obbligatoria (AGO) dei lavoratori dipendenti, che si applicava per il calcolo della riserva matematica necessaria per la creazione di una rendita vitalizia: al verificarsi di una omissione contributiva, non più sanabile a causa della prescrizione maturata, si faceva obbligo al datore di lavoro di versare all'INPS un certo capitale (riserva matematica) tale da costituire la provvista per consentire all'Istituto di erogare la pensione che sarebbe spettata ove i contributi fossero stati effettivamente versati.

5.2. L'altra tabella è quella del R.D. n. 1403 del 1922, che è invero ancora in vigore, non essendo stata mai aggiornata e che viene ancora usata per procedere alla liquidazione del danno futuro (cfr. tra le tante Cass. n. 12124 del 19 agosto 2003) concernente il calcolo delle pensioni degli iscritti alle assicurazioni facoltative, emesso ai sensi del decreto-legge 21 aprile 1919, n. 603 *"Provvedimenti per l'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità e la vecchiaia"* e del relativo regolamento approvato con regio decreto 29 febbraio 1920 n. 245, modificato dall'art. 61 del RD 28 agosto 1924 n. 1422. Quando venne istituita, con il decreto-legge luogotenenziale 21 aprile 1919, n. 603, rassicurazione obbligatoria contro l'invalidità e la vecchiaia per i lavoratori dipendenti, i limiti di applicazione della detta assicurazione - dalla quale non erano coperti i lavoratori dipendenti con redditi eccedenti determinati livelli (art. 2), nonché la totalità dei lavoratori autonomi - indussero il legislatore a conservare opportunamente l'assicurazione facoltativa, già costituente, in una certa epoca, l'unica forma assicurativa. Detta assicurazione facoltativa consisteva in versamenti volontari, effettuati direttamente dai soggetti non compresi nell'obbligo assicurativo, i quali davano luogo alla costituzione di una riserva matematica, che costituiva la provvista, non già per una pensione, ma per una rendita vitalizia. Disponeva infatti il citato art. 61 del regolamento del 1924 che *"La determinazione delle quote di rendita vitalizia corrispondenti ai singoli versamenti è fatta nel tempo e con le norme stabilite dal Consiglio di amministrazione della (allora) Cassa nazionale per le assicurazioni sociali, in base alle tariffe approvate con decreto reale e vigenti al momento di ciascun versamento"*.

5.3. La terza tabella era quella prevista dall'art. 15 comma 4 lett. d) della legge 20 febbraio 1958 n. 55 in tema di trasferimento all'INPS, ormai ente accentratore di tutte le assicurazioni, delle posizioni assicurative già esistenti presso casse o fondi aziendali. Si prevedeva che per gli iscritti ai fondi o alle casse, che li avevano lasciati senza conseguire la pensione, la cassa o il fondo dovessero versare all'Istituto la riserva matematica corrispondente alla quota di pensione adeguata che l'interessato avrebbe percepito se fosse stato sempre assicurato all'INPS. Si precisava nel suddetto articolo che "Le tabelle per il calcolo delle riserve matematiche saranno approvate con decreto del Ministero per il lavoro e la previdenza sociale...". In ottemperanza a detta disposizione fu emanato il DM del 2 febbraio 1960.

6. Erano dunque "in uso" presso l'INPS, alla data di costituzione del Fondo Volo, queste tre tabelle di coefficienti, e non già solo quella del 1964 per la determinazione della riserva matematica, come sostengono i pensionati.

Nè per individuare quella applicabile, la legge fornisce elementi, posto che fa generico riferimento, come già detto, "ai coefficienti in uso presso l'Inps".

I pensionati, appunto sul presupposto che la tabella del 1964 per la costituzione della riserva matematica, fosse l'unica "in uso" alla data di entrata in vigore della legge del 1965, sostengono che la medesima dovrebbe essere loro applicata, e per di più applicata come modificata del DM del 1981.

La tesi non risulta condivisibile perché nella legge del 1965 sul Fondo Volo non si trova alcun riferimento alla legge n. 1338/62, sulla costituzione della riserva matematica, si da poter individuare, tra le tre all'epoca esistenti, proprio la tabella del 1964 che ad essa si riferiva.

7. La applicazione della tabella del 1964 risulta preclusa anche in ragione delle profonde diversità tra i due istituti, ossia tra quello della riserva matematica e quello della capitalizzazione della quota di pensione: per quanto riguarda la prima, l'onere della sua costituzione grava sul datore di lavoro (ovvero, in alcuni casi, del lavoratore), mentre l'INPS non sopporta un onere immediato, anche se, successivamente, dovrà ovviamente erogare una maggiore pensione ma con una spesa frazionata nel corso del tempo. Si tratta di istituto necessario nel sistema previdenziale, non essendo consentito che la tutela assicurativa venga meno, o sia decurtata, nel caso di evasione dall'obbligo contributivo.

Viceversa la capitalizzazione di una quota della pensione spettante all'iscritto al Fondo Volo, grava sul Fondo medesimo, che eroga appunto, immediatamente, in forma capitale, una parte della pensione, mentre senza la capitalizzazione avrebbe diluito nel tempo il suo impegno economico. Inoltre, l'erogazione di quel capitale costituisce una forma di finanziamento che esula dai fini istituzionali della tutela previdenziale.

7.1. Ma anche quanto al meccanismo di calcolo, quello prefigurato dalla legge n. 1338/62, per la riserva matematica, non sembra affatto adeguato per la determinazione della capitalizzazione della quota di pensione, perché, in termini attuariali, non si tratta della stessa identica operazione di calcolo, e neppure si può dire che i coefficienti previsti per la omissione contributiva, stabilendo solo una equivalenza tra un capitale (la riserva matematica) ed una rendita vitalizia (il trattamento pensionistico), sarebbero utilizzabili anche per l'equivalenza inversa tra trattamento pensionistico e capitale, come previsto

dall'art. 34 della legge n. 859/65.

La riserva matematica, infatti, essendo commisurata ad una prestazione che si proietta nel futuro, viene calcolata avendo riguardo, non solo alla suddetta equivalenza, ma ad altri due importanti fattori che la alterano determinandone l'aumento: alla possibilità che leggi future introducano miglioramenti della pensione dovuta ed al fatto che la pensione che si va a costituire è reversibile.

L'onere posto a carico del datore, e quindi la provvista di cui l'INPS deve disporre, vengono pertanto commisurati in modo da tenere conto, non solo del rapporto tra capitale da versare e rendita da erogare, ma anche dei detti due ulteriori fattori, che ne determinano la maggiorazione.

La capitalizzazione della quota di pensione invece non comporta alcuna proiezione nel futuro, trattandosi solo di risalire, dalla quota di pensione, alla capitalizzazione secondo i coefficienti della vita media, e non sconta il rischio né di futuri aumenti, né della reversibilità.

Si vuoi dire cioè che i criteri di calcolo per la determinazione della riserva matematica per la costituzione della rendita vitalizia hanno delle peculiarità, in termini di maggior peso economico, che non sembra ne consentano l'uso per il calcolo della capitalizzazione della quota di pensione del Fondo volo.

Per quest'ultimo istituto sembra invero più coerente l'applicazione di una delle altre tabelle "in uso", e cioè quella di cui al DM n. 1403 del 1922, che non è stata mai né modificata né aggiornata, e che, questa si, reca solo l'equivalenza, sulla base dei dati demografici concernenti la vita media, tra una somma periodica e un capitale.

7.2. Se dunque non si può asserire che i coefficienti da applicare fossero quelli della tabella del 1964 per la costituzione della riserva matematica, ancor meno si possono ritenere applicabili le sue modifiche. Invero i pensionati, a sostegno della domanda intesa ad ottenere le differenze sulla quota di pensione capitalizzata, hanno riconosciuto, in contro ricorso, di avere percepito, attraverso i criteri elaborati autonomamente dall'Inps, una capitalizzazione maggiore di quella spettante con l'utilizzo della tabella di cui al DM 27 gennaio 1964, per il calcolo della riserva matematica.

La loro pretesa si fonda invece sulla applicazione del successivo DM 19 febbraio 1981, che ha modificato quello del 1964, aumentandone i coefficienti.

E' opportuno esaminare anche questa prospettazione, che risulterebbe invero superflua alla luce di quanto già detto, perché le ragioni della sua infondatezza avvalorano ulteriormente la risposta negativa.

7.3. In primo luogo l'art. 34 della legge del 1965 con il riferimento "ai coefficienti in uso presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale" opera un rimando "statico" a quelli all'epoca vigenti e non già un rinvio "dinamico" alle eventuali e successive modifiche, che sarebbe stato oltremodo pericoloso se fatto "al buio" con una delega in bianco a, necessariamente ignote, tabelle future, considerando soprattutto, come sopra rilevato, che i coefficienti di riferimento non potevano che essere quelli "già in uso" a fini diversi dalla capitalizzazione. Una simile "delega" avrebbe rischiato di compromettere la gestione economica del Fondo. Ed infatti, ciò che poteva essere economicamente compatibile nell'ambito della Assicurazione Generale Obbligatoria dei Lavoratori

Dipendenti (AGO), ossia nella gestione maggiore dell'Istituto, poteva non esserlo alla luce delle risorse nella ben più limitata gestione del Fondo Volo.

7.4. Si deve quindi concludere che il rinvio a coefficienti non specifici per il Fondo Volo ma riguardanti gestioni diverse, aventi regole e meccanismi parimenti diversi per il calcolo delle prestazioni, ed anche oneri economici profondamente diversi, non autorizza l'interprete a ritenere che quel rinvio sia di natura dinamica a tutte le modificazioni successive, che non avrebbero potuto tenere alcun conto dell'equilibrio finanziario del Fondo. Si tratta quindi di un rinvio "statico", per il fatto che, alla data di entrata in vigore della legge, non c'erano, né potevano esservi coefficienti specifici, per cui era necessitato il rimando a ciò che già esisteva.

8. Ciò premesso, la inapplicabilità al Fondo Volo del DM del 1981 invocato dai pensionati, si desume anche altrove, e cioè dalle sue medesime previsioni. Il titolo è il seguente: *"Sostituzione delle tabelle per il calcolo della riserva matematica nei trattamenti di pensione dell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti"*. Si enuncia quindi che le nuove tabelle valgono solo per l'Assicurazione Generale Obbligatoria (cfr. anche il n. 1 delle istruzioni: *"La presente tabella si applica quando è chiesto il riconoscimento nell'assicurazione generale obbligatoria...."*), ossia per la gestione dei lavoratori dipendenti, con esclusione quindi del Fondo Volo che è una gestione, parimenti esistente presso l'INPS, che fa parte però delle gestioni "sostitutive" dell'AGO, e che si caratterizza, come già rilevato, per una normativa profondamente diversa.

E' ben vero poi che nelle istruzioni contenute in tabella si prescrive che *"La tariffa medesima trova inoltre applicazione in tutti i casi in cui norme di legge rinviino espressamente alla procedura di cui all'art. 13 citato, ovvero sia possibile fare ricorso a tale procedura"*. Tuttavia - oltre al fatto che né nella legge istitutiva dei Fondo 859/65, né nelle sue successive modifiche si trova alcun riferimento alla "procedura di cui all'art. 13" - va considerato che questa clausola è pur sempre subordinata alla premessa di cui sopra, e cioè che si versi nella Assicurazione Generale Obbligatoria (AGO).

8.1. La applicazione al Fondo Volo del DM del 1981 è ancor più da escludersi se si ha riguardo alla sua parte motivazionale. Esso, infatti, sostituisce, per sua espressa previsione, sia il DM del 27 gennaio 1964, per l'applicazione dell'art. 13 della legge n. 1338/62, sia il DM 2 febbraio 1960, per l'applicazione dell'art. 15, comma 4, lett. d) della legge 20 febbraio 1958 n. 55 (di cui si è fatta menzione al precedente punto 5.3). La motivazione del decreto è la seguente: *"Considerato che, in seguito alle innovazioni ed ai miglioramenti intervenuti nell'ambito della assicurazione generale per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, i coefficienti contenuti nelle tariffe succitate risultano inidonei a fornire una adeguata copertura finanziaria degli oneri derivanti dall'applicazione dell'art. 13 della legge 20 febbraio 1958 n. 55 e dell'art. 13 della legge 12 agosto 1962 n. 1338..."*. Da ciò si desume che detta nuova tabella del 1981 è stata introdotta, in sostituzione delle precedenti, non già in considerazione dell'andamento demografico, con allungamento della vita media ecc, e cioè di eventi che avrebbero interessato anche il Fondo Volo, ma in considerazione di *"innovazioni e miglioramenti"* introdotti nel corso del tempo nella gestione AGO e solo in essa.

Non si hanno dunque elementi per affermare che i nuovi coefficienti del 1981 si debbano applicare anche per la capitalizzazione della quota di pensione di anzianità, come previsto dall'art. 34 della legge istitutiva del Fondo. Se la precedente tabella di cui al DM del 1964 potrebbe ritenersi astrattamente applicabile anche per la capitalizzazione del Fondo Volo, a cagione della mancanza di tabelle specifiche alla data della sua costituzione, altrettanto non può dirsi per la tabella del 1981, che espressamente e motivatamente regola solo i coefficienti che interessano l'AGO e che nessun cenno fa né al Fondo Volo specificamente, che pure operava ormai da oltre quindici anni, nè ad altri elementi che in qualche modo potevano interessarlo.

D'altra parte ben permaneva nel corso del tempo la diversità tra la gestione AGO e quella del Fondo Volo, dal momento che il lento percorso di armonizzazione tra le gestioni INPS, ha avuto inizio solo con l'emanazione della legge 8 agosto 1995 n. 335. Peraltro, per apprezzare l'ambito di diversità esistente ancora in epoca relativamente recente, si può citare l'art. 5 del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 503 che, per il Fondo Volo, ha mantenuto ferma l'età pensionabile di vecchiaia, la quale, in uno dei casi enumerati dall'art. 6 comma 1 dalla legge n. 480/88, poteva essere, (in presenza di una certa provvista contributiva) anche di soli quarantacinque anni, mentre nel regime generale, negli stessi anni 1994/1995, si richiedeva il compimento di sessantuno anni.

Pertanto, anche considerate le forti differenziazioni dell'età pensionabile, sembra incongruo applicare, per la capitalizzazione della quota di pensione del Fondo Volo, i medesimi coefficienti usati per la determinazione della riserva matematica nell'AGO.

9. Conclusivamente, la domanda intesa ad ottenere le differenze di capitalizzazione della quota di pensione in forza della applicazione dei coefficienti di cui al DM del 1981, è infondata.

La sentenza impugnata va quindi cassata e, non essendovi necessità di ulteriori accertamenti all'esito del principio enunciato, la causa va decisa nel merito ex art. 384 c.p.c., con il rigetto della domanda di cui al ricorso introduttivo.

Nulla per le spese dell'intero processo, trattandosi di causa previdenziale cui va applicato l'art. 152 disp. att. cod .proc. civ. non operando *ratione temporis* il disposto dell'art. 42 comma 11 del DL 30 settembre 2003 n. 326, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2007, p. 426

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Esecuzione forzata - Pignoramento di crediti di Enti e Istituti previdenziali ed assistenziali - Intervento dei creditori di detti Enti ai sensi dell'art. 551 c.p.c. - Giudice competente - Tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento posto a fondamento dell'intervento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 31.12.2009 n. 28291 - Pres. e Rel. Lamorgese - PM Sepe - INPS (Avv.ti Gavioli, Collina, Todaro, Riccio) - S.A.

In tema di esecuzione forzata, il creditore che intende sottoporre ad espropriazione crediti di Enti e Istituti di previdenza e assistenza obbligatoria su base territoriale deve agire, anche in qualità di interveniente, davanti al giudice dell'esecuzione della sede principale del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento in forza del quale agisce.

FATTO - L'INPS, nell'ambito della procedura di espropriazione presso terzi, proponeva, quale debitore esecutato, opposizione dinanzi al Tribunale di Nocera, avverso l'atto d'intervento spiegato dalla parte intimata indicata in epigrafe, deducendo, a tal fine, l'improcedibilità di detto intervento perché fondato su titolo esecutivo emesso da un ufficio giudiziario diverso da quello innanzi al quale era pendente il processo esecutivo.

L'adito giudice rigettava l'opposizione.

Il Tribunale, qualificata la domanda quale opposizione agli atti esecutivi in quanto volta a far valere l'inammissibilità dell'intervento, poneva a fondamento della decisione il rilievo che la nuova formulazione dell'art. 14, comma 1 bis, del d.l. n. 669 del 1996, convertito nella legge n. 30 del 1997, così come sostituito dall'art. 44, comma 3, del d.l. n. 269 del 2003, convertito nella legge n. 326 del 2003, prevedendo, nel caso di pignoramento di crediti, di cui all'art. 543 cod. proc. civ., promosso nei confronti di Enti ed Istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatorie organizzate su base territoriale, l'esclusività della competenza territoriale del giudice dell'esecuzione della sede principale del Tribunale nella cui circoscrizione aveva sede l'Ufficio giudiziario che aveva emesso il provvedimento in forza del quale la procedura era stata promossa, andava interpretata nel senso che siffatta competenza concerneva esclusivamente il pignoramento e non anche il diverso istituto dell'intervento.

Tanto, secondo il Tribunale, trovava conferma rispettivamente: nel rilievo che da una norma di carattere processuale non si potevano inferire effetti di natura sostanziale

dai quali far derivare la creazione di un'autonoma soggettività giuridica delle strutture periferiche dell'INPS, soggetto giuridico unico ed unitario; nella considerazione che l'istituto dell'intervento non era menzionato nella nuova formulazione della norma che, in quanto incidente sul bilanciamento di contrapposti interessi (quello individuale e quello generale rappresentato dalla ordinata gestione delle risorse finanziarie pubbliche), si presentava di stretta interpretazione; nella valutazione di ragioni di ordine sistematico tra le quali quella di evitare che per l'espropriazione di un medesimo credito potesse determinarsi una competenza concorrente tra più giudici dell'esecuzione, e che si venisse a determinare un differente regime giuridico per i creditori muniti di titolo esecutivo rispetto a quelli che ne erano sprovvisti.

Avverso tale sentenza l'INPS ricorre in cassazione sulla base di un'unica censura.

Parte intimata non svolge attività difensiva.

DIRITTO - Con l'unico motivo l'INPS, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 44, comma 3, lett. B, del d.l. n. 269 del 2003, convertito nella legge n. 326 del 2003, nonché insufficiente e contraddittoria motivazione, formula il quesito di cui all'art. 366 bis cod. proc. civ., così come introdotto dall'art. 6 del d. lgs. n. 40 del 2006.

Allega in proposito che la disposizione denunciata non può essere interpretata alla luce del solo valore letterale delle espressioni usate dal legislatore, ma tenendo conto anche della *ratio legis*. Richiama, poi, la sentenza n. 343 del 2006 della Corte Costituzionale.

Rileva, preliminarmente, il Collegio che l'art. 366 bis cod. proc. civ., così come introdotto art. 6 d. lgs. n. 40 del 2006, trova applicazione solo per i ricorsi per cassazione proposti avverso decisioni pubblicate a decorrere dal 2 marzo 2006 (v. per tutte Cass. 16275/07), mentre nella specie la decisione impugnata è stata pubblicata in data anteriore. Conseguentemente questa Corte è esonerata dal prendere in esame il quesito di diritto formulato dalla parte ricorrente.

Passando all'esame della censura ritiene il Collegio che la stessa è fondata.

La sentenza della Corte Costituzionale richiamata dall'Istituto ricorrente ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1-bis, del d.l. 31 dicembre 1996 n. 669, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1997 n. 30 e successive modificazioni apportate dall'art. 44, terzo comma, lett. b), del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003 n. 326, in riferimento agli artt. 3, comma primo, 24, commi primo e secondo, e 97, comma primo, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che anche l'intervento, ai sensi dell'art. 551 cod. proc. civ., del creditore di enti ed istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatoria organizzati su base territoriale debba essere proposto, a pena d'improcedibilità, rilevabile d'ufficio, esclusivamente nei processi esecutivi per espropriazione di crediti ex art. 543 cod. proc. civ. pendenti innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del Tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento posto a fondamento dell'intervento. A tale conclusione la Corte Costituzionale è pervenuta osservando che la disposizione di legge portata al

suo esame va interpretata, onde fugare i dubbi di illegittimità costituzionale sollevati dai giudici (di merito) remittenti, nel senso che per "pignoramento" di crediti di cui all'art. 543 cod. proc. civ., deve intendersi non l'atto introduttivo della procedura esecutiva, ma l'espropriazione dei crediti e, in quest'ottica, i verbi "promuovere" e "instaurare" vanno intesi come riferiti a qualsiasi azione esecutiva esperita dai creditori, anche a mezzo di intervento; per cui, in definitiva, la lettura della norma censurata indicata dal Giudice delle leggi come conforme a Costituzione è quella che il creditore, il quale intenda sottoporre ad espropriazione forzata crediti di enti ed istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatorie organizzati su base territoriale, deve agire esecutivamente, a pena d'improcedibilità, anche in qualità di interveniente, innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento in forza del quale agisce.

Com'è noto, ancorché l'interpretazione di una norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità che sia fornita dalla Corte Costituzionale come conforme a Costituzione in una sentenza di non fondatezza, non rappresenti un vincolo per il giudice successivamente chiamato ad applicare quella stessa norma (v. per tutte Cass. 5747/07), tuttavia detti giudici (non esclusa la Corte di Cassazione) non possono più accogliere l'interpretazione ritenuta viziata, ma possono solo risollevare la questione, ove non intendano aderire all'interpretazione adeguatrice del Giudice delle leggi, né ad altra interpretazione che, seppur diversa, ritengano parimenti conforme a Costituzione (Cass. n. 166/04).

Nel caso in esame, non ha ragione questa Corte di discostarsi dalla esegesi fornita dal giudice costituzionale, potendo una lettura alternativa della ripetuta disposizione normativa fondarsi unicamente sul suo tenore letterale, peraltro, come già detto, giudicato in violazione della Costituzione in considerazione dello scopo di tutelare gli enti di previdenza ed assistenza, perseguito dal legislatore col radicare la competenza del luogo di formazione del titolo giudiziale; scopo che rimarrebbe frustrato ove l'applicazione o meno della disciplina di tutela fosse rimessa alla mera scelta processuale (pignoramento o intervento) del creditore (venendo soddisfatto soltanto in riferimento al creditore che faccia valere la propria pretesa instaurando il processo esecutivo con il pignoramento di crediti e non anche in riferimento al creditore che intervenga in una procedura per espropriazione di crediti promossa davanti a un tribunale diverso da quello nel cui ambito territoriale avrebbe dovuto eseguire il pignoramento).

Per le suesposte ragioni il ricorso va accolto e la sentenza impugnata, espressione di una diversa interpretazione della norma in esame, va cassata e deve essere dichiarato improcedibile l'intervento spiegato dalla parte, oggi intimata, nella procedura esecutiva in danno dell'INPS.

Le spese dell'intero processo vanno compensate in ragione della novità delle questioni trattate e della pronuncia della Corte Costituzionale intervenuta solo nelle more del giudizio.

(Omissis)

Assicurazione contro la disoccupazione - Indennità di mobilità - Estensione alle imprese commerciali aventi determinati requisiti occupazionali - Riferimento temporale per verificare la titolarità del requisito - Media del semestre precedente all'apertura della procedura - Rilevanza.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 30.12.2009 n. 27764 - Pres. Sciarelli - Rel. De Renzis - PM Finocchi Ghersi - R.R. (Avv.ti Vacirca, Furfari) - INPS (Avv.ti Fabiani, Stumpo, Triolo)

In base al combinato disposto di cui agli artt. 1, primo comma, e 12, terzo comma, della legge n. 223 del 1991 (così come modificato dall'art. 7, settimo comma, del d.l. n. 148 del 1993, conv. in legge n. 236 del 1993), ai dipendenti delle imprese commerciali si estende il trattamento di mobilità previsto per i dipendenti delle imprese industriali ed artigiane, purché l'impresa soddisfi il requisito dimensionale previsto dalla legge, la cui sussistenza va verificata sulla base della media occupazionale del semestre precedente l'apertura della procedura, atteso che detto criterio tende ad identificare con effettività il requisito numerico, che, invece, ove sia verificato con riferimento alla data di apertura della procedura stessa, avrebbe carattere aleatorio.

FATTO - Con distinti ricorsi, depositati il 18.12.2003, T.S. e R.R. impugnavano rispettivamente le sentenze del Tribunale di Milano n. 3636 del 2002 e del Tribunale di Lecco n. 113 del 2002, che avevano respinto le domande proposte nei confronti dell'INPS di condanna al pagamento dell'indennità di mobilità - per un anno la T. e per due anni il R. -, a seguito del licenziamento dalla S.p.A. P., che nel semestre precedente l'avvio della procedura di mobilità occupava oltre 50 dipendenti.

Gli appellanti sostenevano che i giudici di primo grado avevano errato nel riferire alla data di apertura della procedura di mobilità il requisito della consistenza numerica della forza di lavoro aziendale (più di 50 dipendenti) previsto per il riconoscimento dell'indennità in questione, mentre andava considerata, per gli addetti al settore commerciale, la consistenza numerica riferita al semestre precedente l'apertura di tale procedura.

All'esito la Corte di Appello di Milano con sentenza n. 239 del 2005 ha rigettato l'appello con conferma delle decisioni di primo grado, osservando che nel silenzio legislativo appariva ragionevole e razionale ritenere che, nel dettare la disciplina dell'indennità di mobilità, ci si sia riferiti al momento cruciale della mobilità, costituito da quello iniziale.

Il R. ricorre per cassazione con un motivo, illustrato con memoria ex art. 378 c.p.c..

L'INPS ha depositato procura.

DIRITTO - 1. Con l'unico motivo del ricorso il R. lamenta violazione e falsa applicazione della legge n. 223 del 1991, con riferimento agli artt. 1-1° comma- e 12-3° comma-, come modificato dall'art. 7-7° comma- D.L. n. 148 del 1993, convertito nella

legge n. 236 del 1993.

Il ricorrente censura l'impugnata sentenza, ritenendo non corretta l'interpretazione seguita dal giudice di appello, il quale ha ritenuto che, ai fini dell'estensione ai dipendenti delle imprese commerciali del trattamento di mobilità previsto per i dipendenti delle imprese industriali e artigiane, il requisito dimensionale vada riferito al momento dell'apertura della procedura.

Al contrario il R. rileva che, nel silenzio della legge, l'anzidetta estensione comporta che il periodo temporale da prendere in considerazione sia quello della media del semestre anteriore all'avvio della procedura di mobilità.

La censura è fondata e merita di essere condivisa.

Questa Corte, nell'affrontare e risolvere analoga questione, ha osservato che il criterio della media nel semestre precedente l'apertura della procedura di mobilità tende ad identificare, con criterio di effettività, il requisito numerico, il quale, se verificato con riferimento alla data di apertura della stessa procedura, assume carattere aleatorio, anche perché influenzabile con surrettizie assunzioni (Cass. n. 17517 del 30 agosto 2005 e Cass. n. 17332 del 2005).

Dalla razionalità del criterio consegue, ha precisato questa Corte, che non vi è ragione logica per ritenere che il legislatore abbia voluto abbandonare per le imprese commerciali il più oggettivo requisito della media. E' stato ancora puntualizzato che il rilievo sistematico, secondo cui per le imprese artigiane il primo comma dell'art. 12 della legge n. 223 del 1991 rinvii al primo comma dell'art. 1 e non altrettanto faccia al terzo comma per le imprese commerciali, è agevolmente superabile dalla considerazione che, adottando per i dipendenti delle imprese artigiane il medesimo dato numerico, il criterio del rinvio era quello più semplice, mentre per i dipendenti delle imprese commerciali si è preferito indicare il solo dato numerico differente, ritenendo implicito il rinvio nel resto.

Né, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di appello, assume rilevo decisivo - si afferma ancora nelle richiamate decisioni di questa Corte - l'uso del congiuntivo presente ("*occupino*"), contenuto nell'art. 7, comma 7, del D.L. n. 148 del 1993, (che ha modificato in tal senso l'art. 12, comma 3, della legge n. 223 del 1991), in luogo del congiuntivo passato prossimo ("*abbiano occupato*"), contenuto nel primo comma dell'art. 1 della legge n. 223 del 1991. Sul punto viene osservato che, con l'estensione alle imprese commerciali del trattamento straordinario di integrazione salariale delle imprese industriali e della relativa disciplina, si è esteso anche il criterio, contenuto nell'art. 1 della legge n. 223 del 1991, della media del semestre per l'identificazione del requisito occupazionale, potendo essere riferito il verbo al presente non ad una data, ma al semestre stesso.

Orbene questo Collegio condivide le logiche argomentazioni contenute nelle richiamate decisioni del giudice di legittimità, dal che discende che l'impugnata sentenza, la quale, come già detto, ha ritenuto che la verifica del requisito occupazionale per la concessione del trattamento di mobilità debba essere effettuata al momento dell'apertura della procedura di mobilità e non sulla media del semestre, viola gli artt. 1 e 12 della legge n. 223 del 1991.

2. In conclusione il ricorso va accolto e per l'effetto l'impugnata sentenza va cassata,

con rinvio alla Corte di Appello di Milano in diversa composizione, che procederà a nuovo esame della causa sulla base del principio di diritto in precedenza evidenziato, secondo il quale per le imprese commerciali la verifica del requisito occupazionale per la concessione del trattamento di mobilità deve essere effettuata non al momento dell'apertura della procedura di mobilità, ma sulla media del semestre precedente la stessa apertura.

Il giudice di rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

(Omissis)

Contributi assicurativi - Classificazione dei datori di lavoro - Effetti dei provvedimenti di variazione dell'INPS ex art. 3, comma ottavo, della legge n. 335 del 1995 - Applicabilità a tutti i provvedimenti INPS, incluse le fattispecie anteriori all'art. 49 della legge n. 88 del 1989 - Limiti - Giudicato riguardante un diverso inquadramento.
Contributi assicurativi - Classificazione delle imprese per settori produttivi a fini previdenziali e assistenziali - Quadro normativo precedente all'entrata in vigore della legge n. 88 del 1989 - Attività industriale dell'impresa - Riconoscimento ai fini degli sgravi - Efficacia di giudicato nel successivo giudizio riguardante la determinazione dei contributi - Configurabilità - Fondamento.
Contributi assicurativi - Classificazione delle imprese precedente all'entrata in vigore della legge n. 88 del 1989 - Rilevanza dell'attività effettivamente svolta dall'impresa - Sussistenza - Rilevanza dei decreti ministeriali di "aggregazione" e degli atti di inquadramento emanati dall'INPS - Esclusione - Fattispecie in tema di inquadramento delle case di cura.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 30.12.2009 n. 27757 - Pres. Roselli - Rel. La Terza - PM Abbritti – La Casa Cura V.S.A. S.p.A. (Avv.ti Martire, Mirabelli, Icolari) - INPS (Avv.ti Coretti, Correra, Cossu)

1 - In materia di classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali, l'art. 3, comma ottavo, della legge 8 agosto 1995, n. 335, nella parte in cui (primo e secondo periodo) stabilisce che i provvedimenti di variazione dell'inquadramento, adottati dall'INPS d'ufficio o su richiesta dell'azienda, producono effetti dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento o della richiesta dell'interessato, ha valenza generale, ed è quindi applicabile ad ogni ipotesi di rettifica di precedenti inquadramenti

operata dall'Istituto previdenziale dopo la data di entrata in vigore della predetta legge - o anche prima, nel caso in cui la modifica, così come attuata, formi oggetto di controversia in corso a quella stessa data - salvo che la modifica dell'inquadramento sia dovuta non già ad un "ripensamento" dell'ente previdenziale che, con iniziativa unilaterale ed inaspettata per il datore, abbia modificato l'assetto preesistente, ma ad un'iniziativa dell'azienda, la quale, reclamando il diritto agli sgravi, abbia ottenuto un giudicato che sancisca il diverso inquadramento.

2 - In tema di classificazione delle imprese ai fini previdenziali ed assistenziali, nel quadro normativo anteriore all'entrata in vigore della legge 9 marzo 1989, n. 88 - quadro normativo rimasto applicabile alle imprese già esistenti, in virtù del disposto del comma terzo dell'art. 49 della stessa legge, fino al 31 dicembre 1996, secondo le disposizioni dell'art. 2, comma 215, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 - dipendendo l'inquadramento dalla natura dell'attività dell'impresa, ai sensi dell'art. 2195 cod. civ., la sentenza con cui sia stato riconosciuto il diritto agli sgravi sul presupposto della natura industriale di detta attività spiega efficacia di giudicato nel successivo giudizio avente ad oggetto la determinazione degli obblighi contributivi, in quanto i due giudizi hanno in comune il fatto costitutivo della domanda, rappresentato dalla natura dell'impresa, la quale non può essere rimessa in discussione neppure a fini diversi.

3 - In tema di classificazione delle imprese ai fini previdenziali ed assistenziali, nel quadro normativo anteriore all'entrata in vigore della legge 9 marzo 1989, n. 88, è la natura dell'attività di impresa, ai sensi dell'art. 2195 cod. civ., a determinarne l'inquadramento, non potendo essere attribuita alcuna rilevanza agli "atti" di inquadramento emanati dall'INPS, aventi natura meramente ricognitiva dei dati fattuali e normativi (diversamente dagli atti di inquadramento emanati in base al potere attribuito dall'art. 49 legge n. 88 del 1989 e secondo la disciplina dettata dall'art. 3, comma ottavo, della legge 8 agosto 1995, n. 335) e neppure ai decreti del Ministro del lavoro e della previdenza sociale di "aggregazione" dell'impresa ad un determinato settore produttivo, a norma dell'art. 34 del T.U. in materia di assegni familiari (d.P.R. 30 maggio 1955, n. 797), perché limitati nell'efficacia alla disciplina degli assegni familiari (fatte salve le disposizioni di leggi speciali). (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva escluso la possibilità di un doppio inquadramento delle case di cura, ossia come imprese commerciali ai fini della commisurazione dei contributi previdenziali e come imprese industriali ai fini degli sgravi, includendole, ad entrambi i fini, in quest'ultima categoria).

FATTO - Con la sentenza in epigrafe indicata del 22 giugno 2005 la Corte d'appello di Catanzaro confermava la statuizione di primo grado, con cui erano state rigettate le opposizioni proposte dalla Casa di Cura V.S.A. spa avverso i decreti ingiuntivi emessi ad

istanza dell'INPS per il pagamento dei maggiori contributi dovuti per l'inquadramento nel ramo industria, essendo stati pagati quelli inferiori, commisurati all'inquadramento nel settore commercio. La Corte territoriale, premesso che con la sentenza del Pretore di Catanzaro del 21 gennaio 1990, passata in giudicato, la società era stata inquadrata nel settore industria ai fini degli sgravi di cui alla legge 1089/68, escludeva la possibilità di un doppio inquadramento, ossia come impresa industriale ai fini degli sgravi e come impresa commerciale per la commisurazione dei contributi, dovendo invece l'inquadramento considerarsi unico per entrambi i fini. In particolare, per le attività iniziate prima dell'entrata in vigore dell'art. 47 legge n. 88 del 1989, si devono utilizzare i criteri vigenti in precedenza per cui le case di cura devono inquadrarsi nell'industria fino all'entrata in vigore del suddetto art. 47 e cioè fino al 31 dicembre 1996, ai sensi dell'art. 1 commi 234 e 215 della legge n. 662 del 1996. Né poteva attribuirsi rilevanza all'aggregazione di cui al TUAF in forza dei decreti ministeriali 28 dicembre 1934 e 20 giugno 1934, stante l'esistenza del giudicato sulla natura industriale.
Avverso detta sentenza la spa casa di Cura V.S.A. propone ricorso con un unico motivo. L'INPS ha depositato procura.

DIRITTO - La ricorrente lamenta violazione della legge n. 1089 del 1968 e successive modifiche, del TU n. 797 del 1955, dell'art. 2195 cod. civ. e difetto di motivazione, nonché eventuale incostituzionalità dell'art. 49 terzo comma legge n. 88 del 1989, per avere la Corte territoriale negato la possibilità di un doppio inquadramento, che sarebbe invece consentito dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Le case di cura, infatti, in applicazione dell'art. 33 TU n. 797 del 1955 rientravano, ai fini previdenziali, tra le aziende commerciali e tale inquadramento non poteva essere modificato in quanto disposto dal medesimo Istituto. Essa ricorrente, però, in forza della normativa speciale sugli sgravi, dovrebbe essere considerata impresa industriale, dovendosi fare esclusivo riferimento all'art. 2195 cod. civ.. Inoltre la sentenza del pretore di Catanzaro n. 993 del 1990, passata in giudicato, sulla sua natura industriale ai fini degli sgravi, non potrebbe spiegare effetti al di fuori di quel giudizio, e quindi non varrebbe a mutare l'inquadramento ai fini della misura dei contributi.

Il ricorso non merita accoglimento.

1. Il problema della possibilità del doppio inquadramento è sorto in relazione alle aziende operanti prima dell'entrata in vigore dell'art. 49 della legge n. 88 del 1989, che ha introdotto i nuovi criteri di classificazione delle imprese ai fini previdenziali, dal momento che, com'è noto, per queste, sono rimasti ancora vigenti, per molti anni, ossia fino al 31 dicembre 1996, gli inquadramenti precedenti (art. 1 comma 215 della legge n. 662 del 1996). Per il periodo successivo alla operatività dei nuovi criteri, la possibilità del doppio inquadramento viene meno, giacché questi valgono espressamente a "tutti" i fini previdenziali, per cui l'inquadramento determina la natura dell'azienda (industria, terziario ecc.) che vale sia per misura dei contributi, sia per il diritto agli sgravi o alla fiscalizzazione ecc.

Poiché dunque, in forza della disciplina transitoria di cui al citato art. 49, continuavano a valere gli inquadramenti precedenti, poteva darsi che, a causa della pretesa

diversità tra la normativa da applicare per il diritto agli sgravi e quella da applicare per la determinazione dei contributi, la medesima azienda fosse da considerare industriale quanto agli sgravi e commerciale quanto alla contribuzione. Donde le sentenze che ammettevano la possibilità di un doppio inquadramento (cfr. tra le numerose, Cass. a n. 4837 del 07/03/2006, per cui "L'inquadramento di un'impresa nel settore industria ai sensi dell'art. 2195 cod. civ. ed ai fini degli sgravi contributivi di cui alla legge n. 1089 del 1968, non osta al diverso inquadramento della stessa impresa, operante da epoca precedente l'entrata in vigore della L. n. 88 del 1989, in un diverso settore ai fini previdenziali e assistenziali, e ciò in forza della norma transitoria di cui all'art. 49 comma terzo della legge predetta, per la quale restano validi gli inquadramenti dei datori di lavoro disposti a fini previdenziali in conformità alla normativa previgente fino al 31 dicembre 1996.").

Altre sentenze invece escludevano la possibilità del doppio inquadramento, ritenendo che sia per gli sgravi, sia per la determinazione della contribuzione, si dovesse applicare la stessa normativa, onde non vi era possibilità di contrasto tra i due profili. E' stato infatti affermato (Cass. n. 11919 del 07/8/2003(1), Cass. n. 12011 dell'8/8/2003(2) e n. 5363 del 16/3/2004) che nel quadro normativo anteriore all'entrata in vigore della legge 9 marzo 1989, n. 88 - quadro normativo rimasto applicabile alle imprese già esistenti, in virtù del disposto del comma terzo dell'art. 49 della stessa legge, fino al 31 dicembre 1996, secondo le disposizioni dell'art. 2 comma duecentoquindicesimo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, - è la natura della attività di impresa, ai sensi dell'art. 2195 cod. civ., a determinarne l'inquadramento ai fini previdenziali ed assistenziali, senza che possa essere attribuita alcuna rilevanza agli "atti" di inquadramento emanati dall'INPS, aventi natura meramente ricognitiva dei dati fattuali e normativi (diversamente dagli atti di inquadramento emanati in base al potere attribuito dall'art. 49 legge 88\1989 e secondo la disciplina dettata dall'art. 3, comma ottavo, della legge 8 agosto 1995, n. 335) e neppure ai decreti del Ministro del lavoro e della previdenza sociale di "aggregazione" dell'impresa ad un determinato settore produttivo, a norma dell'art. 34 del T.U. in materia di assegni familiari (d.P.R. 30 maggio 1955, n. 797), perché limitati nell'efficacia alla disciplina degli assegni familiari (fatte salve le disposizioni di leggi speciali).

2. Alla stregua di questa giurisprudenza, ormai prevalente, cui il Collegio intende dare continuità, dovendosi applicare esclusivamente l'art. 2195 cod. civ., le case di cura rientrerebbero tra le aziende industriali sia ai fini della misura della contribuzione, sia ai fini degli sgravi. Non esiste quindi una diversità di normativa applicabile: se, per accertare la natura industriale o no dell'impresa, non si può avere riguardo né ai decreti di aggregazione - in quanto, essendo menzionati nella legislazione concernente gli assegni familiari, valgono solo per essi - né ai provvedimenti di classificazione dell'INPS, aventi solo efficacia ricognitiva, l'unica norma operante, sia per gli sgravi sia ai fini della misura dei contributi, è quella dell'art. 2195 cod. civ. che delinea le caratteristiche dell'impresa industriale.

3. Nella specie vi è un elemento ulteriore che smentisce la tesi della società, costituito dal giudicato di cui alla sentenza del Pretore di Catanzaro del 21 gennaio 1990, sulla natura industriale della società.

Occorre allora esaminare, nella specie, l'efficacia del giudicato formatosi a seguito di detta sentenza, con cui la società ricorrente è stata inquadrata come impresa industriale ai fini degli sgravi, e decidere se essa faccia stato anche ai fini della determinazione degli obblighi contributivi; ossia, se quella statuizione sulla natura industriale emessa a suo tempo per accertare il diritto agli sgravi, valga anche a fini diversi, e cioè per la determinazione della misura dei contributi, che è la questione che si pone nel presente giudizio, nonché per periodi diversi (attenendo la presente controversia a periodi contributivi sicuramente successivi, come risulta dalle date delle ingiunzioni opposte, rispetto a quelli coperti dal giudicato del 1990).

Sul punto alcune pronunzie (Cass. n. 16150 del 20/07/2007 e n. 10623 del 08/05/2009) hanno da ultimo affermato, in fattispecie analoghe che "Qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento al medesimo rapporto giuridico, ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto, anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo ed il "petitum" del primo." Ed infatti, la sentenza che riconosce il diritto agli sgravi ha come necessario presupposto la verifica della sua natura industriale la quale, in mancanza di modifiche sopravvenute, non può che valere anche ai fini diversi, ossia vale in tutti i casi in cui siano comunque in discussione le caratteristiche dell'impresa. Quel giudicato costituisce condanna in futuro ad una prestazione periodica (pagamento dei contributi in misura inferiore stante il diritto agli sgravi) inerenti ad una situazione durevole nel tempo (natura industriale dell'impresa) che sono legate da un nesso di condizionalità permanente ad uno dei fatti costitutivi a sua volta durevole. In altri termini, una volta che il giudicato abbia accertato la natura industriale dell'impresa ai fini degli sgravi, facendo applicazione dell'art. 2195 cod. civ., non si può poi negarla, alla luce della medesima disposizione, per farla rientrare in un settore diverso ai fini di determinare la contribuzione da versare. Si tratta della complessa questione dei limiti oggettivi del giudicato per cui tutte le questioni che furono fatte (o si sarebbero potute fare) intorno al diritto oggetto del primo giudizio, non possono essere riproposte in un secondo processo, ove ciò possa avere per risultato di rimettere in discussione il bene riconosciuto dal precedente giudicato. Nella specie, sia il giudizio conclusosi con il giudicato, sia quello presente hanno in comune il fatto costitutivo concernente la natura industriale dell'impresa, questione che non può essere rimessa in discussione neppure a fini diversi.

4. Nella specie, tuttavia, ci si deve far carico di una ulteriore questione. Nei casi in cui, di fatto, l'azienda abbia ricevuto per anni un diverso inquadramento, com'è pacifico nella specie, in cui la ricorrente ha versato sempre la contribuzione prevista per il settore commercio, originando così la presente causa (in cui la pretesa dell'Istituto è volta ad ottenere la maggiore contribuzione prevista per il settore industria) si deve fare i conti con una "relativamente" nuova disposizione, di cui la giurisprudenza precedente non ha potuto tenere conto, e che attiene all'efficacia temporale dei provvedimenti di variazione

dell'inquadramento disposti dall'INPS, ancorché gli inquadramenti precedenti fossero patentemente errati.

Si tratta della legge 8 agosto 1995, n. 335, art. 3, comma 8, nella parte in cui (primo e secondo periodo) stabilisce che i provvedimenti di variazione della classificazione dei datori di lavoro a fini previdenziali, adottati dall'INPS d'ufficio o su richiesta dell'azienda producono effetti "dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento...".

Facendo applicazione di questa disposizione l'INPS non potrebbe pretendere la contribuzione per il settore industria per un periodo anteriore a quello in cui ha determinato la variazione di inquadramento, e quindi il ricorso, avverso la sentenza che ha rigettato l'opposizione al decreto ingiuntivo dell'Istituto, avente ad oggetto i maggiori contributi previsti per il settore industriale, dovrebbe essere accolto.

Va però segnalato che la disposizione della legge 335/95 sopra indicata, precisa che la non retroattività dei nuovi inquadramenti disposti dall'INPS si applica anche ai rapporti per i quali, alla data di entrata in vigore della legge, "pendano controversie non definite con sentenza passata in giudicato".

Invero le Sezioni unite con la sentenza n. 16875 del 12/8/2005 hanno individuato la ratio della irretroattività (anche per periodi precedenti alla entrata in vigore dell'art. 47 legge n. 88 del 1989, in cui, peraltro, il regime transitorio aveva dato luogo al contenzioso più numeroso) nella esigenza di regolamentare gli effetti dei "ripensamenti" dell'Istituto previdenziale - ancorché qualificabili come atti meramente ricognitivi e vincolati - a tutela dell'affidamento dei datori di lavoro negli inquadramenti già riconosciuti, fino alla loro successiva modificazione. Questa ritenuta irretroattività non ha, però, ragione di operare quando, come nella specie, la modifica dell'inquadramento nel settore industria, in luogo di quello operante nel settore commercio, sia dovuto non già ad un "ripensamento" dell'ente previdenziale che, con iniziativa unilaterale ed inaspettata per il datore, modifichi l'assetto preesistente, ma sia dovuto ad iniziativa dell'azienda, quando questa, reclamando il diritto agli sgravi, ottenga il giudicato che sancisca l'inserimento nel settore industria.

5. Conclusivamente vale, ai sensi della citata disposizione della legge n. 335/95, la ultrattività dei pregressi inquadramenti, ma, stante il giudicato di cui sopra si è riferito, che la nuova norma espressamente fa salvo, l'inquadramento doveva essere quello nel settore industria, che permane fino al 31 dicembre 1996, in forza dell'art. 2 comma 215 legge 662/96, (sulle differenze di contributi richieste per l'anno 1997 non vi è questione perché discendono da differenze dell'aliquota dovuta con il corretto inquadramento nel settore terziario, ai sensi del citato art. 47 legge n. 88 del 1989).

Il ricorso va quindi rigettato.

Nulla per le spese non avendo l'INPS svolto attività difensiva.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 1085

(2) Idem, Idem, p. 1080

Contributi assicurativi - Sanzioni civili - Art. 4 del d.l. n. 536 del 1987, convertito, con modificazioni, nella legge n. 48 del 1989 - Graduazione delle sanzioni - Fattispecie concernente evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero.
Impresa artigiana - Società in nome collettivo - Qualificabilità come impresa artigiana - Condizioni.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 22.12.2009 n. 26992 - Pres. e Rel. De Luca - PM Matera - L.P.T. snc in liquidazione (Avv. De Vito) - INPS (Avv. ti Sgroi, Correra, Coretti)

1 - In tema di mancato pagamento nei termini prescritti dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, l'art. 4 del decreto-legge n. 536 del 1987, convertito, con modificazioni, nella legge n. 48 del 1988, prevede sanzioni civili in misura distinta e in particolare: a) nell'ipotesi di omessi o ritardati pagamenti il cui ammontare sia rilevabile dalle denunce o registrazioni obbligatorie, l'applicazione del tasso di differimento e dilazione di cui all'art. 13 del decreto-legge n. 402 del 1981, convertito dalla legge n. 537 del 1981, e successive modificazioni, con la maggiorazione di cinque punti; b) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi derivante da oggettive incertezze connesse a contrastanti orientamenti giurisprudenziali o amministrativi, l'applicazione di detto tasso, non maggiorato; c) nel caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, la sanzione commisurata al cinquanta per cento degli importi evasi. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza della corte territoriale che aveva inflitto la sanzione comminata dalla citata lett. c) del decreto-legge n. 536 del 1987 a società in nome collettivo che aveva denunciato l'attività come impresa artigiana e aveva omesso la comunicazione delle condizioni, ancorché sopravvenute, per un inquadramento diverso dal settore artigiano, condizioni accertate solo in sede ispettiva).
2 - La società in nome collettivo può essere considerata impresa artigiana, ai sensi dell'art. 3, comma secondo, della legge 8 agosto 1985, n. 443, solo a condizione che la maggioranza dei soci (ovvero uno nel caso di due soci) svolga in prevalenza attività personale.

FATTO - Con sentenza del 21 dicembre 1994/23 marzo 1995 - per quel che ancora interessa - il Tribunale di Cremona - in riforma di sentenza del Pretore della stessa sede - accoglieva la domanda proposta, contro l'INPS, dalla L.P.T. (Laboratorio prove tecnologiche) di C.E. S.n.c. - per ottenere, previa declaratoria di *illegittimità* del proprio inquadramento nel settore terziario (a far tempo dal 1 marzo 1989), la condanna dell'Istituto a restituire quanto indebitamente ricevuto a titolo di differenze contributive ed accessori (nella misura, indicata contestualmente, oltre interessi) - in base, essenzialmente, al rilievo che (come si evinceva anche dalla sentenza delle Sezioni

Unite di questa Corte n. 4837 del 18 maggio 1994(1)) risultava assicurata (dall'art. 49, comma 3, parte seconda, della legge n. 88 del 1989) la *ultrattività* - anche dopo l'entrata in vigore del nuovo *sistema di classificazione*, a fini previdenziali, dei datori lavoro (di cui allo stesso art. 49 della legge n. 88 del 1989) - dell'inquadramento pregresso della società nel settore artigiano, in dipendenza dell'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane.

Avverso la sentenza d'appello, l'INPS proponeva ricorso per cassazione - affidato a tre motivi - al quale la società intimata resisteva - con controricorso - e proponeva, contestualmente, ricorso incidentale.

E questa Corte (con sentenza n. 2090 del 26 febbraio 1998) rigettava il ricorso incidentale della società intimata (con il quale si denunciava la decadenza di controparte, dall'istanza diretta a far valere l'illegittimità del proprio inquadramento, per il periodo anteriore alla entrata in vigore della legge n. 89 del 1988, in quanto non proposta con domanda riconvenzionale nella comparsa di risposta, ai sensi dell'art. 418 c.p.c.), mentre accoglieva il ricorso principale dell'INPS - cassando con rinvio, in relazione al ricorso accolto, la sentenza impugnata - in base, essenzialmente, al rilievo che - salvo il *principio di ultrattività* degli inquadramenti pregressi (di cui all'art. 49, comma 3, parte seconda, della legge n. 89 del 1989, cit.) - occorreva accertare in concreto, tuttavia, se la stessa società andasse inquadrata nel settore artigiano oppure dovesse essere inquadrata diversamente (in base ai criteri, di cui all'art. 2195 cod. civ.) - nel periodo antecedente, appunto, la *riforma* del 1989 - precisando, all'uopo, che la società - avendo agito in giudizio per ottenere il riconoscimento dell'inquadramento nel settore artigiano - era gravata (ai sensi dell'art. 2697 c.c.) dall'onere di provare la sussistenza degli elementi essenziali ai fini della classificazione pretesa, in relazione alla quale, peraltro, l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane rivestiva *mera valenza indiziaria* e, comunque, non precludeva la contestazione del *carattere artigiano* - neanche nell'ipotesi in cui l'iscrizione assumesse *efficacia costitutiva* - ai fini del regime previdenziale applicabile.

Con sentenza del 13 aprile - 22 giugno 1999, il Tribunale di Crema, designato quale giudice di rinvio - in riforma della sentenza di primo grado - accoglieva la domanda proposta, contro l'INPS, dalla L.P.T. (Laboratorio prove tecnologiche) di C.E. S.n.c. - per ottenere, previa declaratoria di *illegittimità* del proprio inquadramento nel settore terziario (a far tempo dal 1 marzo 1989), la condanna dell'Istituto a restituire quanto indebitamente ricevuto a titolo di differenze contributive ed accessori (nella misura, indicata contestualmente, oltre interessi) - muovendo dalla premessa che *la sentenza rescindente risultasse contraddittoria* - laddove pone a carico dell'impresa l'onere di provare la propria natura artigiana, dopo avere invocato un *precedente* (Cass. 5 aprile 1996, n. 3184) che afferma il contrario - e sulla base, essenzialmente, del rilievo che la *insussistenza della natura artigiana* non era stata provata dall'INPS - che ne aveva l'onere - in quanto, da un lato, il verbale ispettivo non conteneva elementi sufficienti a legittimare la modifica dell'inquadramento e, dall'altro, le dichiarazioni sul valore dei macchinari e sull'ammontare del fatturato - rese dal signor C. al Pretore - non consentivano di escludere la natura artigiana.

Inoltre era da escludere - secondo la stessa sentenza - che le contestazioni mosse dall'INPS, sulla natura artigiana della società, imponessero un'indagine - circa la reale categoria di appartenenza della stessa società (secondo i criteri di cui all'art. 2195 c.c.), nel periodo antecedente la *riforma* del 1989 - nel difetto di qualsiasi prova - idonea a rimuovere l'efficacia costitutiva dell'iscrizione all'albo (delle imprese artigiane, appunto) - peraltro mai impugnata dall'Istituto e *confermata* (per il periodo dal 7 luglio 1980 al 10 aprile 1996) - nel corso del giudizio (con delibera del 18 marzo 1999) - dalla Commissione provinciale per l'artigianato di Cremona.

Avverso la sentenza del giudice di rinvio, l'INPS proponeva ricorso per Cassazione - affidato ad un motivo - al quale resisteva, con controricorso, l'intimata L.P.T. (Laboratorio prove tecnologiche) di C.E. S.n.c..

E questa Corte (con sentenza n. 8485 del 28 maggio 2003) accoglieva il ricorso - cassando, per l'effetto, la sentenza impugnata con rinvio - in base, essenzialmente, al rilievo che - pure essendo il principio di diritto, enunciato dalla sentenza rescindente, vincolante non solo per il giudice di rinvio, ma anche per la stessa Corte di Cassazione, se nuovamente investita - il giudice di rinvio - ritenendola *contraddittoria* - se ne era discostato, tuttavia, laddove - attesa la *efficacia costitutiva* dell'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, mai impugnata dall'Istituto - aveva posto, a carico dell'INPS, l'onere della prova contraria, con la conseguenza che - *"non ritenendo sufficienti gli elementi contenuti nel verbale di accertamento dell'ispettore INPS, per una modifica del precedente inquadramento, e non reputando, parimenti decisive le dichiarazioni sul valore dei macchinari e sull'ammontare del fatturato, doveva restare fermo il precedente inquadramento, non essendo necessaria una indagine sulla reale categoria di appartenenza anche nel periodo precedente la riforma, secondo i criteri di cui all'art. 2195 c.c."* - aveva omesso l'indagine - che gli era stata demandata, appunto, dalla sentenza rescindente - circa la *"concreta attività svolta"* dalla società.

Con la sentenza ora denunciata - nella parte che ancora interessa - la Corte d'appello di Brescia - alla quale la causa è stata rinviata per un nuovo riesame - confermava la sentenza del Pretore di Cremona, sia laddove aveva rigettato la domanda proposta, contro l'INPS, dalla L.P.T. (Laboratorio prove tecnologiche) di C.E. S.n.c. - per ottenere, previa declaratoria di *illegittimità* del proprio inquadramento nel settore terziario (a far tempo dal 1 marzo 1989), la condanna dell'Istituto a restituire quanto indebitamente ricevuto a titolo di differenze contributive ed accessori (nella misura, indicata contestualmente, oltre interessi) - in base, essenzialmente, al *"minore valore"* dei beni strumentali impiegati ed al *"minore contenuto professionale"* dell'attività svolta (di *"controllo di qualità"*), ma, soprattutto, in base al rilievo che *"non risulta, non è provato, che la maggioranza dei soci (nella fattispecie, almeno uno dei due) svolgesse prevalentemente la sua attività nell'impresa partecipando anche al lavoro manuale"* - in quanto, *"secondo la stessa dichiarazione di C.E. (vedi c.t.u.), egli, oltre ad occuparsi della parte gestionale e amministrativa, era "responsabile di reparto", dizione alquanto generica, che non implica affatto un lavoro manuale nell'impresa (del resto, attività manuale era (ed è) svolta dal C. nella impresa individuale CRC, quale tecnico specializzato NDT)"* - sia laddove aveva inflitto la sanzione - comminata

(dall'art. 4 del decreto legge n. 536 del 1987, convenuto nella legge n. 48 del 1988) per la fattispecie di *"evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero"* - in base, essenzialmente, al rilievo che *"la denuncia della inattività come impresa artigiana e l'omessa comunicazione delle condizioni, ancorchè sopravvenute, per il diverso inquadramento, accertate solo in sede di ispezione, integrano (tale) fattispecie"*.

Avverso tale sentenza, la L.P.T. (Laboratorio prove tecnologiche) di C.E. S.n.c. in liquidazione propone ricorso per cassazione, affidato a due motivi.

L'intimato Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) resiste con controricorso.

DIRITTO - 1.1. Con il primo motivo di ricorso - denunciando violazione e falsa applicazione di *norme di diritto* (artt. 2 e 3 della legge n. 443 del 1985; artt. 113 e 116 c.p.c.), nonché vizio di motivazione (art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.) - la L.P.T. (Laboratorio prove tecnologiche) di C.E. s.n.c. in liquidazione censura la sentenza impugnata - per avere confermato il rigetto della propria domanda, diretta ad ottenere l'inquadramento nel settore artigiano (a far tempo dal 1 marzo 1989), in base, essenzialmente, al *"minore valore"* dei beni strumentali impiegati ed al *"minore contenuto professionale"* dell'attività svolta (di *"controllo di qualità"*), ma, soprattutto, in base al rilievo che *"non risulta, non è provato, che la maggioranza dei soci (nella fattispecie, almeno uno dei due) svolgesse prevalentemente la sua attività nell'impresa partecipando anche al lavoro manuale" - in quanto, "secondo la stessa dichiarazione di C.E. (vedi c.t.u.), egli, oltre ad occuparsi della parte gestionale e amministrativa, era "responsabile di reparto", dizione alquanto generica, che non implica affatto un lavoro manuale nell'impresa (del resto, attività manuale era (ed è) svolta dal C. nella impresa, individuale CRC, quale tecnico specializzato NDT.)"* - sebbene inducessero ad opposta decisione, essenzialmente, le circostanze e le considerazioni seguenti:

- intanto, *"se i beni strumentali (tipico oggetto dell'investimento di capitale) hanno minor valore, l'impresa è, semmai, ancora più artigiana"*;
- *"l'affermazione, secondo cui l'attività della LPT sarebbe stata "a minore contenuto professionale" è, poi, del tutto incomprensibile sul piano legislativo e sistematico"*;
- peraltro *"ciò che in tutta evidenza vuole la legge è che l'artigiano o il socio artigiano sia prima di tutto un lavoratore e che, nell'ambito della singola impresa, tale funzione prevalga su quella manageriale (che pure, naturalmente, deve esistere"*;
- ora *"la possibilità, per un imprenditore individuale artigiano di essere socio di una società artigiana, è stata riconosciuta dalla dottrina ed è stata, altresì, esplicitamente sancita dalla L.R. Lombarda 16 dicembre 1989, n. 73, art. 2, comma 2 concernente la Disciplina istituzionale dell'artigianato lombardo"*;
- *"venendo meno il fondamento di tali argomentazioni, dovrebbe quindi risultare confermata la circostanza secondo cui il C. partecipava all'attività nel processo produttivo di LPT, come accertato dal ctu con i riconoscimento di mansioni di responsabile tecnico e di responsabile di reparto"*;

- peraltro la sentenza impugnata ha omesso qualsiasi valutazione sugli accertamenti - circa la *natura artigiana* della società ricorrente - eseguiti dalla Commissione provinciale dell'artigianato di Cremona, quali risultano dai *"pareri rilasciati con lettera prot. 114 - 12.2.1999 (documento n. 3 del fascicolo del rinvio avanti il Tribunale di Crema)"*.

Il primo motivo del ricorso non è fondato.

1.2. All'esito della *interpretazione diretta* (vedi, sul punto, Cass., Sez. Un., n. 11501 del 9 maggio 2008), risulta confermato che la sentenza rescindente (n. 2090 del 26 febbraio 1998) - in accoglimento del ricorso principale dell'INPS - ha cassato con rinvio la sentenza d'appello, in base, essenzialmente, al rilievo che - salvo *il principio di ultrattività* degli inquadramenti pregressi (di cui all'art. 49, comma 3, parte seconda, della legge n. 88 del 1989) - occorreva accertare in concreto, tuttavia, se la stessa società andasse inquadrata nel settore artigiano oppure dovesse essere inquadrata diversamente (in base ai criteri, di cui all'art. 2195 c.c.) - nel periodo antecedente, appunto, la riforma del 1989 - precisando, all'uopo, che la società - avendo agito in giudizio per ottenere il riconoscimento dell'inquadramento nel settore artigiano - era gravata (ai sensi dell'art. 2697 c.c.) dall'onere di provare la sussistenza degli elementi essenziali ai fini della classificazione pretesa, in relazione alla quale, peraltro, l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane rivestiva *mera valenza indiziaria* e, comunque, non precludeva la contestazione del *carattere artigiano* - neanche nell'ipotesi in cui l'iscrizione assumesse *efficacia costitutiva* - ai fini del regime previdenziale applicabile.

Parimenti all'esito della *interpretazione diretta*, risulta confermato, altresì, che la successiva sentenza rescindente (n. 8485 del 28 maggio 2003) - in accoglimento del ricorso dell'INPS - ha cassato con rinvio la sentenza del giudice di rinvio, in base, essenzialmente, al rilievo che - pure essendo il principio di diritto, enunciato dalla (prima) sentenza rescindente, vincolante non solo per il giudice di rinvio, ma anche per la stessa Corte di Cassazione, se nuovamente investita - il giudice di rinvio - ritenendola *contraddittoria* - se ne era discostato, tuttavia, laddove - attesa la *efficacia costitutiva* dell'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, mai impugnata dall'Istituto - aveva posto, a carico dell'INPS, l'onere della prova contraria, con la conseguenza che - *"non ritenendo sufficienti gli elementi contenuti nel verbale di accertamento dell'ispettore INPS, per una modifica del precedente inquadramento, e non reputando, parimenti, decisive le dichiarazioni sul valore dei macchinari e sull'ammontare del fatturato, doveva restare fermo il precedente inquadramento, non essendo necessaria una indagine sulla reale categoria di appartenenza anche nel periodo precedente la riforma, secondo i criteri di cui all'art. 2195 c.c."* - aveva omesso l'indagine - che gli era stata demandata, appunto, dalla (prima) sentenza rescindente - circa la *"concreta attività svolta"* dalla società.

A tale indagine provvede la sentenza, ora investita da ricorso per Cassazione, conformandosi alle indicazioni della prima sentenza rescindente (n. 2090 del 26 febbraio 1998) - in punto di onere probatorio, a carico della società ora ricorrente, e di carenza di efficacia preclusiva (di ogni accertamento contrario o, comunque, diverso) della iscrizione all'albo delle imprese artigiane - e pervenendo all'accertamento negativo -

circa la natura artigiana della società ora ricorrente, appunto, nel periodo antecedente la riforma del 1989 - senza meritare le censure che le vengono mosse con il primo motivo di ricorso.

1.3. Invero la società in nome collettivo (quale la società ora ricorrente) può essere considerata *impresa artigiana* (ai sensi dell'art. 3, comma 2, della legge 8 agosto 1985, n. 443, *Legge-quadro per l'artigianato*) - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 15690/2000, 23795/2006, 4161/88(2)) - *a condizione che la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale*.

E la sentenza ora impugnata - come è stato riferito in narrativa - ha accertato che, nella specie, *"non risulta, non è provato, che la maggioranza dei soci (nella fattispecie, almeno uno dei due) svolgesse prevalentemente la sua attività nell'impresa partecipando anche la lavoro manuale"*.

Il difetto di prova, poi, equivale alla prova contraria - come prospettato dalla stessa sentenza (*"non risulta, non è provato"*) - ove si consideri che la sentenza rescindente (n. 2090 del 26 febbraio 1998) impone, alla società ora ricorrente, l'onere di provare la *natura artigiana* pretesa.

Tanto basta per rigettare il primo motivo di ricorso, senza necessità di scrutinare se rilevino - al fine dell'inquadramento, appunto, nel settore artigianale - altri elementi invocati, allo stesso fine, dalla sentenza impugnata (quali il *"minore valore"* dei beni strumentali impiegati ed il *"minore contenuto professionale"* dell'attività svolta).

Parimenti rigettato deve essere, tuttavia, anche il secondo motivo.

2.1. Con il secondo motivo - denunciando violazione e falsa applicazione di *norme di diritto* (art. 4 del decreto legge n. 536 del 1987, convertito in legge n. 48 del 1988; 113 e 116 c.p.c.), nonché vizio di motivazione (art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.) - la società ricorrente censura, infatti, la sentenza impugnata - per averle inflitto la sanzione, comminata (dall'art. 4 del decreto legge n. 536 del 1987, convertito nella legge n. 48 del 1988, cit.) per la fattispecie di *"evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero"* - sebbene esulasse qualsiasi responsabilità della stessa società per l'omissione contributiva - in dipendenza del proprio inquadramento nel settore artigiano - oppure, in subordine, dovessero trovare applicazione le sanzioni più lievi (di cui alle lettere a e b dello stesso art. 4 del decreto legge n. 536 del 1987, convertito nella legge n. 48 del 1988, cit.).

Come è stato anticipato, anche il secondo motivo di ricorso deve essere rigettato.

2.2. In tema di contributi previdenziali, infatti, l'obbligo relativo alle *somme aggiuntive* (cosiddette *sanzioni civili*) - che il datore di lavoro è tenuto a versare, in caso di omesso o tardivo pagamento dei contributi - costituisce una conseguenza automatica dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento - in funzione di rafforzamento dell'obbligazione contributiva e di predeterminazione legale, con presunzione assoluta (*iuris et de iure*), del danno cagionato all'ente previdenziale - e, pertanto, non è consentita - secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 20041/08, 18148/06(3), 15930/04, 16060/2003, 14591/2001(4), 9728, 8644, 8324, 8323/2000(5), 5088(6), 2689(7), 1257, 679/95, 10964, 3239/92(8)) - alcuna indagine

sull'elemento soggettivo del debitore della contribuzione, al fine dell'esclusione o della riduzione della sanzione civile.

Peraltro la disposizione (art. 4 del decreto-legge 30 dicembre 1987, n. 536, convertito con modifiche nella legge 29 febbraio 1988, n. 48) - in relazione al mancato pagamento nei termini stabiliti dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali - prevede *sanzioni civili* nelle misure diverse seguenti: **a)** nell'ipotesi di omessi o ritardati pagamenti, il cui ammontare sia rilevabile dalle denunce o registrazioni obbligatorie, l'applicazione del tasso di differimento e dilazione (di cui all'art. 13 del d.l. n. 402 del 1981, conv. dalla legge n. 537 del 1981, e successive modificazioni), con la maggiorazione di cinque punti; **b)** nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, derivante da oggettive incertezze connesse a contrastanti orientamenti giurisprudenziali o amministrativi, l'applicazione di detto tasso, non maggiorato; **c) nel caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, commisura la sanzione al cinquanta per cento degli importi evasi (sul punto, vedi Cass. n. 7691/96(9), 15939/2004)**.

Alla luce dei principi di diritto enunciati, la sentenza impugnata non merita le censure - che le vengono mosse con il secondo motivo di ricorso - per avere confermato la sentenza di primo grado (del Pretore di Cremona), che aveva inflitto all'attuale ricorrente la sanzione - comminata (dall'art. 4, lett. c, del decreto legge n. 536 del 1987, convertito nella legge n. 48 del 1988), appunto, per la fattispecie di *"evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero"* - in base, essenzialmente, al rilievo che *"la denuncia della attività come impresa artigiana e l'omessa comunicazione delle condizioni, ancorchè sopravvenute, per il diverso inquadramento, accertate solo in sede di ispezione, integrano (tale) fattispecie"*.

Tanto basta per rigettare - come è stato anticipato - anche il secondo motivo di ricorso.

3. Il ricorso, pertanto, deve essere integralmente rigettato.

Le spese di questo giudizio di cassazione seguono la soccombenza (art. 385 c.p.c., 1° comma, in relazione all'art. 91 c.p.c.).

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 963
(2) Idem, 1988, p. 1846
(3) Idem, 2006, p. 553
(4) Idem, 2002, p. 444
(5) Idem, 2001, p. 144
(6) Idem, 1995, p. 920
(7) Idem, idem, p 516
(8) Idem, 1992, p. 904
(9) Idem, 1996, p. 814

Contributi assicurativi - Sgravi - Condono previdenziale - Domanda presentata ai sensi della legge n. 63 del 1993 - Successivo più favorevole intervento di sanatoria ai sensi dell'art. 1, comma 193 e seguenti, della legge n. 662 del 1996 - Applicabilità al condono precedente - Condizioni - Domanda dell'interessato - Necessità - Persistenza dell'omissione - Necessità.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 09.12.2009 n. 25747 - Pres. De Luca - Rel. La Terza - PM Fucci – I.M. di G.C. & C. S.A.S. (Avv. Norscia) - INPS (Avv.ti Correra, Maritato, Sgroi, Coretti)

In tema di condono previdenziale, il reiterarsi di disposizioni relative al medesimo periodo di omissione contributiva con l'attribuzione di benefici differenziati non comporta, qualora l'interessato si sia avvalso delle procedure previste dal condono introdotto dalla legge n. 63 del 1993, l'applicazione d'ufficio e in via retroattiva della successiva più favorevole sanatoria introdotta dall'art. 1, comma 193 e ss., della legge n. 662 del 1996 (che consentiva di beneficiare della fiscalizzazione e di sgravi contributivi), presupponendo detta disciplina che la domanda di condono sia presentata dopo la sua entrata in vigore, dovendosi in mancanza escludere, ove l'omissione sia ancora sussistente, la possibilità di riconsiderare le modalità di un condono precedente.

FATTO - La G. snc di D.G.M. aveva impugnato davanti alla Corte d'appello di L'Aquila la sentenza di primo grado, con cui era stata rigettata la sua domanda intesa all'annullamento del verbale di accertamento dell'INPS; l'Istituto, in detto verbale del 13 luglio 1999, aveva evidenziato che la Società aveva a suo tempo provveduto a corrispondere ai dipendenti le differenze salariali rilevate nel corso di una precedente ispezione, che aveva dato luogo al verbale del 9 giugno 1992, e che la società aveva utilizzato, in data 30 aprile 1993, il condono contributivo ai sensi della legge n. 63 del 1993 e, nell'occasione, aveva detratto gli sgravi e la fiscalizzazione dalle somme dovute a titolo di contributi sulle giornate non registrate, così violando la stessa legge del 1993, che non accordava dette agevolazioni per i periodi condonati; pertanto la società risultava debitrice, per sgravi e fiscalizzazione illecitamente applicati, della somma di L. 128.411.000 oltre accessori. La società a sua difesa assumeva che il condono di cui alla legge n. 63 del 1993 non prevedeva domande di sorta, per cui, per usufruirne era sufficiente pagare la somma dovuta nel termine fissato dalla legge, ossia dai vari DL succedutisi nel tempo, che avevano riconfermato il divieto di applicare sgravi e fiscalizzazione, culminati però nel DL n. 155 del 1996, che consentiva invece l'utilizzo di tali agevolazioni sulle somme condonate, stabilendo, nel contempo, che i crediti dell'INPS fino a L. 50.000 si estinguevano d'ufficio. Dopo altri DL era intervenuta la legge n. 662/96, che recava le medesime disposizioni. Essa società, grazie alla facoltà di applicare sgravi e fiscalizzazione, non aveva più debiti nei confronti dell'INPS, né avrebbe dovuto presentare domanda

di condono ed, essendo il suo debito inesistente, e quindi inferiore alle 50.000, la pretesa dell'INPS era estinta.

La Corte adita, con la sentenza in epigrafe indicata del 9 novembre 2005, rigettava l'impugnazione, sul rilievo che il condono non può essere applicato d'ufficio in difetto di una qualsiasi manifestazione di volontà da parte dell'interessato, ovvero di un comportamento concludente da parte sua, quanto meno per individuare l'imputazione dell'eventuale versamento a determinati periodi contributivi.

Invero, la società si era avvalsa del condono di cui alla legge n. 63 del 1993, che non prevedeva né sgravi, né fiscalizzazione; successivamente la medesima non aveva invece richiesto né l'applicazione del DL n. 155/96, che consentiva il nuovo condono con le agevolazioni, né si era avvalsa di quello di cui alla legge n. 662 del 1996, che consentiva la regolarizzazione secondo le modalità fissate dagli enti impositori; l'INPS aveva dunque emesso la circolare n. 1 del 1997, con cui era stato stabilito il termine del primo aprile 1997 per il pagamento agevolato e per proporre la domanda; poiché la Società non aveva avanzato alcuna domanda il condono non poteva essere applicato.

Avverso detta sentenza la I.N. sas di G.C. & C., già G. snc di D.G.M. propone ricorso con un unico complesso motivo.

Resiste l'INPS con controricorso.

DIRITTO - Con l'unico motivo si denunzia violazione dell'art. 4 legge 63/93 e successive modifiche ed in particolare della legge 243/93, della legge 21/94, della legge 662/96 art. 1 commi da 226 a 233 e difetto di motivazione.

Il ricorso non è fondato.

E' pacifico che la ricorrente si è avvalsa del condono di cui al DL 6/93, convertito nella legge n. 63/93, pagando i relativi contributi, determinandoli però in misura inferiore a quella dovuta, giacché li ha calcolati applicando in detrazione sgravi e fiscalizzazione. Ed infatti, secondo la legge 63/93, alle somme condonate non erano applicabili detti benefici. Pertanto, anche a seguito di detto condono, residuava un debito per contributi a carico della attuale ricorrente.

Non mette conto esaminare la serie di decreti legge, di cui si da precisamente atto in ricorso, i quali prorogarono nel tempo i termini entro i quali avvalersi del condono, perchè non furono poi convertiti, mentre la normativa sul condono fu poi definitivamente consacrata nell'art. 1 commi 226 e seguenti della legge n. 662/96.

E' quindi a questo testo che si deve fare esclusivo riferimento per decidere la questione proposta.

Dispone il citato comma 226 che sono condonabili i contributi omessi o pagati tardivamente fino a tutto il mese di giugno 1996. Nella previsione rientrano quindi i debiti a carico della ricorrente, nei cui confronti, come già detto, residuavano i contributi maturati anteriormente al 1993, che erano stati pagati in misura inferiore al dovuto a causa della illegittima auto applicazione degli sgravi e della fiscalizzazione.

Nel comma 230 della legge del 1996 si dispose che il condono introdotto, a

differenza di quello di cui alla legge 63/93, consentiva di usufruire anche di sgravi e di fiscalizzazione.

Sostiene la ricorrente che, sulla base di detta disposizione, il suo comportamento, illegittimo alla luce del condono precedente, sarebbe stato reso legittimo dalla legge sopravvenuta 662/96, perchè, secondo la sua previsione, sgravi e fiscalizzazione potevano operare.

Peraltro l'effetto legale, secondo la tesi della ricorrente, si determinerebbe automaticamente, senza necessità della domanda di condono, non essendo prevista, per beneficiarne, dì apposita domanda (prescritta solo per il pagamento rateale), ma solo il diretto pagamento dei contributi dovuti. Ne conseguirebbe, alla luce della legge 662/96, che nessun debito a suo carico sarebbe più esistente.

La tesi non può essere condivisa

Invero il reiterarsi di disposizioni sugli sgravi, ed il fatto che quelle più recenti fossero più favorevoli al debitore rispetto a quelle precedenti, ha provocato l'inconveniente per cui, in relazione al medesimo periodo di omissione contributiva, il condono richiesto nella vigenza della legge 63/93 non dava diritto a sgravi né a fiscalizzazione, mentre quello richiesto nel vigore della legge 662/96 avrebbe consentito l'applicazione di entrambi i benefici.

Tuttavia ciascuno degli sgravi è regolato dalla normativa di riferimento e, chi se ne avvale, resta astretto alle relative modalità, e non può pretendere che d'ufficio l'Istituto provveda al ricalcolo di ciascun condono alla luce della normativa sopravvenuta.

Infatti la legge del 1993 non è stata modificata, per chi si era giovato di quel condono sono rimaste in vigore le modalità ivi contemplate.

La successiva legge 662/96, più favorevole, ha come presupposto che la domanda di condono venga avanzata dopo la sua entrata in vigore, e non vale a rimettere in discussione le modalità del condono precedente. In altri termini, la fattispecie condono di cui il ricorrente si era avvalso nel vigore della legge del 1993 era ormai conchiusa e non poteva risentire di modifiche successive, che si riferivano esclusivamente ad istanze proposte dopo la sua entrata in vigore.

E' ben vero che a quest'ultima data sussisteva ancora l'omissione contributiva della ricorrente, per avere versato contributi inferiori al dovuto e detta omissione poteva essere condonata versando il dovuto maggiorato degli interessi del 17% in luogo delle sanzioni civili, come dispone l'art. 1, comma 226 della legge 662/96.

La ricorrente non poteva però pretendere che la nuova legge fosse, d'ufficio, applicata in via retroattiva, riconoscendo sgravi e fiscalizzazione negati invece dalla disciplina del condono del 1993 che aveva richiesto.

Il ricorso va quindi rigettato.

Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

Pensioni - Indebito – Omessa comunicazione all'INPS da parte del pensionato di dati relativi al reddito – Ripetibilità delle somme già corrisposte - Sussistenza.

Corte di Cassazone, Sez. lavoro – 01.12.2009 n. 25309 – Pres. Sciarelli – Rel. Stile – P.M. Matera – INPS (Avv.ti Valente, Patteri, Riccio) - M.R. (Avv. Concetti)

La omessa o incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta che non siano già conosciuti dall'Ente previdenziale, consente la ripetibilità delle somme indebitamente percepite.

FATTO - Con sentenza n. 567 del 2004, il Tribunale di Milano dichiarava non ripetibili in misura di un quarto le somme erogate dall'INPS a R.M. di cui alla comunicazione del 3 maggio 2000, e condannava l'ente a rimborsare a quest'ultima quanto eventualmente trattenutole, oltre interessi e rivalutazione dalla data della trattenuta.

Secondo il Tribunale, la fattispecie andava risolta applicandosi non l'art. 52 l. n. 88 del 1989, invocato in via principale dall'attrice, ma l'art. 1, comma 260, l. n. 662 del 1996 che aveva integralmente sostituito il precedente, e che a sua volta era stato sostituito dall'art. 38 l. n. 448 del 2001 di tenore analogo, a ciò non ostando il fatto che la ripetizione fosse in parte avvenuta, dal momento che pendeva ricorso.

Avverso tale decisione proponeva appello l'INPS, lamentando come l'art. 38 cit. non potesse essere applicato al caso in esame, posto che le somme erano state recuperate integralmente dall'ente prima dell'entrata in vigore del medesimo.

L'appellata resisteva, svolgendo anche appello incidentale condizionato volto ad ottenere la dichiarazione di irripetibilità dell'indebito maturato dall'1 gennaio al 31 dicembre 1998, in subordine al 31 dicembre 1997, con condanna dell'ente a pagare le relative somme entro i limiti di irripetibilità.

Con sentenza del 13 aprile-15 maggio 2005, l'adita Corte di Appello di Milano respingeva il gravame dell'INPS ed in accoglimento dell'appello incidentale condizionato spiegato dalla assicurata, in parziale riforma della decisione di primo grado, dichiarava irripetibili le somme corrisposte alla M. dall'1 dicembre 1996 al 31 dicembre 1998 con condanna alla restituzione degli importi trattenuti oltre ad accessori di legge.

A fondamento del *decisum* osservava che, nella specie, trovavano applicazione i commi 1 e 2 dell'art. 13 l. n. 412 del 1991: ai sensi del primo articolo, il ricorso amministrativo doveva ritenersi infondato in quanto la prestazione era stata effettuata a causa dell'omessa segnalazione all'ente, da parte della M., di un suo reddito da fabbricato incidente su di un requisito della prestazione stessa; ai sensi del secondo, tuttavia, l'INPS "procede annualmente alla verifica delle situazioni reddituali dei pensionati incidenti sulla misura o sul diritto alle prestazioni pensionistiche e provvede, entro l'anno successivo, al recupero di quanto eventualmente pagato in eccedenza".

Pertanto, poiché nella specie, l'INPS non aveva effettuato la verifica annuale, richiesta da tale ultima disposizione, irripetibili erano, ormai, le somme riguardanti il periodo dall'1 dicembre 1996 al 31 dicembre 1998.

Per la cassazione di tale pronuncia ricorre l'INPS con un unico motivo.

Resiste R.M. con controricorso, proponendo a sua volta ricorso incidentale, affidato ad un unico articolato motivo.

DIRITTO - Va preliminarmente disposta la riunione del ricorso principale e di quello incidentale trattandosi di impugnazioni avverso la medesima sentenza (art. 335 c.p.c.).

Con l'unico motivo di ricorso l'INPS, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 13 della legge 412/91, nonchè omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c.), sostiene che nel caso, come nella specie, di omissione da parte del pensionato della comunicazione all'INPS dei redditi percepiti, errato deve ritenersi l'assunto della Corte milanese, per il quale il secondo comma dell'art. 13 della legge n. 412 del 1991 andrebbe interpretato nel senso che anno per anno l'Istituto debba procedere alla verifica annuale e, qualora venga accertata l'esistenza di redditi non conosciuti dall'Istituto, debba poi operare il recupero dell'eventuale indebito entro l'anno successivo all'accertamento.

Il motivo merita accoglimento, non essendo condivisibile l'interpretazione della citata disposizione da parte del Collegio di merito, che, nel suo argomentare, manca di attribuire il giusto rilievo alla circostanza dell'omissione, da parte della pensionata, della comunicazione dei propri redditi, pur non essendo stato l'Istituto a conoscenza di tali dati, come risulta dalla stessa sentenza impugnata ove si afferma che la prestazione era stata effettuata "causa l'omessa segnalazione all'ente, da parte di M., di un suo reddito da fabbricato incidente su di un requisito della prestazione stessa".

Come è noto l'erogazione indebita di somme a titolo di pensione da parte dell'Istituto previdenziale è stata, per la prima volta, disciplinata specificamente dall'art. 80 del r.d. 28 agosto 1924 n. 1422 in base al quale "le assegnazioni di pensione si considerano definitive quando, entro un anno dall'avviso datone all'interessato, non siano state respinte dalla cassa nazionale; in tal caso le successive rettifiche di eventuali errori, che non siano dovuti a dolo dell'interessato, non hanno effetto sui pagamenti già effettuati".

Da allora vi è sempre stata una disciplina speciale per i pagamenti indebiti degli enti previdenziali, e alcune discipline subspeciali (ad es. art. 6, comma 11 quinquies e 8 d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito nella L. 11 novembre 1983, n. 683, che faculta le gestioni previdenziali a procedere al recupero delle somme erogate in eccedenza sul trattamento di pensione anche in deroga ai limiti posti al tempo dalla normativa speciale (Cass. Sez. un. 16 marzo 1995 n. 3058(1); Cass. 22 febbraio 1995 n. 1965 e n. 1967; Cass. 26 gennaio 1995 n. 902; Corte Cost. 24 maggio 1996 n. 166(2)).

Successivamente, l'art. 52, 2 comma, Legge 9 marzo 1989, n. 88 ha previsto una disciplina, sulla quale si era consolidata una giurisprudenza di legittimità (Cass. 14 novembre 1989, n. 4805(3)) e costituzionale (Corte Cost. 31 luglio 1990, n. 383(4)), secondo la quale l'unico elemento ostativo alla ripetizione dell'indebito è costituito dal

dolo.

L'art. 13 L. 30 dicembre 1991, n. 412 (Disposizioni in materia di finanza pubblica), intitolato "Norme di interpretazione autentica", ha ridotto la portata dell'art. 52, comma 2, stabilendo che le sue disposizioni si interpretano nel senso che la sanatoria ivi prevista opera in relazione alle somme corrisposte in base a formale, definitivo provvedimento del quale sia data espressa comunicazione all'interessato e che risulti viziato da errore di qualsiasi natura imputabile all'ente erogatore, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato. L'omessa od incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetibilità delle somme indebitamente percepite. L'INPS procede annualmente alla verifica delle situazioni reddituali dei pensionati incidenti sulla misura o sul diritto alle prestazioni pensionistiche e provvede, entro l'anno successivo, al recupero di quanto eventualmente pagato in eccedenza. Investita dalla Corte di legittimità, la Corte Cost. 10 febbraio 1993, n. 39(5) ha individuato nell'art. 13 quattro innovazioni, che non ne consentono perciò la qualificazione come norma interpretativa e la connessa applicazione: a) necessità, perché operi la sanatoria, che le somme siano corrisposte in base a formale, definitivo provvedimento; b) che di questo sia data comunicazione all'interessato; c) che l'errore risulti dal provvedimento stesso e sia imputabile all'ente erogatore; d) che, a parte l'ipotesi di dolo dell'interessato, non vi sia stata omessa o incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto e sulla misura della pensione goduta e non conosciuti già dall'ente competente.

Ha conseguentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, 1° comma, L. 30 dicembre 1991, n. 412, nella parte in cui è applicabile anche ai rapporti sorti precedentemente alla data di entrata in vigore o comunque pendenti alla stessa data. Pertanto quando la indebita erogazione derivi dalla "omessa o incompleta segnalazione" di fatti che l'interessato ha l'onere di comunicare all'ente previdenziale, venendo meno il presupposto dell'errore imputabile all'Istituto, questo può procedere al recupero dell'indebito senza alcuna limitazione temporale, in quanto la omissione viene in sostanza equiparata dal legislatore al dolo, che consente in ogni caso la recuperabilità.

Invece, nel caso sia l'Istituto ad omettere di valutare dati di cui già disponga, si configura una ipotesi di errore imputabile all'Istituto medesimo e quindi non potrà pretendere la restituzione del non dovuto. Quello che rileva non è la natura dell'errore, ma la sua fonte: se provocato dall'assicurato, o proprio dell'ente.

Tale quadro normativo è stato radicalmente innovato dalla Legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica, c.d. allegato alla Legge finanziaria per il 1997) art. 1 commi 260 e 265, i quali, ferma la totale ripetibilità in caso di dolo, negli altri casi modulano la ripetibilità stessa a seconda del reddito del percipiente.

L'orientamento prevalente, inaugurato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite 17 marzo 1997 n. 2333, e seguito dalle sentenze successive della Sezione Lavoro (Cass. 30 maggio 1997 n. 4786; Cass. 13 gennaio 1998 n. 240; nn. 6756, 13131 e 14759 del 1999, n. 15819/2000(6); con la sola eccezione di Cass. 6369/1997), ritiene che la ripetibilità delle somme indebitamente erogate prima del 1° gennaio 1996, indipendentemente

dall'avvenuto recupero o meno dell'importo, è regolata in via esclusiva dalle disposizioni di cui all'art. 1, commi 260-265 della legge 23 dicembre 1996, n. 662. La Corte ha rilevato che questa legge, come reso palese dal significato delle parole secondo la loro connessione e dalla intenzione del legislatore quale risulta dal contesto e dagli atti parlamentari, limitatamente ai pagamenti di prestazioni previdenziali, trattamenti familiari e rendite a carico degli enti pubblici di previdenza obbligatoria indebitamente eseguiti prima del primo gennaio 1996, e, quindi, con effetto retroattivo ed in via transitoria, ha dettato una disciplina di carattere globalmente sostitutivo di quella previgente, articolata nelle norme contenute nelle varie leggi succedutesi nel tempo in materia, ed aventi ciascuna natura speciale o subspeciale rispetto all'art. 2033 cod.civ.).

In ogni caso (comma 265) la ripetizione è proponibile per l'intera somma, qualora sia accertato il dolo del soggetto che abbia indebitamente ricevuto i trattamenti dovuti dai predetti enti pubblici.

In conclusione, secondo quanto statuito dalle Sezioni Unite, risultano ora rilevanti ai fini della ripetibilità degli indebiti previdenziali anteriori al primo gennaio 1996 soltanto il requisito reddituale e quello soggettivo del pensionato.

Poichè sia l'art. 80 r.d. n. 1422/1924, sia l'art. 52 Legge 9 marzo 1989, n. 88, costituiscono normative succedutesi nel tempo dell'indebito previdenziale, anche tali norme sono sostituite, nei limiti temporali sopra indicati, dalla legge 23 dicembre 1996 n. 662. La disciplina del 1996 ha comportato alcuni ampliamenti oggettivi e soggettivi della tutela: ai trattamenti di famiglia, prima esclusi (Cass. Sez. un. 3 febbraio 1995 n. 1316(7)); alle prestazioni dell'Enasarco, in quanto il comma 260 parla genericamente di enti pubblici di previdenza obbligatoria, ed a nulla rilevando la successiva privatizzazione della forma dell'ente, stante la sua permanente funzione pubblica (Cass. sez. un. 21 febbraio 2000 n. 30(8)); alle pensioni di guerra (comma 264).

Viceversa nulla è innovato per quanto riguarda la nozione del dolo.

Si deve pertanto ritenere tuttora operante - come in analoghe occasioni ha posto in evidenza questa Corte - la identificazione autentica della nozione di dolo contenuta nell'art. 13, 1 comma, Legge 30 dicembre 1991, n. 412, secondo cui la omessa od incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetibilità delle somme indebitamente percepite. Tale disposizione si deve ritenere quindi costituire principio generale di settore, che come tale informa anche la disciplina successiva di cui alla Legge 23 dicembre 1996, n. 662, globalmente sostitutiva di quella precedente (Cass. 18 febbraio 2005 n. 10721).

Essendo pacifico e, comunque accertato, che la M. omise di comunicare all'INPS un suo reddito da fabbricato incidente su di un requisito della prestazione, il ricorso principale va accolto, con conseguente assorbimento del ricorso incidentale, con cui ci si duole della limitazione, operata dalla Corte di merito, della irripetibilità delle somme al periodo 1 dicembre 1996 al 31 dicembre 1998.

L'impugnata sentenza va, dunque, annullata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., va decisa nel merito con il rigetto delle domande proposte dalla M. con il ricorso introduttivo.

Nulla deve disporsi per le spese del presente giudizio ai sensi dell'art. 152 disp. art. c.p.c., nel testo anteriore a quello di cui all'art. 42, comma 11, d.l. n. 269 del 2003, nella specie inapplicabile *ratione temporis*.

(Omissis)

---

(1) V.in q. Riv., 1995, p. 508
(2) Idem, 1996, p. 637
(3) Idem, 1989, p. 1708
(4) Idem, 1990, p. 1377
(5) Idem, 1993, p. 188
(6) Idem, 2001, p. 584
(7) Idem, 1995, p. 359
(8) Idem, 2000, p. 497

Maternità - Lavoratrici agricole con rapporto di lavoro a tempo determinato - Indennità di maternità per il periodo di astensione obbligatoria o facoltativa - Spettanza - Condizioni – Carenza di attività lavorativa minima ex art. 63, comma 2, del D.Lgs. n. 151 del 2001 nell'anno precedente - Congedo di maternità usufruito nel predetto anno – Sufficienza.

Corte di Cassazione, Sez. lavoro – 23.11.2009 n. 24634 – Pres. Lamorgese – Rel. Morcavallo – P.M. Sepe (diff.)– INPS (Avv.ti, Fabiani, Stumpo, Triolo) – I.E. (Avv. Maffei)

Ai fini del riconoscimento in favore delle lavoratrici agricole con contratto a tempo determinato del congedo parentale previsto dall'art. 32 D.Lgs. n. 151 del 2001, il requisito dell'iscrizione negli elenchi nominativi di cui all'art. 7 n. 5, del D.L. n. 83 del 1970, per almeno cinquantuno giornate nell'anno precedente, richiesto dall'art. 63, comma 2, dello stesso D.Lgs., deve intendersi realizzato, in virtù di un'interpretazione delle predette disposizioni tendente alla piena attuazione della tutela della maternità garantita dall'art. 31 Cost., anche nell'ipotesi in cui la lavoratrice, nel predetto anno, non abbia prestato attività lavorativa, ma abbia fruito di congedo di maternità per astensione obbligatoria dal lavoro.

FATTO - 1. Con ricorso del 12 gennaio 2006 l'INPS proponeva appello, dinanzi alla Corte d'appello di L'Aquila, avverso la sentenza del Tribunale di Avezzano, in data

19 novembre 2005, con cui era stata accolta la domanda avanzata da E.I., intesa ad ottenere la corresponsione dell'indennità per congedo parentale ai sensi dell'art. 63 del decreto legislativo n. 151 del 2001, nella misura di legge, per il periodo dal 17 marzo al 15 settembre 2002, a seguito della nascita del figlio avvenuta il 16 dicembre 2001, che invece l'Istituto non aveva corrisposto ritenendo insussistente il requisito dell'iscrizione negli elenchi nominativi, di cui all'art. 2 al r.d. n. 1949 del 1940, per oltre cinquantuno giornate nell'anno 2001, ché l'assicurata poteva ricevere la prestazione previdenziale solo nell'anno immediatamente successivo a quello lavorato, ossia nel 2001, ma non per il periodo successivo.

1.1. Con il proprio gravame l'Istituto si doleva dell'interpretazione adottata dal primo giudice in relazione alla normativa vigente in materia di prestazioni di maternità, stante la chiara dizione dell'art. 5, comma 6 del d.l. n. 463 del 1983, convertito in legge n. 638 del 1983, poi riprodotto nell'art. 63 del d.lgs. n. 151 del 2001, secondo cui i lavoratori agricoli a tempo determinato hanno diritto alle prestazioni a condizione che risultino iscritti negli elenchi nominativi dell'anno precedente per almeno cinquantuno giornate; in particolare, non si poteva sostenere che lo svolgimento di tali giornate in un determinato anno può legittimare la fruizione non solo del congedo per astensione obbligatoria nell'anno successivo a quello di effettivo lavoro, ma anche del congedo per astensione facoltativa nell'anno ulteriormente successivo, operandosi in tal caso un'interpretazione estensiva contraria alle stesse finalità della norma.

2. Costituitasi la lavoratrice, che resisteva al gravame contestando la tesi interpretativa dell'Istituto, la Corte d'appello, con sentenza del 1° marzo 2007, respingeva l'impugnazione osservando che - come anche precisato dalla giurisprudenza di legittimità - il diritto alle prestazioni in esame permane pure nell'anno successivo a quello di efficacia degli elenchi e che per la verifica delle cinquantuno giornate devono conteggiarsi altresì le giornate di astensione obbligatoria, che vanno considerate come di effettivo lavoro, sicché l'indennità doveva essere riconosciuta anche nella fattispecie, nella quale l'astensione facoltativa dal lavoro decorreva dai primi mesi dell'anno successivo a quello di nascita del figlio.

3. Di questa sentenza l'Istituto domanda la cassazione con ricorso articolato in un unico motivo, cui la lavoratrice resiste con controricorso.

3.1. Entrambe le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

DIRITTO - 1. Con l'unico motivo di ricorso, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 63, comma 2, del decreto legislativo n. 151 del 2001, con riferimento all'art. 32, comma 1, lett. a), dello stesso decreto, l'INPS chiede alla Corte, ai sensi dell'art. 366-*bis* c.p.c., di affermare che, ai fini della fruizione dell'indennità per congedo parentale, il requisito dell'iscrizione negli elenchi nominativi, per almeno cinquantuno giornate lavorative con riferimento all'anno precedente a quello in cui è avvenuta l'astensione, si matura per effetto di un periodo di lavoro interno ad un rapporto retribuito e soggetto a contribuzione, e non anche considerando equivalenti a giornate di lavoro effettivo le giornate in cui la lavoratrice agricola a tempo determinato sia stata in congedo di maternità.

2. Tale motivo non è fondato.

2.1. Una sommaria ricognizione del contesto normativo riguardante le prestazioni previdenziali e assistenziali connesse alla protezione sociale della maternità consente di rilevare che il relativo trattamento, tradizionalmente disciplinato insieme alle forme di tutela contro le malattie comuni in quanto diretto a sopperire a una temporanea limitazione della capacità reddituale, è stato gradualmente collocato fra le prestazioni giustificate dal c.d. carico di famiglia, siccome destinato al particolare onere familiare - sostenuto personalmente ed esclusivamente dalla donna - connesso alla gestazione e al parto e all'assistenza del neonato nei primi mesi di vita, sì che la funzione di sostegno economico realizzata dalla relativa indennità corrisponde sia alla tutela della donna e del nascituro, sia ad evitare che la maternità determini una situazione di bisogno per la famiglia. In proposito, mette conto rilevare che la giurisprudenza costituzionale ha affermato, fin dagli anni ottanta, l'operatività della garanzia costituzionale - precipuamente riferita all'art. 31 Cost. - anche in situazioni indipendenti dall'evento della maternità naturale, sul presupposto che la tutela assolve anche alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino (cfr. Corte cost. n. 1 del 1987(1); n. 179 del 1993(2)).

2.2. La successiva evoluzione del quadro normativo, secondo le linee indicate da questa giurisprudenza, ha portato - in base alla delega contenuta nella legge 8 marzo 2000, n. 53 - alla introduzione del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

L'art. 1, lett. *a)* della legge n. 53 del 2000 prevede l'istituzione dei congedi dei genitori in relazione alla generale finalità di promuovere il sostegno della maternità e della paternità.

L'art. 32 del D.Lgs. n. 151 del 2001 prevede i congedi parentali e dispone che per ogni bambino, nei suoi primi otto anni di vita, ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro; tale diritto compete: alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternità, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi (comma 1, lett. *a*); al padre lavoratore, dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi (comma 1, lett. *b*). Il congedo parentale non può superare complessivamente il limite di dieci mesi (comma 1, prima parte) e spetta al genitore richiedente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto (comma 4). Per i periodi di congedo parentale alle lavoratrici e ai lavoratori è dovuta un'indennità, calcolata in misura percentuale sulla retribuzione secondo le modalità previste per il congedo di maternità (art. 34, commi 1 e 4).

2.3. Anche per tale congedo si configura una *ratio* del tutto analoga a quella delineata dalla Corte costituzionale nelle pronunce che, come s'è visto, hanno storicamente influenzato le scelte del legislatore nella emanazione della legge delega del 2000 e del successivo testo unico del 2001: in particolare, con le sentenze n. 104 del 2003, n. 371 del 2003 e n. 385 del 2005 i giudici costituzionali hanno ribadito come la tutela si risolva in misure volte a garantire il rapporto dei genitori con la prole in modo da soddisfare i bisogni affettivi e relazionali del bambino al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità e del suo inserimento nella famiglia; tutte esigenze che,

richiedendo evidentemente la presenza del genitore accanto al bambino, sono impedite dallo svolgimento dell'attività lavorativa e impongono pertanto la sospensione di questa, affinchè il genitore dedichi alla cura del figlio il tempo che invece avrebbe dovuto dedicare al lavoro.

2.4. Alla stregua di tali considerazioni, questa Corte ha avuto modo di osservare che il congedo parentale - nella specie qui in esame, richiesto dalla madre lavoratrice - si configura come un diritto potestativo costituito dal comportamento con cui il titolare realizza da solo l'interesse tutelato e a cui fa riscontro, nell'altra parte, una mera soggezione alle conseguenze della dichiarazione di volontà. Tale diritto, in particolare, viene esercitato, nei confronti dell'ente previdenziale, nell'ambito del rapporto assistenziale che si costituisce *ex lege* per il periodo di congedo, con il conseguente obbligo del medesimo ente di corrispondere l'indennità (mediante conguaglio, ovvero direttamente in alcuni casi, come per le lavoratrici agricole assunte a tempo determinato) (cfr. Cass. 16207 del 2008).

2.5. La costituzione di tale rapporto assistenziale avviene secondo condizioni e modalità peculiari in relazione ad alcune attività di lavoro, per le quali la legge prevede una specifica disciplina mediante le "disposizioni speciali" dettate nel capo decimo del decreto legislativo n. 151 del 2001. In particolare, per il lavoro agricolo l'art. 63 prevede, al secondo comma, che le lavoratrici e i lavoratori con contratto a tempo determinato iscritti o aventi diritto all'iscrizione negli elenchi nominativi di cui all'art. 7, n. 5, del decreto-legge n. 7 del 1970, convertito, con modificazioni, nella legge n. 83 del 1970, hanno diritto alle prestazioni di maternità e di paternità a condizione che risultino iscritti nei predetti elenchi nell'anno precedente per almeno cinquantuno giornate.

2.6. Questa previsione ha dato luogo ad un diffuso contenzioso, riferito alla particolarità del lavoro agricolo a tempo determinato e al riscontro di fattispecie in cui nell'anno precedente a quello della richiesta del congedo la lavoratrice non abbia prestato attività lavorativa, ma abbia fruito del periodo di astensione obbligatoria in relazione al parto; in tali ipotesi, come nella controversia in esame, l'INPS nega il diritto alla prestazione sul presupposto che il periodo di astensione obbligatoria non equivale ad attività lavorativa e che lo svolgimento di cinquantuno giornate di lavoro nell'anno precedente al parto può valere ai fini della fruizione dell'astensione obbligatoria nell'anno successivo, ma non ai fini del congedo per astensione facoltativa nell'anno ulteriormente successivo.

2.7. Per la soluzione della controversia ritiene il Collegio che debbano trovare attuazione le considerazioni sopra premesse, che hanno condotto il Legislatore, come s'è visto, alla configurazione di una intensa tutela, dalla duplice funzione, e che non potrebbero non avere applicazione per le lavoratrici agricole a tempo determinato, per le quali questa Corte, con indirizzo ormai consolidato, ha puntualmente delineato limiti e modalità della tutela in relazione all'indennità connessa all'astensione obbligatoria e facoltativa per maternità, *ex* art. 5 del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 1983, n. 638.

2.8. Con riferimento a tale normativa, coordinata con la disciplina generale sulla tutela della maternità, la giurisprudenza di legittimità ha sempre precisato:

a) che nel settore agricolo, ai fini del diritto alle indennità giornaliere di maternità per il periodo di astensione obbligatoria e per il periodo di astensione facoltativa, al requisito dell'esistenza di un rapporto di lavoro in atto si sostituisce il possesso della qualifica di lavoratrice agricola, che va comprovata con l'iscrizione negli elenchi nominativi o con l'apposito certificato di cui al D.Lgs.Lgt. n. 212 del 9 aprile 1946, art. 4, comma 4; *b)* che, anche con riferimento alle norme anteriori alla nuova disciplina del congedo per maternità, e in particolare in base al combinato disposto delle due norme rilevanti (art. 17 della legge n. 1204 del 1971 e art. 5, comma 6, d.l. n. 463 del 1983), si ricava che la tutela economica della maternità per le lavoratoci agricole a tempo determinato viene corrisposta a condizione che la lavoratrice risulti iscritta, per almeno cinquantuno giornate, nell'elenco anagrafico relativo all'anno precedente a quello in cui si verifica l'evento meritevole di tutela (astensione obbligatoria e assenza facoltativa (cfr., fra tante, Cass. n. 15257 del 2007; n. 16432 del 2007).

2.9. Con riguardo all'individuazione di tale condizione, poi, la giurisprudenza di questa Corte ha inizialmente affermato che la tutela si estende all'intero anno successivo a quello di svolgimento del numero minimo di giornate lavorative e che, per quanto concerne l'indennità per l'astensione obbligatoria, la stessa va corrisposta per tutto il periodo, anche se questo continui oltre l'anno di efficacia dagli elenchi, quindi nel secondo anno successivo all'espletamento del lavoro, mentre il diritto alla indennità per assenza facoltativa si estingue con lo scadere del periodo di efficacia dell'elenco, vale a dire non può superare l'anno successivo allo svolgimento del lavoro (v., fra tante, Cass. n. 7481 del 1992; n. 1223 del 1996; n. 6721 del 1999).

2.10. Una lettura costituzionalmente orientata delle norme ha poi indotto la Corte ad affermare che anche l'indennità per astensione facoltativa, quando il periodo di astensione sia iniziato nell'anno di efficacia degli elenchi, successivo a quello di espletamento di almeno cinquantuno giornate lavorative, debba essere corrisposta per l'intero periodo, a nulla rilevando l'eventuale sforamento nel secondo anno, e che, non diversamente da quanto accade per le prestazioni di malattia, l'efficacia degli elenchi principali si estende all'intero anno entro il quale si colloca la scadenza del termine di trasmissione, a prescindere dall'effettuazione, nel corso di tale anno, del numero minimo di giornate lavorative, il cui compimento nell'anno precedente ha determinato l'iscrizione nell'elenco in questione (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 20114 del 2004; n. 15257 del 2007; n. 16432 del 2007).

2.11. Con riguardo all'ipotesi ulteriore, che rileva nella controversia in esame, e cioè di indennità per astensione facoltativa richiesta nell'anno successivo a quello di mancata prestazione di attività lavorativa e di fruizione dell'astensione obbligatoria, assumono rilievo determinante le precisazioni di questa Corte circa l'efficacia del periodo di astensione obbligatoria ai fini della configurazione del diritto alla prestazione. Si è infatti specificato che il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro, durante il quale è vietata la prestazione dell'attività lavorativa, con divieto di licenziamento e con computabilità nella anzianità di servizio, equivale anche nel campo del lavoro agricolo ad attività lavorativa effettivamente prestata e quindi è valido, in tale settore

economico, ai fini del raggiungimento del minimo di giornate lavorate previsto dalla legge per la valida instaurazione del rapporto assicurativo (cfr. Cass. n. 1959 del 1996; n. 356 del 1997; n. 7671 del 2002).

2.12. Tale conclusione, alla quale il Collegio intende dare continuità, si fonda sulla analitica esegesi delle disposizioni contenute nell'art. 5 del citato decreto-legge n. 463 del 1983, rilevandosi, in particolare: *a)* che la norma, nel precisare, in relazione a dubbi interpretativi insorti in ordine alla precedente normativa, sia che le giornate lavorate in numero di cinquantuno devono essere cadute nell'anno precedente l'evento, sia che le prestazioni di malattia non possono eccedere il numero di giornate di iscrizione (cioè lavorate) nell'anno precedente, conferma, nondimeno, che l'iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli per non meno di cinquantuno giornate ha efficacia costitutiva del diritto alle prestazioni di malattia e, quindi, di maternità; *b)* che la medesima norma, nel prevedere, al comma 8, che "ai fini del presente articolo i periodi di godimento del trattamento di cassa integrazione guadagni e di astensione obbligatoria dal lavoro per gravidanza e puerperio sono assimilati ai periodi di lavoro", sancisce in modo inequivoco la rilevanza del periodo di astensione obbligatoria anche ai fini delle prestazioni di maternità; *c)* che è infondato l'assunto dell'INPS, secondo cui il citato comma 8 dell'art. 5 d.l. n. 468 del 1983, deve essere interpretato nel senso che il cumulo tra giornate effettive di lavoro e quelle trascorse in astensione obbligatoria debba essere valido solo al fine di stabilire il "limite temporale annuo", cioè il numero delle giornate, pari a quelle di iscrizione dell'anno precedente, per le quali si ha diritto alle prestazioni assistenziali, atteso che il precedente comma 6 dello stesso art. 5 non si limita a fissare il suddetto limite, ma ribadisce anche che il diritto alle prestazioni è condizionato alla iscrizione negli elenchi per un minimo di giornate, e che il comma 8 stabilisce l'assimilazione del periodo di astensione obbligatoria alle giornate effettive di lavoro "ai fini del presente articolo", e cioè a "tutti" i fini ed a tutte le situazioni contemplati dall'art. 5; d) che non è possibile, dunque, ritenere che per l'instaurarsi di un valido rapporto assicurativo occorrano almeno cinquantuno giornate lavorative effettive, senza tenere conto del periodo di astensione obbligatoria, che una simile interpretazione andrebbe contro il chiaro tenore letterale della norma.

2.13. Tali puntuali considerazioni (che consentono di ritenere non determinante la contraria affermazione contenuta nella sentenza n. 23555 del 2004, richiamata nel ricorso dell'INPS) trovano un significativo riscontro nelle finalità della nuova disciplina del congedo parentale, come sopra delineate, intese ad evitare - come la sentenza della Corte d'appello di L'Aquila, qui impugnata, non ha mancato di precisare - che il bambino resti privo di assistenza e cura dopo i primi mesi di vita e che la madre sia costretta a lavorare, al termine del congedo di maternità, onde ottenere ex novo le condizioni per usufruire del congedo parentale (sino ad un massimo di sei mesi nei primi otto anni di vita del bambino, *ex* art. 32, primo comma, lett. *a)* del d.lgs. n. 151 del 2001).

2.14. Non potrebbe dirsi, in senso contrario alla valorizzazione del periodo di astensione obbligatoria (ora congedo di maternità, *ex* art. 16 d.lgs. n. 151 del 2001) ai

fini in esame, che la rilevanza di periodi di inattività lavorativa sia estranea ai principi che governano la tutela dei diritti sociali. Invero, per il periodo di astensione dal lavoro per congedo di maternità e per congedo parentale spetta l'accredito della contribuzione figurativa, quale sostanziale prestazione accessoria utile agli effetti del diritto alla pensione e della misura del relativo trattamento (cfr. art. 25, 30 e 35 del d.lgs. n. 151 del 2001), così configurandosi, *ex lege*, una equiparazione all'effettiva prestazione lavorativa ai fini della tutela previdenziale *stricto sensu*. Non va sottaciuto, d'altra parte, che proprio in relazione alla tutela della famiglia, con riguardo ai requisiti per il riconoscimento del diritto agli assegni per il nucleo familiare, questa Corte, nel premettere che la tutela non può configurarsi senza il concreto svolgimento di un certo numero di ore di lavoro, ha tuttavia precisato che in alcune situazioni l'inattività è equiparata al lavoro effettivo e che siffatta equiparazione è riconducibile alla tutela di beni costituzionalmente garantiti, in dipendenza, fra gli altri, di eventi, come la maternità, che comportano *ex lege* l'inattività lavorativa (cfr. Cass., n. 6155 del 2004). L'equiparazione, dunque, non pare ingiustificata, in virtù del principio di solidarietà su cui si fonda il sistema previdenziale anche a prescindere da problemi di specifica provvista, allorché - in relazione a lavoratoci assunte a tempo determinato che abbiano acquisito il diritto all'astensione obbligatoria in virtù del lavoro prestato nell'anno precedente e della conseguente assunzione della qualifica di lavoratici agricole - si tratti di garantire, non soltanto il mero sostegno economico alla famiglia, ma anche la cura del bambino e il suo inserimento nella vita affettiva e sociale, in periodi che non cadano nel medesimo anno dell'astensione obbligatoria.

2.15. In conclusione, deve affermarsi che, ai fini del riconoscimento, in favore delle lavoratrici agricole con contratto a tempo determinato, del congedo parentale previsto dall'art. 32 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, il requisito della iscrizione negli elenchi nominativi, di cui all'art. 7, comma 5, del decreto-legge 3 febbraio n. 7, convertito, con modificazioni, nella legge 11 marzo 1970, n. 83, per almeno cinquantuno giornate nell'anno precedente, richiesto dall'art. 63, comma 2, dello stesso decreto legislativo, deve intendersi realizzato, in virtù di un'interpretazione delle predette disposizioni tendente alla piena attuazione della tutela garantita dall'art. 31 Cost., anche nell'ipotesi in cui la lavoratrice, nel predetto anno, non abbia prestato attività lavorativa, ma abbia fruito del congedo di maternità per astensione obbligatoria dal lavoro.

3. Alla stregua di tale principio, che risulta pienamente osservato dalla sentenza impugnata, il ricorso dell'INPS va respinto.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1987, p. 389

(2) Idem, 1993, p. 483

Disoccupazione involontaria - Trattamento in favore lavoratori rimpatriati - Art. 71 del regolamento comunitario n. 1408 del 1971 - Equiparazione del servizio lavorativo svolto nei paesi comunitari - Condizioni - Rinvio alla normativa interna - Legge n. 402 del 1975 - Lavoratori che abbiano già usufruito in precedenza del trattamento di disoccupazione - Nuova attribuzione dell'indennità di disoccupazione - Condizioni.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 06.11.2009 n. 23599 - Pres. De Luca - Rel. La Terza - P.M. Fucci - C.M.M. (Avv. Andreozzi) - INPS (Avv.ti Fabiani, Stumpo, Triolo)

In tema di trattamento di disoccupazione spettante ai lavoratori rimpatriati, l'art. 71 del regolamento comunitario n. 1408 del 1971, pur equiparando, dal punto di vista assicurativo, il servizio lavorativo svolto in Italia a quello svolto negli altri paesi membri dell'Unione Europea, rimanda, quanto ai requisiti del trattamento ed alla sua misura, alla normativa italiana, costituita dalla legge n. 402 del 1975. Ne consegue che, ove il lavoratore abbia già usufruito in precedenza del trattamento di disoccupazione, l'ulteriore attribuzione del diritto all'indennità è subordinato, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 402 del 1975, allo svolgimento di un nuovo periodo di lavoro di dodici mesi, di cui almeno sette all'estero.

FATTO - Con la sentenza in epigrafe indicata del 25 marzo 2005 la Corte d'appello di Cagliari, riformando la statuizione di primo grado, rigettava la domanda proposta nei confronti dell'INPS da C.M.M. per ottenere la indennità di disoccupazione per i lavoratori rimpatriati; la C. aveva dedotto di avere lavorato in Germania dal 13 giugno al 19 dicembre 2000, rimanendo poi disoccupata dal 20 dicembre 2000 all'8 agosto 2001; che, iscrittasi alla sezione circoscrizionale per l'impiego di Cagliari, si era vista rifiutare la prestazione per carenza del requisito contributivo di 12 mesi di contribuzione nel biennio precedente al rimpatrio, di cui 7 di lavoro all'estero.

Affermava la Corte territoriale che il Regolamento CEE n. 1408 del 1971 prevede che il lavoratore disoccupato ha diritto alla indennità di disoccupazione da parte dello stato di residenza, anche se ha prestato attività lavorativa in altro stato membro. Tuttavia l'art. 71 del predetto Regolamento disponeva che il lavoratore che ha lavorato all'estero e che si pone a disposizione degli uffici del lavoro dello stato di residenza, beneficia delle prestazioni secondo la legislazione di questo Stato, come se vi avesse svolto la sua ultima occupazione. Da questo dato normativo, affermava la Corte, discende che i requisiti di contribuzione prescritti non possono essere che quelli previsti dalla legislazione italiana (art. 3 legge n. 402 del 1975), il quale subordina il diritto alla indennità di disoccupazione del lavoratore rimpatriato, che abbia già usufruito del beneficio, alla prestazione di almeno 12 mesi di lavoro dipendente, di cui almeno 7 svolti all'estero. Né la norma comunitaria, né quella della legge italiana potevano trovare deroga in una circolare interna dell'INPS, e neppure rilevava che, in periodi diversi, l'Istituto avesse liquidato l'indennità di disoccupazione, perché ogni domanda richiede una

autonoma verifica sulla esistenza dei requisiti. In linea di fatto la C. non aveva dimostrato ulteriori versamenti contributivi, oltre a quelli del periodo giugno - dicembre 2000, che le avrebbero consentito di rientrare nella previsione di legge.

Avverso detta sentenza la soccombente propone ricorso con due motivi.

Resiste l'INPS con controricorso.

DIRITTO - La ricorrente lamenta violazione dell'art. 71 del Regolamento CE n. 1408 del 1971 e dell'art. 249 del Trattato del 25 marzo 1957, perché secondo detto Regolamento il lavoratore rimpatriato beneficia delle prestazioni secondo la legislazione di questo Stato come se ivi avesse svolto la sua ultima occupazione, mentre il richiamo alla legge nazionale varrebbe solo per le modalità di erogazione. Detta interpretazione sarebbe confermata dalla circolare emanata dallo stesso INPS.

Con il secondo motivo si lamenta difetto di motivazione.

Per avere negato ogni rilievo al fatto che nel passato essa ricorrente avesse goduto della indennità di disoccupazione anche in mancanza dei requisiti che adesso l'Istituto riteneva imprescindibili.

Il ricorso non merita accoglimento.

1. Invero lo stesso art. 71 del Regolamento comunitario che la ricorrente invoca, rimanda, per il diritto alla indennità di disoccupazione alla normativa italiana, costituita dalla legge 25 luglio 1975 n. 402, che concerne il trattamento di disoccupazione in favore dei lavoratori rimpatriati, e ciò non solo ai fini del calcolo ma anche ai fini dei requisiti cui questo viene subordinato. E, d'altra parte, non potrebbe essere altrimenti, perché scopo del Regolamento citato è quello di equiparare, dal punto di vista assicurativo, i periodi lavorativi svolti in Italia a quelli svolti nei paesi membri, per evitare ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori nell'ambito dell'Unione, che potrebbero essere pregiudicati ove il lavoro svolto in altro stato membro non valesse ai fini assicurativi, ovvero valesse in misura inferiore rispetto a quello svolto in patria. Il Regolamento quindi non può conferire diritti maggiori rispetto a quelli di cui godrebbe il lavoratore che ha sempre lavorato in un unico stato.

Orbene, la ricorrente, se avesse lavorato sempre e solo in Italia, per conseguire il diritto alla indennità di disoccupazione dovrebbe possedere i requisiti di almeno due anni di assicurazione ed almeno un anno di contribuzione nel biennio precedente l'inizio del periodo di disoccupazione (il requisito della c.d. attualità contributiva); lo prevede una disposizione remota, ossia l'art. 19 del R.D.L. 14 aprile 1939 n. 636, convertito in legge 6 luglio 1939 n. 1272, tuttora vigente nel periodo che interessa.

2. Invero l'art. 1 della citata legge n. 402/75, non sembra richiedere, per i lavoratori rimpatriati la sussistenza di questi requisiti di anzianità assicurativa e attualità contributiva, giacché di essi non si fa alcun cenno, mentre vengono prescritte, come uniche condizioni, che il rimpatrio sia avvenuto entro un certo termine dalla data del licenziamento (art. 1 comma 2) e che il lavoratore si sia iscritto all'ufficio di collocamento sul territorio italiano entro un certo termine (art. 2).

Sembra quindi che al lavoratore che resta disoccupato dopo il rimpatrio sia assicurata una condizione di miglior favore, rispetto a colui che risulta disoccupato dopo avere lavorato solo in Italia.

3. Vi è poi la disposizione specifica di cui all'art. 3 della legge 402/1975, che riguarda i lavoratori rimpatriati che abbiano già usufruito, in precedenza, del trattamento di disoccupazione: per costoro si richiede lo svolgimento di un nuovo periodo di lavoro di dodici mesi, di cui almeno sette all'estero. La disposizione prevede quindi, logicamente, che il lavoratore - il quale, a causa della disoccupazione successiva al rimpatrio abbia conseguito l'indennità a condizioni più favorevoli rispetto alla generalità dei lavoratori che si trovano in stato di disoccupazione - ove voglia goderne ulteriormente, sia, non solo nuovamente rimpatriato (condizione imprescindibile per godere della disoccupazione in Italia), ma anche che questo secondo rimpatrio sia preceduto da un periodo di lavoro di un anno e che, per almeno sette mesi di quell'anno, il lavoro sia stato svolto all'estero.

4. Nella specie, la ricorrente non rientrava nella previsione, giacché, dopo l'ultima corresponsione della indennità di disoccupazione, aveva lavorato solo in Germania e per soli sei mesi.

Il fatto che la ricorrente avesse già percepito, per diversi periodi, l'indennità di disoccupazione è riferito dalla sentenza impugnata (laddove correttamente esclude che quella corresponsione, la quale sarebbe stata effettuata in mancanza di requisiti, possa abilitare la lavoratrice a pretenderla ancora senza di essi) ed è poi sicuramente ammesso in ricorso, in cui la C. ha dichiarato di averne già goduto per i periodi dal 18 dicembre 1997 al 12 luglio 1998 e dal primo dicembre 1998 al 4 luglio 1999, dal 12 dicembre 1999 al 12 giugno 2000, di talché va applicata la norma specifica di cui all'art. 3, dettata per i lavoratori rimpatriati che hanno già fruito della indennità.

Alla luce delle considerazioni svolte, restano irrilevanti tutte le altre considerazioni illustrate in ricorso.

Il ricorso va quindi rigettato.

Nulla per le spese ex art. 152 disp. att. cod. proc. civ..

(Omissis)

1 - Prestazioni previdenziali - Pagamento - Prova estinzione del debito per presunzione - Ammissibilità - Fondamento.
2 - Controversie in materia di assistenza e previdenza - Adempimento di prestazioni previdenziali - Principio di non contestazione - Applicabilità - In appello - Configurabilità - Fondamento - Limiti ex lege alla prova per testimoni o per presunzioni - Irrilevanza – Fattispecie

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 02.11.2009 n. 23142 - Pres. D'Agostino - Rel. Coletti De Cesare - P.M. Fucci - T.A., S.D., D.M. (Avv. Petrocelli, Spolidoro, Salvia) - INPS (Avv.ti Fabiani, Stumpo, Tadris)

1 - In tema di prova dell'estinzione satisfattiva del debito dell'ente pubblico previdenziale, la regola in base alla quale il debitore che effettui il pagamento ha diritto al rilascio della quietanza (art. 1199 cod. civ.) non esclude che il pagamento possa essere provato per presunzioni occorrendo, al fine di escludere l'ammissibilità di mezzi di prova diversi, un'apposita prescrizione di legge al pari della disposizione contenuta nella legge di contabilità generale (art. 55 r.d. n. 2440 del 1923) e nel relativo regolamento (artt. 26 ss. r.d. n. 827 del 1924) per i pagamenti eseguiti dallo Stato, non applicabile, all'INPS.
2 - L'esatto adempimento di una prestazione previdenziale da parte dell'INPS può essere desunto, anche in sede di gravame, dal comportamento processuale delle parti, alla stregua del principio di non contestazione che informa il sistema processuale civile ed è applicabile anche nella fase introduttiva del giudizio di appello, nella quale, ferma la non modificabilità della domanda, la leale collaborazione tra le parti, manifestata con la previa presa di posizione sui fatti dedotti, è funzionale all'operatività del principio di economia processuale e rileva anche ai fini delle valutazioni discrezionali che il giudice del lavoro è chiamato ad adottare in ordine all'ammissione, anche d'ufficio, di nuove prove. Né, ai fini dell'applicabilità del principio di non contestazione, rilevano i limiti posti dalla legge per taluni fatti alla prova per testimoni o per presunzioni, o la mancata deduzione di idonee prove per l'eventuale conferma dei fatti allegati. (Nella specie la S.C. ha precisato che l'allegazione di pagamenti non può ritenersi preclusa in appello, non comportando l'introduzione nel giudizio di domande o eccezioni in senso stretto nuove, né una loro modifica, riferendosi, invece, ad un fatto estintivo operante di diritto e rilevabile anche d'ufficio, e ha rigettato il ricorso proposto avverso la sentenza dei giudici di merito che avevano ritenuto avvenuto il pagamento delle somme oggetto della domanda anche in base alla non contestazione dell'allegato previo adempimento da parte dell'appellante INPS, rimasto contumace in primo grado).*

FATTO - Le lavoratrici in epigrafe indicate adivano il Tribunale di Lagonegro chiedendo la condanna dell'INPS all'adeguamento, in osservanza della giurisprudenza costituzionale, dell'indennità di disoccupazione agricola percepita, per l'anno specificato nel ricorso, nella misura di L. 800 giornaliere. Il Tribunale accoglieva la domanda condannando l'Istituto al pagamento di somme determinate oltre accessori calcolati ex art. 6, comma 6, legge n. 412/1991 e rimborso delle spese del giudizio.

L'INPS, rimasto contumace in primo grado, proponeva appello, in via preliminare eccependo la decadenza ex art. 47 del d.p.r. n. 639/1970 e nel merito chiedendo il rigetto della domanda; sosteneva infatti che l'Istituto aveva corrisposto la richiesta rivalutazione dell'indennità di disoccupazione agricola come da estratti contabili che produceva. Le lavoratrici proponevano appello incidentale.

La Corte d'appello di Potenza accoglieva l'appello principale, rigettando le

---

* Conf., *ex plurimis*, Cass., Sez. Lav., nn. 23150 e 23158 del 2009.

domande delle assicurate, e respingeva l'appello incidentale.

In motivazione, esclusa l'applicabilità della decadenza ex art. 47 nel caso in cui, successivamente all'adempimento dell'Istituto assicuratore, l'assicurato lamenti l'inesattezza nel *quantum* dell'adempimento, la Corte, riguardo al merito, riteneva che si dovesse ritenere adeguatamente provato l'avvenuto pagamento da parte dell'INPS, pur considerato che giustificatamente la difesa degli appellati aveva eccepito la tardività e quindi l'inammissibilità della produzione documentale comprovante tale pagamento. Riteneva avvenuto l'esatto adempimento in base sia a presunzioni semplici legate alla qualità del debitore, sia alla condotta processuale della controparte in primo grado e in appello. Infatti:

- la deduzione circa l'intervenuto pagamento proveniva da un debitore che era depositario dell'interesse pubblico tutelato, oltre che un ente pubblico alieno da intenti speculativi;
- i creditori non avevano contestato l'avvenuto pagamento, limitandosi ad una difesa di tipo processuale, incentrata sulla tardività della prova dell'adempimento;
- gli stessi non avevano depositato in appello il fascicolo del primo grado e così non rimaneva comprovata la soddisfazione dell'onere di allegazione incombente sul creditore in ordine al pagamento di una sola parte della somma; peraltro l'estratto assicurativo menzionato nelle difese dei creditori era idoneo a provare l'avvenuta prestazione di giornate lavorative per anno, ma non forniva la prova diretta della percezione dell'indennità e del *quantum* corrisposto e di quello omesso;
- la violazione dell'onere di allegazione risultava anche direttamente dal ricorso di primo grado, ove si specificava che dalle somme pretese avrebbero dovuto detrarsi, all'esito della prova, quelle effettivamente erogate dall'Istituto; del resto, anche se il creditore è esonerato dalla prova dell'inadempimento, egli è comunque onerato dalla indicazione specifica dei fatti posti a base della domanda, cioè del dedotto inesatto adempimento.

Rilevava poi la Corte che l'accoglimento dell'appello principale determinava l'assorbimento dei motivi di appello incidentale, considerato in particolare che non vi era più ragione di discutere circa la misura delle spese liquidate dal giudice di primo grado a favore delle lavoratrici.

Le assicurate propongono ricorso per cassazione affidato a quattro motivi. L'INPS resiste con controricorso e propone un motivo di ricorso incidentale condizionato, al quale le parti ricorrenti in via principale resistono con controricorso, seguito da memoria illustrativa in vista dell'udienza di discussione.

DIRITTO - Il ricorso principale e quello incidentale condizionato devono essere riuniti (art. 335 c.p.c.).

Il primo motivo del ricorso principale denuncia violazione dell'art. 112 c.p.c., per omesso esame del motivo di appello con cui era stata lamentata la previsione, sulle somme oggetto di condanna, dei soli interessi, e non anche della rivalutazione monetaria, per il periodo decorrente dall'1.1.1992, con un'applicazione retroattiva dell'art. 16, comma 6, legge n. 412/1991, nonché per omesso esame del motivo relativo alla liquidazione delle spese del giudizio.

Il motivo è palesemente infondato perché entrambe le questioni, relative alla modalità di calcolo degli accessori per il ritardo nell'adempimento e alla liquidazione delle spese del giudizio di primo grado, erano assorbite dal rigetto della domanda. Comunque le relative questioni rimangono assorbite dal rigetto dei successivi motivi di ricorso con la conseguente conferma della sentenza impugnata per quanto riguarda il rigetto della domanda.

Il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 115 c.p.c., degli artt. 2697, 2725, 2726 e 2729 c.c.. Si censura una parte degli argomenti impiegati dalla sentenza impugnata nel ritenere provati i pagamenti da parte dell'INPS. Si sostiene che la natura di ente pubblico del debitore, lungi dal poter fornire un indizio a favore del medesimo, comporta la necessità che la prova del pagamento sia fornita mediante quietanza, in applicazione del criterio del buon andamento che deve caratterizzare l'operato della p.a. ex art. 97 Cost., ed anche della regola secondo cui le pubbliche amministrazioni manifestano la propria volontà in forma vincolata *ad substantiam* (atti negoziali) o *ad probationem* (atti di scienza o meramente attuativi). Per questa stessa ragione non può rilevare nella specie la non contestazione, che non può riguardare fatti o atti per cui la legge richiede una particolare forma.

Il terzo motivo denuncia violazione dell'art. 2967 c.c.. Si sostiene che la sentenza abbia erroneamente applicato le regole sulla distribuzione dell'onere della prova.

Accennato preliminarmente che il rilievo da parte del giudice di appello di un difetto di allegazione di quanto esattamente ricevuto e ancora da ricevere da parte dei creditori era estraneo al tema posto dal motivo di appello dell'INPS, si lamenta che la Corte di merito abbia addossato ai creditori un onere probatorio in realtà ricadente sul debitore, sul quale grava la dimostrazione dell'adempimento (eventualmente esatto).

Il quarto motivo denuncia illogica e insufficiente motivazione su un punto decisivo (il pagamento), anche per erronea interpretazione della domanda.

Riguardo ai vari argomenti indicati nella motivazione, si osserva: a) la valorizzazione della qualità di ente pubblico dell'INPS è totalmente irrazionale, in quanto stravolge gli istituti dell'allegazione e della prova e assegna all'amministrazione un'odiosa forma di supremazia e privilegio; b) il motivo di appello non involgeva il diritto alla prestazione riconosciuto dalla sentenza di primo grado e quindi non vi era alcun onere degli appellati di depositare in appello la documentazione fornita in primo grado; c) non può attribuirsi rilievo alla mancata contestazione del pagamento, dato che, in conseguenza dell'opposizione alla prova, rilevatasi fondata, era superflua la difesa sul merito; d) quanto al rilievo della Corte di appello che in primo grado era mancata una compiuta allegazione, si ribadisce che la relativa indagine era superflua nel giudizio di appello, in cui il *thema decidendum* era limitato all'intervenuto pagamento e si osserva comunque che vi era stata una precisa quantificazione delle somme pretese, implicante la detrazione del percepito. Né poteva attribuirsi rilievo alla frase sulla detrazione di somme di cui sarebbe eventualmente risultato il pagamento, riferibile a pagamenti futuri e comunque integrante una conclusione formulata con riferimento al c.d. principio di eventualità; e) la genericità dell'allegazione dell'INPS, priva di specificazioni circa il *quantum* versato, era inidonea a sorreggere la decisione poiché, stante la ritenuta inutilizzabilità della

documentazione, non era possibile effettuare l'indispensabile verifica della coincidenza quantitativa dell'obbligo gravante sull'Istituto con la somma che sarebbe stata pagata dallo stesso.

Gli esposti tre motivi che precedono del ricorso principale vengono esaminati congiuntamente in ragione della loro connessione.

Deve preliminarmente rilevarsi che in effetti la sentenza impugnata ha ritenuto che fosse avvenuto il pagamento delle somme oggetto della domanda non solo in base ad argomenti di prova per presunzioni ma anche in relazione al comportamento processuale degli attuali ricorrenti e in particolare in quello consistito nella non contestazione dell'allegato previo adempimento da parte dell'INPS. Tale ultimo rilievo è idoneo a costituire anche da solo una adeguata *ratio decidendi* della sentenza di appello. Premesso che nella giurisprudenza di questa Corte si è da tempo affermato il principio che non è necessaria l'ulteriore prova dei fatti allegati da una parte a sostegno di una domanda, di una eccezione o di una difesa, che non siano stati adeguatamente e tempestivamente contestati dalla controparte, secondo le regole della scansione delle attività difensive dettate per i vari modelli processuali disciplinati dal codice di rito (cfr. Cass. S.U. n. 761/2002; Cass. 11107/2007,12231/2007, 27596/2008) -, deve in particolare precisarsi che il principio di non contestazione è applicabile anche nella specie, sia perché ne è stata rilevata dalla giurisprudenza una valenza generale nel processo (cfr. Cass. n. 12636/2005), sia, più specificamente, perché ragioni analoghe a quelle alla base dell'onere di contestazione operante nella fase introduttiva del giudizio di primo grado sono rilevanti anche nella fase introduttiva del giudizio di appello. In quest'ultimo, ferma la non modificabilità della domanda, vi può essere l'esigenza delle parti di fare nuovamente il punto sui fatti rilevanti ai fini della decisione della causa, continuando ad operare i principi sulla valorizzazione della leale cooperazione delle parti, e il giudice può essere chiamato a valutazioni anche discrezionali circa l'ammissione di nuove prove (tanto più nel rito del lavoro, in cui le prove sono ammissibili anche d'ufficio), sicché la previa trasparente presa di posizione delle parti sui fatti dedotti è funzionale all'operatività del principio di economia processuale e può rilevare anche ai fini delle valutazioni che il giudice deve adottare. D'altra parte l'allegazione di pagamenti non può ritenersi preclusa in appello, poiché essa non comporta l'introduzione nel giudizio di domande o eccezioni in senso stretto nuove, né una loro modifica, ma si riferisce a un fatto estintivo operante di diritto e rilevabile anche d'ufficio (eccezione in senso lato).

Tale *ratio decidendi* non ha formato oggetto di censure idonee e fondate.

Infatti ai fini dell'applicabilità del principio di non contestazione non rilevano i limiti posti dalla legge per taluni fatti alla prova per testimoni o per presunzioni, o la mancata deduzione di idonee prove per l'eventuale conferma dei fatti allegati. Peraltro neanche può ritenersi fondata la tesi sostenuta nel ricorso, secondo cui non sarebbe ammessa la prova per presunzioni del pagamento delle prestazioni previdenziali da parte dell'INPS. Infatti la regola in base a cui il debitore il quale effettui il pagamento ha diritto al rilascio della quietanza (art. 1199 c.c.) non esclude che il pagamento possa essere provato con mezzi diversi da essa (così Cass. n. 1630/1973 e, specificamente, Cass. 10073/2007, 191/2008, 7158/2008, che hanno riesaminato la problematica esaminata

da Cass. n. 1105/2007, richiamata dai ricorrenti, la quale comunque non aveva ritenuto imprescindibile la quietanza), visto che sarebbe necessaria un'apposita prescrizione di legge in tal senso, com'è quella relativa ai pagamenti eseguiti dallo Stato (pertanto non applicabile all'INPS), contenuta nella legge di contabilità generale (art. 55 r.d. n. 2440/1923) e nel relativo regolamento (art. 26 ss. r.d. n. 827/1924).

Non integra, poi, una censura idonea il rilievo finale di cui all'ultimo dei motivi in esame (riferito *sub* lett. e), non solo perché in tale sede non è stata eccepita la genericità della allegazione sotto il profilo della conseguente non operatività dell'onere di contestazione, ma anche perché della medesima censura e di una sua finalità di tal genere non vi è traccia nella parte del ricorso in cui si è proceduto alla puntualizzazione (sintesi) del motivo stesso, denunciante vizi di motivazione, ai fini della illustrazione del motivo secondo i moduli di chiarezza e specificazione indicati dall'art. 366 bis c.p.c..

Le ulteriori censure formulate con il ricorso, in quanto non incidenti sulla *ratio decidendi* in esame, risultano prive di decisività e rimangono quindi assorbite.

In conclusione, il ricorso principale deve essere rigettato.

Il ricorso incidentale condizionato, deducendo la violazione di norme di diritto e specificamente dell'art. 47, comma terzo, del d.p.r. n. 639/1970, lamenta che la ivi prevista decadenza sia stata ritenuta inapplicabile in caso di domande aventi ad oggetto la rivalutazione dell'importo dell'indennità di disoccupazione agricola in virtù della sentenza n. 497 del 1988(1) della Corte Costituzionale.

Esso deve ritenersi assorbito, poiché il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale della parte totalmente vittoriosa sul merito, senza che a ciò osti il fatto che con il medesimo si deduca una questione avente in linea astratta rilievo pregiudiziale e rilevabile anche d'ufficio, qualora la stessa abbia formato oggetto di decisione da parte della sentenza impugnata (cfr. Cass. S.U. n. 23019/2007).

Si ritiene di compensare le spese del presente giudizio di legittimità, tenendo presente il diverso esito dei due gradi di merito e la non semplicità sul piano tecnico delle questioni in questa sede rilevanti.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1988, p. 822

Pensioni - Decadenza - Mancata proposizione del ricorso amministrativo - Decorrenza - *Dies a quo* - Dall'insorgenza del diritto ai singoli ratei di pensione - Esclusione.

Corte di Cassazone, Sez. lavoro – 19.10.2009 n. 22110 – Pres. D'Agostino – Rel. Meliadò – P.M. Sepe (diff.) – D.S.L. (Avv. Cinaglini, Rossi) – INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Biondi)

Ai sensi dell'art. 47, commi secondo e terzo, del D.P.R. n. 639/1970, il superamento dei termini complessivamente previsti per la definizione del procedimento amministrativo, in caso di assenza o tardiva presentazione del ricorso amministrativo, determina la inammissibilità della domanda giudiziaria e l'estinzione di tutti i ratei della prestazione nel frattempo maturati.

FATTO - Con sentenza in data 8.7/19.10.2005 la Corte di appello di Roma confermava la sentenza resa dal Tribunale di Roma il 2.10.2002, con la quale era stata rigettata, per intervenuta decadenza, la domanda proposta da L.D.S. ai fini del riconoscimento della pensione di invalidità.

Osservava in sintesi la Corte territoriale che, nel caso in esame, avuto riguardo alla data di presentazione della domanda amministrativa (20.12.1995), ed alla data di deposito del ricorso (29.1.2001), doveva ritenersi operante la decadenza dell'appellante dall'azione giudiziaria, in conformità alla disciplina posta dall'art. 47 del DPR n. 639 del 1970 con le successive modifiche ed integrazioni.

Per la cassazione di tale sentenza propone ricorso L.D.S. affidandolo a due motivi.

L'INPS ha depositato procura difensiva.

DIRITTO - Con il primo motivo, svolto ai sensi dell'art. 360 commi 3 e 5 c.p.c. in relazione all'art. 47 comma 2 DPR n. 639/1970 come interpretato autenticamente, integrato e modificato dall'art. 6 del d.l. n. 103/1991, conv. nella l. n. 166/1991 e dall'art. 4 del d.l. n. 384/1992 conv. nella l. n. 438/1992, il ricorrente rileva che erroneamente la Corte territoriale non ha considerato che, nel caso di decorrenza dei termini complessivamente previsti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, la decadenza non è unitaria, ma riferibile a ciascun rateo di pensione, nel senso che il suo verificarsi determina non l'estinzione del diritto, ma solo dei ratei maturati anteriormente al termine triennale computato a ritroso dalla presentazione del ricorso giudiziario.

Con il secondo motivo, proposto ai sensi dell'art. 360 n. 3 cpc, il ricorrente prospetta violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del d.l. n. 103/1991 conv. nella l. n. 166/1991, in relazione all'art. 47 commi 2 e 3 del DPR n. 639/1970, nel testo mod. dal d.l. n. 384/1992 conv. nella l. n. 438/1992, osservando che la Corte territoriale ha rigettato la domanda, omettendo di pronunciarsi nel merito con riferimento alla parte di essa relativa ai ratei non ricompresi nel periodo per il quale è intervenuta la decadenza.

Il ricorso, i cui motivi, in quanto connessi, possono essere esaminati congiuntamente, è infondato.

Le censure svolte dal ricorrente al provvedimento impugnato si pongono, infatti, in contrasto con la sistemazione che la disciplina della decadenza delle prestazioni previdenziali per come risultante dall'art. 47 del DPR n. 639 del 1970, nel testo modificato dall'art. 4 del DL n. 384 del 1992 conv. nella L. n. 438 del 1992, ha progressivamente rinvenuto nella giurisprudenza di questa Suprema Corte, da ultimo con la sentenza delle SU n. 12718 del 2009(1).

Con tale pronuncia si è precisato che lo stretto collegamento che, nel regime legale, si realizza fra i termini del contenzioso amministrativo e quelli previsti a pena di decadenza sostanziale impone all'interprete di ritenere "indifferenti" tanto le condotte dell'assicurato che dell'istituto previdenziale che si pongano in contrasto con la rigorosa ed esaustiva predeterminazione dei tempi del passaggio dalla procedura amministrativa all'ordinario processo previdenziale, con conseguente alterazione delle finalità acceleratorie, ed, al tempo stesso, di definitività e certezza delle relative situazioni giuridiche che ne costituiscono giustificazione. E che la medesima esigenza di un adeguato bilanciamento fra finalità pubbliche e tutela dell'assicurato attraverso la rigida e predeterminata articolazione dei termini processuali copre il complesso dei comportamenti che l'ente previdenziale può tenere rispetto alla domanda dell'interessato, si concreti il dovere di provvedere dell'amministrazione in un provvedimento espresso o tacito, tempestivo o tardivo, completo o sprovvisto delle indicazioni (salvo quelle essenziali per la sua validità) per lo stesso previste dalla legge.

Il che si concreta nella regola di diritto che l'art. 47 del DPR n. 639 del 1970, laddove individua nella "scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del processo amministrativo" la soglia (di trecento giorni, risultante dal combinato degli art. 7 della legge n. 533 del 1973 e 46 commi 5 e 6 della legge n. 88 del 1989) oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo non consente lo spostamento in avanti del *dies a quo* del termine decadenziale, configurandosi come norma di chiusura del sistema, deve trovare applicazione, oltre che nel caso di mancanza di un provvedimento esplicito sulla domanda dell'assicurato, anche in quella di omissione delle indicazioni prescritte dal comma quinto dello stesso articolo e che la relativa disciplina resta insensibile anche agli atti interlocutori dell'Istituto o a provvedimenti dello stesso capaci di assumere carattere decettivo, che, eventualmente, possono incidere sul piano della correttezza della condotta dell'amministrazione ma non anche sulla disciplina inderogabile dell'azione giudiziale.

Alla luce di tale quadro sistematico, va, dunque, esaminata la questione, sottoposta all'esame della Corte, della sopravvivenza, pur dopo le modifiche apportate dall'art. 4 del d.l. n. 384 del 1992 cit. all'originario testo dei commi secondo e terzo dell'art. 47 in esame, dell'art. 6 del d.l. n. 103/1991 conv. nella l. n. 166/1991, nella parte in cui, dopo aver stabilito che "la decadenza determina l'estinzione del diritto ai ratei pregressi delle prestazioni previdenziali e l'inammissibilità della relativa domanda giudiziale", stabilisce che "in caso di mancata proposizione del ricorso amministrativo, i termini decorrono dall'insorgenza del diritto ai singoli ratei".

A tale quesito, la giurisprudenza di legittimità formatasi precedentemente all'intervento delle SU ha ritenuto, in alcune pronunce (cfr Cass. n. 3761/2008; Cass. n. 6018/2005), di dare risposta affermativa, affermando che "nell'ipotesi di mancata presentazione del ricorso amministrativo (cui equivale la presentazione successiva alla scadenza dei termini complessivamente previsti per il procedimento amministrativo), la decadenza non è unitaria, bensì mobile per ciascun rateo: ciascuno di essi ha infatti una decadenza autonoma ed ogni mensilità va riferita alla data del ricorso giudiziario… ragione per cui si estingue il diritto a tutti i ratei maturati anteriormente al triennio, computato a ritroso dalla proposizione del ricorso giudiziario".

Ritiene il Collegio che tale interpretazione non possa essere seguita, per ragioni che si riportano non solo alla portata letterale e al significato funzionale delle leggi che si sono in materia nel frattempo succedute, ma pure per la collocazione sistematica che la disciplina della decadenza delle prestazioni previdenziali ha ricevuto a seguito dell'intervento delle S.U..

Giova, al riguardo, premettere che la tesi interpretativa che si ritiene di dover contrastare si fonda essenzialmente su tre argomenti: a) che la scadenza dei termini complessivamente previsti per il procedimento amministrativo è legata alle previsione delle due precedenti evenienze contemplate nel testo dell'art. 47 (decisione sul ricorso o termine per provvedervi), con la conseguenza che, ove sia mancato qualsiasi ricorso, la situazione dovrebbe ritenersi ancora regolata dalla seconda parte del primo comma dell'art. 6 del d.l. n. 103 del 1991, operando, quindi, il *dies a quo* dalla data di maturazione dei singoli ratei del credito; b) che l'art. 4 del d.l. n. 384 del 1992 ha sostituito i commi secondo e terzo dell'art. 47 del DPR n. 639/1970, ossia disposizioni che non si occupavano dell'ipotesi della mancata proposizione del ricorso, la quale venne autonomamente introdotta con l'art. 6 del d.l. n. 103 del 1991, così da non potersi ritenere travolta per effetto stesso della sostituzione; c) che il d.l. n. 103 del 1991 si è integrato in una complessa fattispecie normativa formata dalla legge interpretata e da quella interpretativa, con la conseguenza, chiarita dal giudice delle leggi, che dall'identità del nuovo testo del 1992 col testo originario dell'art. 47 del 1970 non è consentito arguire l'abrogazione implicita dell'interpretazione autentica.

Deve, tuttavia, osservarsi (con riferimento al primo rilievo) che l'affermazione secondo cui la scadenza dei termini complessivamente previsti per l'esaurimento del procedimento amministrativo completa la gamma delle diverse eventualità di decorrenza del termine, ma solo in presenza del comune presupposto costituito dall'avvenuta presentazione del ricorso amministrativo, si pone in contraddizione con la considerazione, convincentemente svolta dalle SU, che la legge - nel delineare il rapporto fra le diverse ipotesi di determinazione del *dies a quo* per il computo dei termini decadenziali fissati dal testo novellato dell'art. 47 cit. – "assegna una valenza necessariamente prevalente all'ultima ipotesi rispetto alle altre due, perché nella logica evidente della norma l'ipotesi suddetta vale a supplire il vuoto normativo lasciato dalle altre due ipotesi, appunto per il caso di tardività del ricorso e di tardività della decisione di esso, presentandosi come disposizione di chiusura, diretta ad evitare in ogni caso (anche oltre quello di mancanza

di risposta dell'istituto all'istanza dell'assicurato) una incontrollata dilatabilità del termine di decadenza, da ultimo fissato". Con la conseguente impossibilità di incidere sulla procedura sia da parte del privato, con un ricorso amministrativo tardivo, o con la mancata proposizione stessa di alcun ricorso, sia da parte dell'amministrazione, con una decisione tardiva, o con la mancata adozione stessa di alcun provvedimento.

Quanto, poi, alla portata della modifica introdotta, nel 1992, all'originario testo dell'art. 47 del DPR n. 639 del 1970, è agevole osservare che l'art. 4 del d.l. n. 384/1992 non si è limitato ad abbreviare i termini di decadenza, ma ha introdotto una norma di chiusura, che non solo non era prevista nell'originaria formulazione della disposizione, ma il cui contenuto si rivela palesemente innovativo rispetto a quanto stabilito, appena un anno prima, dal d.l. n. 103/1991, per prevedersi - e con riferimento allo stesso ambito di disciplina - una rigida, predeterminata ed esaustiva sequenza dei termini decadenziali, idonea a ricomprendere il complesso dei momenti di collegamento fra il procedimento amministrativo e quello contenzioso (ivi compresa, ma non solo, l'ipotesi della mancata presentazione del ricorso).

Affermare, pertanto, che "nell'ipotesi di mancata presentazione del ricorso amministrativo... la decadenza non è unitaria, ma mobile per ciascun rateo" significherebbe, in buona sostanza, preservare una deroga rispetto ad una disciplina che, a seguito della riscrittura del testo della norma, ha carattere di completezza e di generalità e che preclude all'interprete di adottare soluzioni regolamentari difformi dal testo normativo, nonostante che quest'ultimo, per come si deve ribadire, descriva in maniera precisa le forme, i tempi e le condizioni per il passaggio dalle procedure amministrative all'ordinario processo previdenziale.

Né, infine, (e con riferimento all'ultimo argomento) tali considerazioni contrastano con l'interpretazione autentica che l'art. 6 del d.l. n. 103 del 1991 ha operato rispetto a(lla natura de)i termini previsti dall'art. 47 secondo e terzo comma del DPR n. 639 del 1970.

Avendo il giudice delle leggi chiarito e ribadito (cfr. Corte Cost. n. 20/1994(2)) che l'art. 4 del d.l. n. 384 del 1992, non incide - né tanto meno ha efficacia abrogatrice della norma di interpretazione autentica dettata dall'art. 6 del d.l. del 1991, a stregua della quale i termini previsti dall'art. 47 sono posti a pena di decadenza per l'esercizio del diritto ai ratei della prestazione pensionistica, salva l'imprescrittibilità del diritto in sé alla pensione. Giacché, fermo restando l'effetto della inammissibilità della domanda e dell'estinzione dei ratei pregressi (in cui si concreta la natura non meramente processuale, ma sostanziale dei termini in questione), resta fermo, in ogni caso, in considerazione della espressa delimitazione ai "ratei pregressi", l'oggetto dell'interpretazione autentica, in conformità alla regola, costituzionalmente rilevante, dell'imprescrittibilità del diritto a pensione.

Che questo, e non altro, fosse, del resto, l'oggetto dell'interpretazione autentica si desume dalla considerazione che la *ratio* dell'art. 6 risiedeva nella volontà del legislatore di provvedere ad una interpretazione dell'art. 47 del DPR n. 639 del 1970 diversa da quella cui erano pervenute, con riferimento alla natura dei termini ivi previsti,

le SU della Corte di Cassazione, confermando (con la previsione che il loro decorso "determina l'estinzione del diritto ai ratei pregressi delle prestazioni previdenziali") la natura sostanziale e non meramente procedimentale degli stessi, ma facendo salva (con la espressa delimitazione ai "ratei pregressi") la disciplina del diritto a pensione, che, a differenza di quella dei singoli ratei, "è imprescrittibile (nè sottoponibile a decadenza) secondo una giurisprudenza non controversa" (cfr. Corte Cost. n. 246/1992).

Deve, pertanto, conclusivamente ritenersi che l'art. 47 commi secondo e terzo del DPR n. 639 del 1970, nel testo sostituito dal d.l. n. 384 del 1992 convertito nella l. n. 438 del 1992, va interpretato nel senso che il superamento dei termini complessivamente previsti per la definizione del procedimento amministrativo, in caso di assenza o di tardiva presentazione del ricorso amministrativo, determina l'inammissibilità della domanda e l'estinzione dei ratei della prestazione nel frattempo maturati, con conseguente assorbimento della previsione dell'art. 6 comma primo del d.l. n. 103 del 1991, conv. nella l. n. 166 del 1991, nella parte in cui stabilisce che "in caso di mancata proposizione del ricorso amministrativo i termini decorrono dall'insorgenza del diritto ai singoli ratei".

Il ricorso, sulla base di tale principio di diritto, va, pertanto, rigettato.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2009, p. 429

(2) Idem, 1994, p. 198

Disoccupazione involontaria - Trattamento speciale per i lavoratori dell'edilizia - Requisito contributivo - Accertamento - Periodi di assenza per malattia – Computabilità come lavoro prestato - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 06.10.2009 n. 21299 - Pres. Sciarelli - Rel. Curzio - P.M. Riello - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo) - S.G. (Avv. Bonfiglio)

Ai fini dell'accertamento del requisito contributivo previsto dall'art. 9, comma 3, l. 6 agosto 1975 n. 427 per l'attribuzione del trattamento speciale di disoccupazione a favore dei lavoratori dell'edilizia, non possono essere computati come "lavoro prestato" i periodi di assenza dal lavoro per malattia, considerato che - come si desume dall'art. 29, comma 1, d.l. 23 giugno 1995 n. 244, convertito nella l. 8 agosto 1995 n. 341 – l'integrazione aggiuntiva

all'indennità di malattia non è erogata, per tale categoria di lavoratori, dal datore di lavoro, bensì dalla Cassa edile, mentre i contributi dovuti - nella misura del 15% del loro ammontare - ai sensi dell'art. 9 d.l. 29 marzo 1991 n. 103, convertito nella legge 1 giugno 1991 n. 166, sono da comprendere tra i cosiddetti contributi di solidarietà, che operano in funzione di finanziamento degli istituti previdenziali a vantaggio della collettività dei lavoratori e sono privi di effetti in relazione ai singoli assicurati, nel senso che non concorrono ad incrementare la loro specifica posizione contributiva.

FATTO e DIRITTO – L'Istituto nazionale della Previdenza sociale chiede l'annullamento della sentenza della Corte d'Appello di Messina, pubblicata il 31 marzo 2005, che ha rigettato l'appello principale proposto dall'Istituto stesso nei confronti della sentenza con la quale il Tribunale di Messina, accogliendo il ricorso di G.S. aveva accertato il suo diritto al trattamento di disoccupazione speciale edile, condannando l'INPS al versamento della relativa indennità.

La Corte d'Appello ha ritenuto che "ai fini del raggiungimento del periodo contributivo minimo necessario per l'attribuzione a favore dei lavoratori dell'edilizia del trattamento speciale di disoccupazione di cui all'art. 9, terzo comma, della legge 6 agosto 1975, n. 427, deve tenersi conto oltre che delle giornate di effettiva prestazione del lavoro e delle giornate per le quali persista a carico del datore di lavoro l'obbligo della retribuzione e della corrispondente contribuzione, anche delle giornate per le quali la legge considera versati i contributi per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione attraverso l'istituto della contribuzione figurativa".

Contro la decisione adottata sulla base di questo assunto l'INPS ricorre per cassazione denunziando la "violazione e falsa applicazione dell'art. 11, primo comma, della legge 23 luglio 1991, n. 223, nonché del combinato disposto degli artt. 15 e 17 della legge n. 427 del 1975 e 56, primo comma, lett. c), del rdl 4 ottobre 1935, n. 1827".

L'intimato si è costituito con controricorso, contenente ricorso incidentale con il quale denunzia la violazione di legge della parte della sentenza che ha rideterminato le spese e competenze legali di primo grado ed ha quantificato quelle di secondo grado, a parere del ricorrente incidentale, in violazione dei minimi tariffari.

L'INPS ha depositato una memoria.

La sentenza impugnata ha riconosciuto il diritto sulla base del presupposto che siano conteggiabili anche i contributi relativi ai periodi di malattia. Sul problema la Sezione lavoro della Corte di cassazione si è espressa con la sentenza 7 ottobre 2004, n. 20004 (1), che ha modificato, sulla base di una ampia, articolata e convincente motivazione, la soluzione adottata da alcune sentenze precedenti (la 4159 del 1993 e la 9233 del 1994).

Il principio di diritto affermato dalla decisione 20004 del 2004 è il seguente: "Ai fini dell'accertamento del requisito contributivo previsto dall'art. 9, terzo comma, della legge 6 agosto 1975 n. 427, per l'attribuzione del trattamento speciale di disoccupazione a favore dei lavoratori dell'edilizia, non possono essere computati come "lavoro prestato" i periodi di assenza dal lavoro per malattia, considerato che - come si desume dall'art. 29, primo comma, del D.L. 23 giugno 1995 n. 244, convertito nella legge 8 agosto 1995 n.

341 - l'integrazione aggiuntiva all'indennità di malattia non è erogata, per tale categoria di lavoratori, dal datore di lavoro, bensì dalla Cassa edile, mentre i contributi dovuti - nella misura del quindici per cento del loro ammontare - ai sensi dell'art. 9 del D.L. 29 marzo 1991 n. 103, convertito nella legge 1 giugno 1991 n. 166, sono da comprendere tra i cosiddetti contributi di solidarietà, che operano in funzione di finanziamento degli istituti previdenziali a vantaggio della collettività dei lavoratori e sono privi di effetti in relazione ai singoli assicurati, nel senso che non concorrono ad incrementare la loro specifica posizione contributiva".

L'applicazione di tale principio al caso in esame comporta l'accoglimento del ricorso dell'INPS e quindi la cassazione della sentenza impugnata. L'eccezione di inammissibilità sollevata dall'intimato è infondata, in quanto, anche stando a quanto riportato in controricorso, non può ritenersi che vi sia stata una modifica strutturale tra la posizione assunta dall'INPS in sede di appello e quella delineata con il ricorso per cassazione.

Non sono necessari ulteriori accertamenti di merito, in quanto la decisione impugnata si fonda sul presupposto che i contributi figurativi siano necessari per il raggiungimento della contribuzione minima e sul punto non è stata oggetto di impugnazione specifica. Il problema si risolve tutto nella questione di diritto esaminata e non richiede giudizio di rinvio.

La domanda del lavoratore deve pertanto essere respinta. Il ricorso incidentale rimane assorbito. La natura previdenziale della causa, esclude che debba provvedersi sulle spese.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2005, p.273

CORTE D'APPELLO
Sezioni Civili

Processo civile - Notificazione ai sensi dell'art. 140 c.p.c. - Mancata affissione - Nullità sanabile - Successivo invio dell'avviso di deposito - Ricezione - Perfezionamento notifica.

Corte di Appello di Brescia - 22.08.09 n. 318 - Pres. Orlandini - Rel. Nuovo - Z. S.r.l. (Avv.ti Saponaro, Cividini) - INAIL (Avv.ti Angione, De Luca) -INPS (Avv.ti Tagliente, Collerone)

Sebbene la notificazione effettuata ai sensi dell'art. 140 c.p.c. si perfezioni con il compimento da parte dell'ufficiale giudiziario di tutte le formalità prescritte dalla norma, la nullità derivante dalla mancata affissione dell'avviso di deposito è sanabile con la ricezione da parte del destinatario della raccomandata contenente l'avviso di deposito, che costituisce il momento in cui si perfeziona la notifica.

FATTO - Con ricorso depositato il 18 luglio 2006 la società Z. S.r.l. adiva il Tribunale di Bergamo in funzione di giudice del lavoro per sentir accertare e dichiarare l'illegittimità del verbale di accertamento INPS con il quale veniva contestata la violazione del divieto di interposizione fittizia di manodopera. In particolare, la società opponente eccepiva la carenza di legittimazione passiva in quanto gli accertamenti degli ispettori INPS riguardavano altra società la Z. s.n.c. e l'infondatezza, nel merito, della contestazione elevata.

Costituitesi tempestivamente in giudizio l'INPS e l'INAIL chiedevano il rigetto del ricorso con conferma del verbale di accertamento impugnato.

Il primo giudice, istruita la causa per documenti e testi, riteneva l'accertamento della sostanziale identità e successione tra i due soggetti (Z. s.n.c. e Z. s.r.l.) e respingeva l'opposizione nel merito attesa l'inesistenza, quale autonoma realtà industriale, della Carpenteria MB (che contava 140 dipendenti pur non avendo alcuna sede produttiva) in quanto era stato accertato che si limitava a fornire manodopera a diverse imprese di carpenteria metallica, compresa la Z., in forza di contratti identici privi della descrizione delle opere da eseguire e di capitolati tecnici ma con un sostanziale pagamento ad ore per operaio.

Appellava la Z. riproponendo tutte le proprie tesi ed in particolare quella della diversità dei due soggetti giuridici; si costituiva l'INAIL per la conferma e si costituiva l'INPS eccependo l'inammissibilità dell'appello atteso che le formalità per la notifica ex 140 c.p.c. si erano interamente compiute oltre trenta giorni prima del deposito dell'atto di impugnazione.

All'odierna udienza le parti discutevano e la causa veniva decisa con sentenza del cui dispositivo veniva data immediata lettura.

DIRITTO - Deve preliminarmente essere esaminata l'eccezione, proposta dall'INPS, di inammissibilità dell'appello.

L'eccezione è fondata.

Il perfezionamento della notifica effettuata ai sensi dell'art. 140 cod. proc. civ. richiede il compimento di tutti gli adempimenti stabiliti da tale norma (deposito della copia dell'atto nella casa del comune dove la notificazione deve eseguirsi; affissione dell'avviso del deposito in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione o dell'ufficio o dell'azienda del destinatario; notizia del deposito al destinatario mediante raccomandata con avviso di ricevimento), con la conseguenza che, in caso di omissione di uno di essi la notificazione è da considerarsi nulla.

Nella specie, la notificazione della sentenza a richiesta dell'INAIL era stata effettuata, ai sensi dell'art. 140 cod. proc. civ. allo studio del procuratore domiciliatario, non reperito ed attesa l'assenza di persone a cui per legge fosse consentita la consegna.

A tale proposito la Suprema Corte ha già avuto occasione di affermare che la notificazione degli atti in caso di irreperibilità del destinatario si perfeziona con il compimento da parte dell'ufficiale giudiziario delle formalità prescritte dall'art. 140 cod. proc. civ., le quali, trattandosi di elementi essenziali dalla fattispecie notificatoria, debbono essere tutte osservate (Cass 2082/99; Cass 4812/98). Ne consegue, ad esempio, che la mancata affissione al portone dell'edificio non soddisfa il precetto della norma comportando cosi la nullità della notifica. Non si tratta peraltro di nullità insanabile quando l'avviso dell'avvenuto deposito è stato notificato alla parte. In tali casi la Cassazione ha statuito che, quando nel termine stabilito per la notificazione siano avvenuti sia il deposito dell'atto presso la casa comunale e sia anche la ricezione, da parte del destinatario, della notizia del deposito, e non solo l'invio di tale notizia, la nullità della notificazione, che deriverebbe dal mancato compimento della formalità dell'affissione, non può essere dichiarata, perché deve ritenersi che la ricezione della raccomandata possa fungere da atto sanante della nullità sotto il profilo del raggiungimento dello scopo.

La conoscenza della raccomandata produce, infatti, un effetto di conoscenza effettiva dell'avvenuto deposito, certamente non inferiore rispetto a quello dell'affissione dell'avviso, e consente alla parte, quando il deposito sia stato effettuato, di avere altresì effettiva e completa conoscenza dell'atto a lui indirizzato (Cass 8929/98).

La conseguenza ulteriore che ne deriva però è che la notifica deve ritenersi perfezionata, in tal caso, non già dalla data di invio della raccomandata - poiché in assenza dell'avvenuta affissione sul portone di casa tale invio non determina il perfezionarsi della notifica - bensì dalla data di effettiva ricezione dell'avviso poiché è solo in tale momento che, con effetto sanante, si perfeziona la notifica ed il destinatario giunge a conoscenza del suo accadimento.

Nel caso di specie la società appellante non ha contestato quanto attestato con la relata di notifica e quindi deve ritenersi accertato che nella specie sono stati effettuati gli adempimenti previsti dall'art 140 cod. proc. civ. per il perfezionamento del procedimento

notificatorio, atteso che l'ufficiale giudiziario il 4.12.2008 attesta l'affissione dell'avviso alla porta del destinatario, il deposito nella Casa Comunale e l'avvenuto avviso con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno. La stessa, come da fotocopia in atti, risulta spedita il 5.12.2008 e ricevuta dal destinatario il successivo 6.12.2008 con la conseguenza che l'appello, depositato il 12.1.2009 risulta tardivo in quanto erano ormai trascorsi i 30 giorni dalla notificazione della sentenza.

Ne consegue che l'appello è inammissibile.

La pronuncia solo processuale legittima la compensazione delle spese del grado.

(Omissis)

Pensioni - Invalidità civile - Indennità di accompagnamento - Requisito della necessità di assistenza continua - Incapacità di compiere atti di primaria importanza - Insufficienza.

Corte di Appello di Brescia - 17.12.2009 n. 196 - Pres. Nuovo - Rel. Mancini - Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avv. Stato) - R.T. (Avv. Benedetti) - INPS (Avv.ti Tagliente, Savona)

L'incapacità di compiere alcuni atti di primaria importanza quali l'allontanamento dall'abitazione per lassi di tempo medio-lunghi o lo svolgimento delle più gravose faccende domestiche non comporta la incapacità di compiere autonomamente gli atti quotidiani della vita e dunque non integra il requisito della necessità di assistenza continua previsto per il riconoscimento della indennità di accompagnamento.

FATTO - Con ricorso depositato in data 13 gennaio 2005 la sig.ra T.R. conveniva innanzi al Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'INPS - Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, perché fosse accertato il proprio diritto a percepire l'indennità di accompagnamento e perché l'INPS fosse, conseguentemente, condannato ad erogarle la provvidenza. Deduceva la ricorrente a sostegno delle pretese azionate che ella era affetta da tumore ereditario al colo rettale (sindrome di Lynch) ed era stata sottoposta ad intervento di resezione chirurgica nel gennaio 1988 e ad ulteriore intervento chirurgico associato a radioterapia per recidiva anastomotica nell'agosto 1988; che tali trattamenti avevano sortito esito favorevole comportando peraltro l'insorgenza di vari effetti collaterali; che ella aveva chiesto l'accertamento del proprio stato di invalidità civile ed avanzato domanda di

riconoscimento del diritto a percepire l'indennità di accompagnamento; che ella era stata riconosciuta invalida nella misura dell'80%, che successivamente ella era stata riconosciuta invalida nella misura del 100% con impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore; che in data 3 febbraio 2004 ella era stata sottoposta ad ulteriore accertamento sanitario all'esito del quale era stata riconosciuta invalida nella misura del 70%; che ella aveva inutilmente proposto ricorso amministrativo avverso tale determinazione.

Si costituiva ritualmente il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore,* che contestava la fondatezza della pretesa azionata eccependo la carenza dei requisiti sanitari ed extrasanitari.

Si costituiva ritualmente anche l'INPS - Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore,* che, in via preliminare, eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva in ordine alla domanda di accertamento del requisito sanitario e dello *status* di invalido civile; nel merito contestava la fondatezza della pretesa azionata.

In via istruttoria era disposta C.T.U. medico legale e con sentenza n. 562/05 il Tribunale di Bergamo, respingeva l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dall'INPS, dichiarava il diritto della sig.ra R.T. a percepire l'indennità di accompagnamento con decorrenza dal 3 febbraio 2004 condannando l'INPS ad erogare la prestazione con gli interessi legali sui ratei maturati e compensava le spese di lite.

Avverso tale decisione interponeva tempestivo appello il Ministero dell'Economia e delle Finanze evidenziando che il C.T.U. in primo grado aveva concluso nel senso che la ricorrente fosse invalida al 100%, ma senza diritto all'indennità di accompagnamento; che il C.T.U. in primo grado non aveva tenuto conto delle osservazioni spiegate dal C.T.P. dell'appellante; che la sentenza era affetta dal vizio di ultrapetizione essendo stata chiesta la condanna del solo INPS, mentre le spese di C.T.U. erano state poste a carico del solo Ministero; che in ogni caso al Ministero appellante non potevano essere addebitate le spese di C.T.U. ed eccepiva il proprio difetto di legittimazione passiva.

Si costituiva ritualmente la sig.ra T.R. che resisteva al gravame avversario evidenziando che il Giudice di primo grado si era discostato dalle conclusioni del C.T.U. con motivazione logica e pienamente condivisibile; in via incidentale proponeva appello avverso la sentenza nella parte in cui non aveva riconosciuto il suo diritto a percepire la pensione di inabilità pur essendo stato riconosciuto il suo stato di invalidità al 100% e chiedeva che la sentenza fosse parzialmente riformata con condanna dell'INPS ad erogarle entrambi gli emolumenti.

Si costituiva ritualmente anche l'INPS - Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore,* che aderiva all'appello principale del Ministero dell'Economia e delle Finanze richiamando le motivazioni spese dal C.T.U. in primo grado; contestava la fondatezza dell'appello incidentale della sig.ra R. evidenziando che la stessa nel ricorso introduttivo del giudizio aveva chiesto solo il riconoscimento a percepire l'indennità di accompagnamento e non anche la pensione di inabilità.

In via istruttoria era disposto il rinnovo della C.T.U. ed il C.T.U. era sentito a

chiarimenti. All'udienza del 2 aprile 2009 la presente controversia, all'esito della discussione orale dei Procuratori delle parti, era decisa come da separato dispositivo di cui era data immediata lettura.

DIRITTO - L'impugnazione proposta dal Ministero dell'Economia e della Finanze risulta fondata e merita accoglimento secondo quanto di seguito esplicitato. Invero il C.T.U. nominato in questo grado di giudizio ha confermato le conclusioni rassegnate dal C.T.U. di primo grado: in particolare il dott. V. - specialista in Medicina Legale e delle assicurazioni ha evidenziato che la sig.ra R. è affetta da esiti di interventi chirurgici multipli (gennaio e settembre 1988, 2005 e 2007) per adenocarcinoma del retto-sigma, del colon, del retto (stenosi serrata dell'anastomosi chirurgica, enterite e proctite attinica di grado elevato con persistente tenesmo rettale, associato ad alvo diarroico (circa trenta scariche/die); incontinenza fecale; episodi subocclusivi ricorrenti in esiti di fibrosi cicatriziale e post-attinica"; il C.T.U. ha altresì chiarito che l'attuale sintomatologia sofferta dalla sig.ra R. si sostanzia in astenia psico-fisica, alvo diarroico con circa trenta scariche giornaliere e stato ansioso depressivo di tipo reattivo, e che tale complesso morboso comporta la totale e permanente perdita della capacità lavorativa ma non una condizione di non autosufficienza nello svolgimento degli atti quotidiani della vita ovvero di impossibilità di deambulare autonomamente. Le conclusioni rassegnate sia dal C.T.U. nominato in questo grado di giudizio (che hanno sostanzialmente confermato le conclusioni raggiunte dal C.T.U. nominato in primo grado) risultano esenti da vizi logici e, pertanto, sono integralmente condivise da questo Collegio.

La motivazione spesa dal Giudice di primo grado che ha argomentato il riconoscimento in capo alla sig.ra R.T. del diritto a percepire l'indennità di accompagnamento si fonda, d'altronde, sul rilievo che la stessa *"pur potendo compiere autonomamente molti atti quotidiani della vita"* non sarebbe *"in grado di compierne altri di primaria importanza quali l'effettuazione di acquisti che possano determinare l'allontanamento dall'abitazione per lassi di tempo medio - lunghi o lo svolgimento di faccende domestiche che comportino sforzi":* orbene tale argomentazione non risulta sufficiente al fine di riconoscere il diritto a percepire l'indennità di accompagnamento atteso che, secondo quanto previsto dall'art. 1 l. 18/80, per il riconoscimento del relativo diritto è necessario che il soggetto abbisogni *"di un'assistenza continua"* situazione che, pur volendo condividere le affermazioni del Giudice di primo grado, non può certamente essere affermata con riguardo alla situazione soggettiva della sig.ra R.T. che necessiterebbe di assistenza non continuativamente, ma solo eventualmente per l'espletamento delle specifiche ed isolate attività indicate dal Giudice di primo grado.

Ne deriva che, tenuto conto delle conclusioni rassegnate dalla ricorrente nel ricorso introduttivo del giudizio *"accertare e dichiarare che la sig.ra T.R., omissis, già riconosciuta invalida al 100%, ha diritto di percepire l'indennità di accompagnamento necessitando la stessa di assistenza continua. Per l'effetto, condannare l'INPS al pagamento dell'indennità di accompagnamento a partire dalla data della domanda amministrativa, ovvero da data successiva che dovesse risultare in corso di causa, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria"*, l'impugnata sentenza deve essere

integralmente riformata e la domanda azionata dalla sig.ra R.T. con il ricorso deve essere respinta.

Alla luce delle considerazioni suesposte resta assorbito l'appello incidentale proposto dalla sig.ra R.T..

Residua la pronuncia in ordine alle spese di lite in relazione alle quali, tenuto conto della posizione socio-economica delle parti e della natura della controversia; si ritiene la sussistenza di giusti motivi per l'integrale compensazione delle stesse. Restano integralmente a carico dell'INPS le spese di C.T.U. di ambo i gradi di giudizio, liquidate separatamente e come in primo grado, alla luce delle risultanze del doc. 10 di parte R.T..

(Omissis)

Integrazione salariale straordinaria - Obbligo datoriale di comunicare alle organizzazioni sindacali i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere - Omissione - Conseguenze - Illegittimità del provvedimento di sospensione - Diritto del lavoratore alla retribuzione piena ed alla relativa contribuzione - Rinunzia da parte del lavoratore alla retribuzione a seguito di transazione - Inopponibilità all'INPS.

Corte di Appello di Brescia - 27.06.09. n. 132 - Pres. e Rel. Nuovo - I.C.M. srl (Avv. ti Abrami, Collia) - INPS (Avv. Tagliente)

In caso di intervento straordinario di integrazione salariale per l'attuazione di un programma di ristrutturazione aziendale, il provvedimento di sospensione dell'attività lavorativa è illegittimo qualora il datore di lavoro ometta di comunicare alle organizzazioni sindacali gli specifici criteri di individuazione dei lavoratori che debbono essere sospesi; tale illegittimità può essere fatta valere dai lavoratori interessati davanti al giudice ordinario, in via incidentale, per ottenere il pagamento della retribuzione piena e l'eventuale successiva transazione con il datore di lavoro è inopponibile all'INPS che, chiamato in causa, abbia azionato il correlativo diritto al versamento integrale della contribuzione sugli emolumenti retributivi dovuti.

FATTO - Per quanto qui ancora rileva, occorre premettere che con distinti ricorsi depositati, per ciascuno, in anni differenti, corrispondenti ai vari provvedimenti di collocazione in cassa integrazione, S.F., L.B., G.F. e C.B., dipendenti della società I.C.M. s.p.a. e I. s.r.l., chiedevano al giudice del lavoro del Tribunale di Brescia di dichiarare illegittimi e comunque annullare i provvedimenti con i quali i ricorrenti erano stati

collocati in tempi diversi in CIGS; ordinare la riammissione in servizio nel posto e nelle mansioni precedentemente occupate e condannare la società convenuta al pagamento di tutte le differenze economiche maturate e non percepite dalla data di ciascun illegittimo provvedimento di CIGS alla pronuncia, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

A sostegno di tali domande sostenevano di essere dipendenti della convenuta; che con accordi del 17.9.2004, del 23.9.2004 e del 24.9.2005 era stata conclusa la procedura per l'applicazione della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria; che quindi erano stati posti in CIGS, ma che tale provvedimento doveva ritenersi illegittimo perché l'azienda non aveva precisato i criteri di scelta e previsto la "rotazione dei lavoratori" da collocare in CIGS, non motivando in alcun modo tale decisione (art. 1, commi 2, 7 ed 8, L. 223/91).

La I.C. si costituiva ritualmente nei giudizi sostenendo l'infondatezza delle domande. Nel merito la società, per quanto qui ancora rileva, affermava la legittimità dei provvedimenti di CIGS in quanto erano stati assolti tutti gli oneri di informazione e consultazione da parte dell'azienda, richiamando tutti gli incontri ed i verbali di accordo intervenuti fra le parti sociali, i quali avevano accompagnato tutta la procedura. Circa la mancata adozione della rotazione la società rilevava, attraverso l'interpretazione delle norme di riferimento, che essa poteva anche non essere attuata per motivi di ordine tecnico-organizzativo, che non doveva necessariamente essere comunicato alle organizzazioni sindacali. Precisava comunque che la scelta dei ricorrenti era derivata dalla corretta applicazione dei criteri di scelta previsti dalla legge, e segnatamente dal criterio delle "esigenze tecnico-organizzative", stabilito negli specifici accordi sindacali quale prioritario rispetto agli altri.

I ricorsi venivano notificati successivamente anche all'INPS perché la sentenza facesse stato nel confronti dell'Istituto il quale si limitava, costituendosi, a prendere atto della controversia e a formulare riserva di richiedere l'integrale versamento dei contributi in caso di accertata illegittimità della Cassa integrazione e di correlativo versamento del'intera retribuzione.

I ricorsi venivano riuniti e istruiti e all'esito il primo giudice dichiarava illegittimi i provvedimenti di CIGS (tranne che nei confronti di B.C. per il quale dichiarava le cessazione della materia del contendere), condannava alla corresponsione dell'intera retribuzione per i periodi meglio indicati in sentenza per ciascun lavoratore e condannava altresì alla regolarizzazione contributiva nei confronti dell'INPS.

Ricorreva in appello la I.C. riproponendo, per quanto qui ancora rileva, le proprie tesi in ordine alla piena regolarità della procedura adottata; si costituivano i lavoratori (F., F. e L.B.) e l'INPS per la conferma.

Prima dell'udienza fissata per la trattazione intervenivano, a seguito di comparizioni spontanee all'udienza del 9.10.2008 il F. e il F. e del 16.10.2008 il B., le transazioni con i lavoratori che riconoscevano "la legittimità della collocazione in CIGS" e davano atto della data nella quale erano rientrati dalla cassa integrazione e, quanto al F., che il 27.6.2008 era intervenuto il recesso.

Pertanto la causa, all'odierna udienza, veniva discussa e decisa limitatamente alla questione della legittimità del provvedimento di CIGS e dell'indicazione dei ricorrenti

ai quali era stata applicata senza alcuna rotazione, sotto il solo profilo della sussistenza dell'obbligo contributivo nei confronti dell'INPS.

DIRITTO - L'appello è infondato.

La difesa della società in fatto sostiene che in concreto le garanzie procedimentali sarebbero state rispettate mediante la stipulazione degli accordi sindacali sopra ricordati.

Peraltro, come già ha affermato il primo giudice, gli accordi non contenevano alcun riferimento alla mancata attuazione dei meccanismi di rotazione e solo un generico riferimento ai criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991, tale da non consentire un minimo di riconoscibilità dei criteri di scelta dei lavoratori interessati alla sospensione.

A fronte di ciò la difesa della società ha puntualizzato che effettivamente tale accordo richiamò i criteri dall'art. 5 cit., peraltro "compatibilmente con le esigenze tecnico-produttive e organizzative" e che d'altra parte, quanto al criterio della rotazione, subordinava la possibilità di attivazione, la società si impegnava a valutare positivamente la possibilità di applicazione "compatibilmente con le esigenze tecnico-organizzative, per le funzioni fungibili, nell'ambito degli accordi con le RSU".

Corre quindi l'obbligo di dar conto del corretto articolarsi della procedura.

Va innanzitutto sottolineata la rilevanza del disposto dell'art. 1, comma 7, laddove impone l'osservanza di un obbligo di comunicazione alle componenti sindacali, che si incentra in una articolata informativa; tale comunicazione deve infatti esporre le cause della sospensione, la relativa prevedibile entità e durata, il numero dei lavoratori interessati ed i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e le modalità della rotazione, enunziando i motivi dell'eventuale mancato ricorso ad essa.

Disattendendo l'impostazione accolta da una linea interpretativa (Cfr. Cass. 8 ottobre 1996 n. 8788; Cass. 6 dicembre 1997 n. 12406), le Sezioni Unite hanno sostenuto che l'onere del datore in ordine alla comunicazione e all'eventuale esame congiunto, riguardando in generale i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere, ricomprende anche quelli concernenti le modalità della rotazione. A maggiore specificazione, si è precisato che quest'ultimo adempimento potrebbe essere aggirato qualora il datore di lavoro indichi nel programma che accompagna la richiesta di integrazione salariale i motivi del mancato ricorso alla rotazione, provvedendo a segnalare gli altri criteri adottati al fine di individuare i lavoratori da sospendere. Conseguentemente, si è sostenuto che anche questi criteri debbono formare oggetto della comunicazione e dell'esame congiunto, la cui omissione determina una violazione che direttamente incide sulla legittimità del procedimento e del successivo provvedimento amministrativo di concessione del beneficio, con l'ulteriore conseguenza che il giudice adito dal lavoratore che contesta la sospensione può rilevarne la illegittimità e disapplicare il provvedimento di sospensione (Cfr. Cass. 17 marzo 1988 n. 2882; Cass. 9 novembre 1998 n. 11263).

In sostanza, nell'ambito degli obblighi di comunicazione il criterio della rotazione ha finito con l'assumere una rilevanza centrale; e l'adempimento relativo è stato ritenuto indefettibile, richiedendosi anzi l'elaborazione e la indicazione dei criteri alternativi che l'impresa intenda adottare per pervenire alla individuazione del personale da sospendere.

Le sezioni unite hanno motivato la rigida soluzione attraverso il ricorso ad un criterio di interpretazione sistematica riconoscendo che attraverso la l. n. 223, cit. si era realizzato il superamento del precedente sistema normativo. Il sistema precedente era infatti caratterizzato dal riconoscimento della spettanza al datore di un notevole margine di manovra in materia di sospensione in Cassa integrazione guadagni straordinaria, in ragione della intrinseca insindacabilità delle scelte imprenditoriali. In effetti gli unici correttivi consistevano nell'eventuale autolimitazione mediante il ricorso alla negoziazione sindacale, ferma rimanendo l'operatività dei criteri di razionalità, di buona fede e non discriminazione (Cfr. C. cost. 23 giugno 1988 n. 694(1); Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1993 n. 10112; Cass. 19 maggio 1995 n. 5517); salva la precisazione che, comunque, anche in questo specifico contesto, si era opportunamente rilevato che le intese o gli accordi raggiunti a conclusione della consultazione sindacale, pur producendo effetti endoprocessuali e non negoziali (a meno di espressa previsione in tal senso, previo conferimento di specifico mandato all'organizzazione sindacale da parte dei singoli lavoratori) tuttavia avevano la funzione di fornire all'autorità amministrativa utili elementi di valutazione, tenendo conto che l'attività delle organizzazioni sindacali non si esplica nell'esercizio di un potere di stipulare contratti collettivi aventi vigore erga omnes, ma nella veste di soggetti istituzionalmente portatori di interessi diffusi e riferibili a tutti i lavoratori coinvolti nella procedura (Cfr. Cass. 19 maggio 1995 n. 5517, cit.; Cass. 27 marzo 1997 n. 2719; Cass. 15 ottobre 1990 n. 10073)(2).

In questi termini, nella L. n. 223, cit. è stata ravvisata una sostanziale palingenesi rispetto al passato, anche se in certa misura anticipata dall'evoluzione maturata medio tempore.

Una volta fissate le coordinate di riferimento sistematico, le Sezioni Unite hanno collocato gli adempimenti procedurali istituiti nell'ambito dell'elaborazione maturata nel settore pubblicistico, considerando che la nozione di procedimento amministrativo si attagli ad una fattispecie complessa, coinvolgente anche più organi o soggetti; e su tale presupposto, si è sostenuto che l'invalidazione dell'atto procedimentale può derivare da un vizio che infici non solo il provvedimento finale, ma anche uno qualsiasi degli atti formanti la serie coordinata e collegata, anche se costituente un momento intermedio della serie: ciò sia sotto il profilo della nullità (per mancanza di un elemento essenziale richiesto dalla legge), sia quello dell'annullabilità (per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge), ricorrendo quest'ultima ipotesi ogni qualvolta si verifichi un contrasto con una norma imperativa; rimarcandosi al riguardo la differenza tra l'annullabilità, sussistente allorquando l'atto non sia conforme alla previsione della legge, dalla mera irregolarità, consistente nella violazione di regole prescriventi adempimenti di contenuto meramente formale o marginale rispetto alla sostanza della fattispecie.

Con riferimento alla nuova disciplina della mobilità, le Sezioni Unite hanno rimarcato come l'esame congiunto tra datore e organizzazioni sindacali sia diretto a sollecitare la regolamentazione sindacale del potere del datore di lavoro di procedere alla sospensione della prestazione lavorativa: conseguentemente, la funzione pregnante

della comunicazione dei criteri di individuazione è stata ritenuta integrare una garanzia procedimentale, finalizzata all'obiettivo di rendere trasparente, e verificabile, la scelta del datore di lavoro in funzione di tutela dei lavoratori interessati.

Su tale presupposto, alla comunicazione è stata assegnata una duplice funzione: quella di porre le organizzazioni sindacali in grado di concordare la scelta dei lavoratori da sospendere, e correlativamente di assicurare la tutela degli interessi dei lavoratori in relazione alla crisi dell'impresa. Questa seconda accezione è stata desunta dalla considerazione che il previsto obbligo di comunicazione assolve non solo il compito di consentire al sindacato l'espletamento della tutela di interessi diffusi, ma anche quello di rappresentare i lavoratori direttamente coinvolti nella procedura; con la conseguenza che la violazione del relativo obbligo non si esaurisce nella antisindacalità della condotta, ma investendo un elemento essenziale (e non meramente formale o marginale) è causa di illegittimità del provvedimento finale, nel momento in cui preclude la verifica del corretto esercizio del potere datoriale, ed impedisce il perseguimento dello scopo normativo, consistente nella tutela della posizione dei lavoratori coinvolti nella procedura. In sostanza, negli obblighi di comunicazione è stata ravvisata una valenza bilaterale: una di rilievo sindacale attinente alla gestione generale degli esuberi, e l'altra individuale, concernendo la specifica selezione dei singoli interessati dal provvedimento.

In questo quadro, si è ritenuto che qualsiasi iniziativa assunta dal datore al fine di limitare o altrimenti escludere l'operatività della rotazione gli impedisca di liberarsi dall'obbligo di corrispondere la retribuzione, qualora nella comunicazione sia stata omessa la indicazione degli specifici criteri, eventualmente diversi dalla rotazione, dei lavoratori interessati dalla sospensione.

Questa Corte aderisce integralmente a questo orientamento delle Sezioni Unite (cfr. Cass. 11 maggio 2000 n. 302) che, componendo un contrasto di giurisprudenza, hanno affermato che in caso di intervento straordinario di integrazione salariale per l'attuazione di un programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale che implichi una temporanea eccedenza di personale, il provvedimento di sospensione dall'attività lavorativa è illegittimo qualora il datore di lavoro, sia che intenda adottare il meccanismo della rotazione sia nel caso contrario, ometta di comunicare alle organizzazioni sindacali, ai fini dell'esame congiunto, gli specifici criteri, eventualmente diversi dalla rotazione, di individuazione dei lavoratori che debbono essere sospesi (in base al combinato disposto degli art. 1, settimo comma, legge 23 luglio 1991 n. 223 e 5, commi quarto e quinto, legge 20 maggio 1975 n. 164), tale illegittimità potendo essere fatta valere dai lavoratori interessati davanti al giudice ordinario, in via incidentale, per ottenere il pagamento della retribuzione piena e non integrata.

Ne consegue che deve essere confermata la sentenza nel capo in cui afferma l'inefficacia dei provvedimenti che hanno posto in cassa integrazione i lavoratori F., B. e F. senza che la dichiarazione da costoro resa in sede di transazione ("II dipendente, riconoscendo la legittimità della collocazione in CIGS..") possa avere la minima influenza sulla decisione, non essendo più nella disponibilità dei lavoratori il correlativo

diritto, azionato nella presente controversia da parte dell'INPS, al versamento integrale della contribuzione.

E' certamente vero, come sostiene l'appellante, che comunque anche i lavoratori appellati avrebbero, sia pure a turno, effettuato periodi di cassa integrazione, ma è anche vero che l'accertamento dell'illegittimità comprende l'intero provvedimento e che sarebbe stato onere della datrice di lavoro provare come e in che misura, attuando una corretta rotazione, gli originali ricorrenti sarebbero stati collocati legittimamente in CIGS.

Ne consegue che la condanna alla regolarizzazione contributiva nei confronti dell'INPS deve essere confermata integralmente sia pure fino alla data in cui ciascuno dei ricorrenti ha dichiarato di essere rientrato dalla cassa integrazione - cosi corretto l'errore materiale del dispositivo che fa riferimento alla data delle dimissioni (che vale per il solo F., essendo gli altri ancora dipendenti) e non a quella della cessazione della CIGS: per L.B. il 20.8.2007, per G.F. il 31.8.2008 e per S.F. il 27.6.2008.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1988, p. 1631
(2) Idem, 1991, p. 241

Contributi - Affitto di ramo d'azienda - Agevolazioni contributive per assunzione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità - Non spettano.

Contributi - Amministratore societario - Difetto di partecipazione a consigli d'amministrazione - Simulazione carica societaria - Lavoro subordinato - Sussistenza.

Corte di Appello di Milano - 17.07.2009 n. 624 - Pres. e Rel. Salmeri - G.M. S.r.l. (Avv. Sassi) - INPS-SCCI S.p.a. (Avv.ti Mogavero, Guerrera) - Equitalia Como Lecco S.p.a.

Il presupposto per le agevolazioni contributive di cui all'art. 8 comma 4 della Legge n. 223/1991 non sussiste in caso di affitto di ramo d'azienda, peraltro intercorso tra società soggettivamente collegate.

L'inquadramento di un soggetto come amministratore societario che non trovi rispondenza nei fatti, in difetto di partecipazioni ai consigli d'amministrazione ed agli atti inerenti la carica ed in presenza di retribuzione e postazione di lavoro fissa e di qualifica di impiegato annotata in busta paga deve ritenersi dissimulare un rapporto di lavoro subordinato.

FATTO - Con ricorso depositato in data 26.1.07, G.M. S.r.l. proponeva opposizione innanzi al Tribunale di Corno avverso la cartella esattoriale notificata in data 20.12.06 relativa al pagamento a favore dell'INPS della somma di € 314.954,00, sostenendo l'infondatezza della pretesa azionata dall'INPS e contestando gli addebiti afferenti a benefici contributivi non spettanti ed alle differenze contributive dovute per il personale assunto dalle liste di mobilità, a contributi da lavoro dipendente per O.A.M. nonché a contributi non pagati per le mensilità novembre 2005 - marzo 2006; chiedeva pertanto di dichiarare illegittima l'iscrizione a ruolo contenuta nella cartella opposta.

Si costituiva in giudizio l'INPS, il quale chiedeva di respingere l'opposizione e comunque di condannare l'opponente al pagamento dell'importo della cartella o della diversa somma risultante dovuta e, in via riconvenzionale, di accertare la natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso con O. e di condannare la ricorrente al pagamento dei relativi contributi, nonché al pagamento degli insoluti per il periodo novembre 2005 - marzo 2006, oltre sanzioni ed interessi.

All'esito dell'istruttoria, con sentenza n. 163/07 depositata in data 14.6.07, il Tribunale revocava la cartella esattoriale, condannava la società a pagare all'INPS i contributi omessi per il periodo settembre 2005 - marzo 2006, dichiarava che tra la società ed O. non era intercorso alcun rapporto di lavoro subordinato, dichiarava altresì che la società non poteva fruire dei benefici della mobilità previsti dall'art. 4 bis legge 451/94 e per l'effetto condannava G.M. S.r.l. a corrispondere all'INPS le differenze contributive dovute, compensando tra le parti le spese di lite.

Avverso tale pronuncia ha proposto appello G.M. S.r.l., con ricorso depositato in data 10.12.07, chiedendo, in parziale riforma della sentenza impugnata, di accogliere l'opposizione quanto alla contestazione di indebito accesso ai benefici contributivi conseguenti al regime di mobilità e di ridurre il debito contributivo relativo al periodo novembre 2005 - marzo 2006 ad € 22.196,00.

Si è costituito in giudizio l'INPS, con memoria difensiva depositata in data 15.4.09, chiedendo di rigettare l'appello con la conseguente conferma della sentenza impugnata e, in accoglimento dell'appello incidentale, di dichiarare la natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso con O. e di confermare l'intero credito contributivo di cui alla cartella esattoriale.

Equitalia Como Lecco S.p.A., nonostante la regolare notifica del ricorso, è rimasta contumace.

All'udienza di discussione del 30 giugno 2009, la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO - L'appellante lamenta l'erroneità della sentenza di primo grado laddove ha ritenuto non dovuti i benefici contributivi della mobilità ex art. 8, comma 4 bis, legge n. 223/91 agli undici lavoratori provenienti da M. S.p.A. sul presupposto dell'esistenza di uno stretto rapporto con la G.M., avendo la medesima sede operativa, la stessa attività produttiva e lo stesso numero di telefono.

Secondo l'appellante, non vi sarebbero infatti significativi rapporti di collegamento tra la G.M. S.r.l. e la originaria datrice di lavoro dei soggetti posti in mobilità.

La doglianza è priva di fondamento, atteso che lo scopo principale della normativa di cui alla legge 223/91 è quello di tutelare la posizione del prestatore d'opera dismesso dal mercato del lavoro, favorendone il reimpiego attraverso la concessione di un alleggerimento del carico contributivo a favore dell'impresa che lo assuma. La norma determina quindi vantaggi anche per il datore di lavoro che intenda usufruire delle agevolazioni di legge poiché, in particolare, prevede per i datori di lavoro che assumono lavoratori in mobilità la riduzione della contribuzione alla misura già fissata per gli apprendisti (2° comma) nonché la corresponsione di un contributo mensile pari al 50% dell'indennità di mobilità che sarebbe stata corrisposta al lavoratore (4° comma).

Il comma 4 bis, introdotto dall'art. 2 - 1° comma D.L. 16.5.94 n. 299 come modificato dalla legge di conversione, dispone che "il diritto ai benefici economici di cui ai commi precedenti è escluso con riferimento a quei lavoratori che siano stati collocati in mobilità, nei sei mesi precedenti, da parte di impresa dello stesso e di diverso settore di attività che, al momento del licenziamento, presenta assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli dell'impresa che assume, ovvero risulta con quest'ultima in rapporto di collegamento o controllo. L'impresa che assume dichiara, sotto la propria responsabilità, all'atto della richiesta di avviamento, che non ricorrono le menzionate condizioni ostative".

La norma esclude quindi la possibilità per le imprese di godere dei benefici di cui all'art. 8 legge 223/91 in presenza di situazioni che, per la genericità ed obiettività dei concetti ripresi dalla disposizione, ricomprendono ogni ipotesi di sostanziale identità delle imprese interessate e/o di sostanziale prosecuzione senza soluzione di continuità dei rapporti di lavoro.

In tali situazioni l'art. 2112 c.c., come modificato dal decreto legislativo 2.02.2001 n. 18, prevede infatti il mantenimento di tutti i diritti dei lavoratori nei confronti del soggetto cessionario dell'impresa datrice di lavoro, senza che ovviamente ricorrano i presupposti per la disciplina premiale di cui alla legge 223/91.

In proposito, la Cassazione ha affermato che "Al riconoscimento del diritto all'indennità di cui all'art. 8, comma 4-bis della legge n. 223 del 1991 a favore dell'impresa che assume lavoratori collocati in mobilità ostano non soltanto quei rapporti - tra detta impresa e quella che abbia proceduto a detta collocazione - che si concretizzino in forme di controllo e/o di collegamento espressamente regolate dall'art. 2359 cod. civ. (anche nel nuovo testo di cui al d.lgs. n. 6 del 2003), ma pure quei rapporti tra imprese che si traducano, sul piano fattuale, in condotte costanti e coordinate di collaborazione e di comune agire sul mercato, in ragione di un comune nucleo proprietario o di altre specifiche ragioni attestanti costanti legami di interessi anche essi comuni (legami di coniugio, di parentela, di affinità o finanche di collaudata e consolidata amicizia tra soci, ecc), che conducano ad ideare, o a fare attuare, operazioni coordinate di ristrutturazione, comportanti il licenziamento da parte di un'impresa e l'assunzione di lavoratori da parte dell'altra, e che oggettivamente attestino l'utilizzazione dei benefici per finalità diverse da quelle per le quali essi sono stati concepiti (Cass. 20 aprile 2006 n. 9224).

La Cassazione ha inoltre affermato che: "Il riconoscimento dei benefici contributivi previsti dall'art. 8, comma quarto, della legge n. 223 del 1991 (come quello di cui all'art.

25, comma nono, della stessa legge) in favore delle imprese che assumono personale già licenziato a seguito della procedura di mobilità ex artt. 4 e 24 della stessa legge, presuppone che venga accertato che la situazione di esubero del personale posto in mobilità sia effettivamente sussistente e che l'assunzione a tempo pieno e indeterminato di tale personale da una nuova impresa - assunzione anche precedente la entrata in vigore del comma quarto bis del citato art. 8 - risponda a reali esigenze economiche e non concretizzi invece una condotta elusiva degli scopi legislativi, finalizzata al solo godimento degli incentivi, mediante fittizie e preordinate interruzioni dei rapporti di lavoro. Ne consegue che il presupposto per la concessione del beneficio deve essere ritenuto insussistente nelle ipotesi di trasferimento, trasformazione o fusione di aziende, nelle quali si verifichi il mero passaggio di personale alla nuova impresa senza che il numero complessivo dei lavoratori occupati risulti aumentato" (Cass. 7 maggio 2004 n. 8742).

Nel caso di specie, le risultanze della prova documentale e testimoniale confermano le deduzioni dell'lnps secondo cui: a) le due imprese avevano assetti societari formalmente contigui e parzialmente coincidenti, essendo comunque nella (formale) titolarità di soggetti in rapporto di stretta parentela, avvicendatisi nel governo delle società (M.G. era interamente titolare di M. S.p.A. e M.G. titolare del 98% delle quote di G.M. S.p.A); b) la stessa denominazione sociale della cessionaria d'azienda ha in sé il nome del titolare della cedente "G.M.", fondatore originario e vero dominus dell'impresa, cui tutti i dipendenti transitati attraverso le varie società seguitavano a riferirsi; c) le due società avevano sede aziendale nel medesimo edificio di Corno Via Del Dos n. 15, coincidente nel momento stesso della negoziazione del contratto di affitto di ramo d'azienda; d) le due società erano infatti allocate nello stesso stabile, di proprietà di altra società del gruppo M., avevano medesimo oggetto sociale ed esercitavano attività identiche, avevano ed hanno a tutt'oggi medesimo recapito telefonico; e) i dipendenti risultavano transitati da una società all'altra con apparenti brevi interruzioni ed avevano ripreso, con la nuova impresa, il lavoro cui già erano adibiti, svolgendo le medesime mansioni, sottoposti alle direttive dei medesimi superiori.

In particolare, i lavoratori risultavano collocati in mobilità nei sei mesi precedenti (meno di un mese prima) da parte di un'impresa dello stesso settore di attività, che presentava assetti societari molto prossimi a quelli dell'impresa che li aveva riassunti e che comunque risultava con quest'ultima in rapporto di collegamento o controllo.

Sussisteva altresì un'ipotesi di trasferimento d'azienda, oggettivamente intesa, attuata a mezzo di un contratto d'affitto d'azienda.

Inoltre, le due aziende hanno sede nel medesimo edificio, la linea telefonica è rimasta la stessa ed i dipendenti hanno continuato a svolgere le medesime mansioni.

A norma dell'art. 2112 c.c, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento e di interruzione dei rapporti di lavoro, implicando la continuazione degli stessi con l'impresa cessionaria. Al trasferimento d'azienda la norma equipara espressamente l'affitto d'azienda nonché il trasferimento (o l'affitto) di parte dell'azienda, intesa come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento

del suo trasferimento".

I lavoratori non potevano quindi essere licenziati, posti in mobilità e riassunti con le facilitazioni che la disciplina normativa espressamente esclude in tali ipotesi.

Per quanto riguarda poi i DM10 insoluti, va rilevato che l'appellante ha ammesso di essere debitrice della somma di € 22.196,00 a fronte dell'addebito di € 24.967,00 oltre a sanzioni relativamente al periodo novembre 2005 - marzo 2006.

Tuttavia, l'assunto secondo cui la società avrebbe effettuato versamenti in conto del dovuto è rimasto del tutto indimostrato.

Infine, con riferimento all'appello incidentale che attiene ai contributi da lavoro dipendente relativi alla lavoratrice O., va rilevato che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, sono emersi elementi che depongono per la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Anzitutto, l'inquadramento della O. come amministratore non trova alcuna corrispondenza nei fatti, posto che la stessa non risulta aver mai partecipato ad un consiglio di amministrazione.

Appare chiaro quindi che la qualifica formale di amministratore servisse a dissimulare un ordinario rapporto di impiego dipendente, come del resto risulta documentalmente provato dalla reale qualifica di impiegato annotata sulle buste paga prodotte.

Va inoltre rilevato che O. aveva una propria stabile postazione di lavoro, non aveva costanza di presenza, perché, occupandosi dell'ufficio stile, si recava spesso all'estero, dandone comunicazione al responsabile della società.

Peraltro, la discontinuità della presenza per trasferte estere e l'elasticità dell'orario di lavoro sono del tutto compatibili con l'ipotesi del lavoro subordinato.

In particolare, va rilevato che la lavoratrice prestava la propria attività lavorativa presso l'impresa ricorrente con l'incarico di disegnatrice e responsabile del mercato spagnolo. Ad essa veniva erogato, a mezzo di formale busta paga, un importo mensile assoggettato a contribuzione INPS nella sola gestione separata perché qualificato come compenso all'amministratore, chiaramente in contrasto con la qualifica di impiegato indicata in busta paga.

La lavoratrice rivestiva formalmente dal 18.4.2005 la carica societaria di consigliere d'amministrazione ma, dall'esame degli atti e dalle dichiarazioni assunte, risultava non avere mai esercitato gli atti inerenti la carica, risultando invece funzionalmente subordinata al sig. F., cui doveva relazionare giornalmente sul proprio operato.

Pertanto, le caratteristiche di eterodirezione, di inserimento organico nell'organizzazione aziendale, di sottoposizione gerarchica e funzionale della lavoratrice dimostrano la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, con il conseguente obbligo di versamento della contribuzione previdenziale.

(Omissis)

Contributi - Appalto illecito di manodopera - Versamenti contributivi da parte della cooperativa appaltatrice - Valenza satisfattiva.

Corte di Appello di Milano - 23.06.2009 n. 504 - Pres. Castellini - Rel. Sbordone - F.P.A. di P.C & C. snc (Avv. Di Mitri) - INPS-SCCI S.p.a. (Avv. ti Guerrera, Del Gatto) - Direzione provinciale del Lavoro di Varese (Avv. Stato).

Ove si sia ravvisato un appalto illecito di manodopera, per l'esercizio da parte del personale della cooperativa appaltatrice di prestazioni di lavoro senza un apporto organizzativo, di mezzi e capitali da parte della stessa e con mansioni equiparabili a quelle del personale della società appaltante, il pagamento dei contributi da parte del datore di lavoro apparente ha valenza satisfattiva nei confronti dell'ente previdenziale.

FATTO - Con ricorso depositato in data 4.4.2007 la società F.P.A. scn di P.C. e M.S. hanno proposto appello avverso la sentenza del Tribunale di Busto Arsizio n. 64/2007 che, decidendo sull'opposizione proposta avverso la cartella esattoriale che ingiungeva il pagamento all'INPS di somme a titolo di contributi omessi in relazione a numerosi lavoratori formalmente in forza alle cooperative M. 2000 a r.l., E.S. a r.l., F. a r.l., E. 2000 a r.l. e G.&D. a r.l. nel corso del periodo 2000 - 2001, ha dichiarato infondata l'opposizione ritenendo ricorrere l'ipotesi contestata di fornitura di manodopera, inserita nel ciclo produttivo della opponente con utilizzo dei macchinari della stessa.

L'appellante censura la decisione eccependo innanzitutto che i lavoratori non erano forniti di strumenti di lavoro in quanto eseguivano lavoro manuali di confezionamento di gadgets per riviste, e che il Tribunale ha errato non ammettendo le prove orali volte a dimostrare la assoluta autonomia dell'appaltatore e non ritenendo che essendo stati regolarmente assolti dall'appaltatore gli obblighi contributivi, la pretesa dell'INPS implicava una duplicazione illegittima.

Si sono costituiti l'INPS e il MINISTERO del LAVORO chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO - Con il primo motivo gli appellanti denunciano violazione dell'art. 1 legge 23.10.1960 n. 1369 censurando la decisione nella parte in cui ha ritenuto che la presunzione legale derivante dall'art. 1 comma 3 della detta legge sia superabile solo dalla prova che l'appaltante sia fornito di capitali o macchine proprie e abbia fornito ai dipendenti gli strumenti di lavoro, non considerando l'autonomia dell'appaltatore nella gestione e organizzazione del lavoro.

La censura è infondata.

Secondo l'insegnamento della giurisprudenza alla fattispecie - vietata - dell'appalto di manodopera è sottintesa la presenza di un'impresa che non assicura con propria organizzazione e con proprio rischio le prestazioni oggetto del contratto. Elemento

caratterizzante è il conferimento di un appalto ad un'impresa che ancorché titolare di una propria reale organizzazione non la impegna - con l'assunzione del rischio relativo - nella esecuzione dell'opera o del servizio appaltato, il che si verifica anche quando l'intera gestione dei rapporti di lavoro sia affidata completamente all'appaltante.

Occorrerà, in pratica, procedere di volta in volta ad una dettagliata analisi di tutti gli elementi che caratterizzano il rapporto instaurato tra le parti, allo scopo di accertare in concreto se l'impresa appaltatrice operi concretamente in condizioni di reale autonomia organizzativa e gestionale rispetto all'altra impresa committente.

Il problema si riduce quindi nell'individuazione dei criteri da seguire per l'accertamento del requisito della gestione a proprio rischio da parte dell'appaltatore.

Dopo quella del secondo comma dell'art. 1 (lavoro a cottimo), è prevista dal terzo comma dello stesso articolo una seconda ipotesi di presunzione legale che considera *appalto di mere prestazioni di lavoro* ogni forma di appalto anche per esecuzioni di opere o servizi, *tutte le volte in cui l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, anche quando per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante*.

Si tratta di una presunzione che non ammette prova contraria (come più volte ha riconosciuto la giurisprudenza della Suprema Corte, che può oramai ritenersi consolidata sul punto). In altre parole, siamo in presenza di una valutazione legale tipicamente predeterminata: ogni volta che si accerti la fornitura dei mezzi di organizzazione e di produzione, scatta la presunzione di appalto illecito, vietato dall'art. 1.

Nel caso in cui uno dei tre elementi previsti dal terzo comma sia fornito dall'appaltante - anche se dietro compenso versato dall'appaltatore - occorre, tuttavia, effettuare una indagine sulla preponderanza dell'apporto dato dall'appaltatore e quello eventualmente fornito dall'appaltante, concludendosi per l'esistenza di un appalto vietato tutte le volte in cui il primo sia accessorio rispetto al secondo, come ad esempio, nel caso di attrezzature e capitali di modesta entità economica rispetto al valore del contratto, oppure nell'ipotesi in cui l'appaltatore conferisca solo attrezzi minuti, di sua proprietà, ovvero di proprietà dei suoi stessi dipendenti, (così Cass. n. 16551 del 2004).

Con riferimento al caso di specie, si osserva che gli appalti di cui trattasi riguardano attività di assemblaggio di riviste e giornali con videocassette e/o gadgets vari per conto terzi affidati a cooperative diverse.

Il personale fornito dalle cooperative appaltatrici, come risulta dal verbale ispettivo in atti, ha utilizzato macchine utensili di proprietà della società appaltante e ha svolto le stesse mansioni dei dipendenti della società stessa .

Dalle dichiarazioni dei lavoratori raccolte dagli stessi ispettori si apprende che anche i soci lavoratori erano coordinati e diretti dai signori P. , soci della FPA, allo stesso modo dei loro dipendenti ; che hanno prestato lavoro presso FPA con continuità anzi, alcuni di loro, prima di diventare soci di cooperativa erano stati lavoratori dipendenti della odierna appellante.

Ne discende che l'organizzazione del lavoro e la gestione del personale non era in capo alle Cooperative, del tutto assenti, ma erano gli stessi titolari della società appaltante ad organizzare il lavoro dei soci lavoratori.

Sul punto pertanto la sentenza ha deciso bene, aggiungendosi solo che come è noto, i verbali ispettivi fanno piena prova fino a querela di falso di ciò che il verbalizzante attesta essere avvenuto in sua presenza o di quanto da lui stesso compiuto (cfr. da ultimo Cass. N. 3525 del 22.2.2005).

Merita per contro accoglimento il motivo d'appello con il quale si deduce che il tribunale ha omesso di considerare i contributi che le cooperative avevano regolarmente versato per i soci lavoratori.

Può ritenersi ormai consolidato l'orientamento secondo cui il pagamento dei contributi da parte del datore di lavoro apparente ha valenza satisfattiva nei confronti dell'ente previdenziale. Secondo Cass. 15 gennaio 2008 n. 657 deve escludersi che in materia possa operare il principio di cui all'art. 2036 c.c. secondo cui chi ha pagato un debito altrui credendosi debitore in base ad un errore scusabile può ripetere ciò che ha pagato con ciò eliminando l'effetto satisfattivo a favore del terzo.

Questa conclusione è imposta dalla finalità della L. n. 1369 del 1960 che mira ad assicurare al lavoratore una maggiore protezione e a non esporlo al rischio che sia annullata la posizione contributiva costituita a suo favore.

I versamenti eseguiti in favore dell'Inps risultano *per tabulas* dopo le produzioni che il Collegio ha ordinato all'ente. Detti versamenti vanno pertanto portati a scomputo dei contributi dovuti dagli appellanti che vanno condannati al pagamento del minor importo risultante oltre le relative sanzioni e accessori di legge come in dispositivo.

(Omissis)

Contributi - Recupero di aiuti di Stato illegittimi consistiti negli sgravi contributivi accordati dalla legislazione italiana ai contratti di formazione e lavoro in violazione dell'art. 87 Trattato UE - Prescrizione - Indebito oggettivo - Prescrizione decennale.

Contributi - Sgravi contributivi illegittimi accordati dalla legislazione italiana - Circostanze eccezionali - Tutela dell'affidamento - Esclusione.

Contributi - Sgravi contributivi illegittimi - Onere della prova - Regola del *de minimis*.

Corte di Appello di Torino - 02.12.2009 n. 1104 - Pres. Barbero - Rel. Sanlorenzo - F.G.A. s.p.a. in persona del suo procuratore speciale (Avv. ti Persiani, Maresca, Pessi, Proia, Trifirò, Bonamico, Dirutigliano) - INPS (Avv.ti Borla, Ollà)

L'azione di recupero degli sgravi contributivi illegittimi ha natura giuridica diversa da quella di recupero dell'omesso versamento della contribuzione, sicché la concessione di uno sgravio "sine titulo" costituisce indebito oggettivo soggetto alla prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c..

Qualora venga accertata l'illegittimità degli aiuti di Stato, non può insorgere in capo al beneficiario dell'aiuto nessun legittimo affidamento sulla legittimità dello stesso.

Spetta al datore di lavoro, beneficiario di un aiuto di Stato illegittimo che contesti la pretesa dell'INPS deducendo di avere diritto a una riduzione contributiva, dimostrare che ricorrono le condizioni richieste dalla legge per poter fruire del beneficio.

FATTO - Con sentenza dell'8.8.2008 il Tribunale di Torino in funzione di giudice del lavoro ha respinto l'opposizione avverso la cartella esattoriale emessa nei confronti della F.G.A. su pretesa dell'INPS, avente ad oggetto il recupero dei contributi previdenziali dovuti, per il periodo 1.1.1997/31.5.2001, in relazione agli sgravi contributivi riconosciuti dalle leggi italiane per i contratti di formazione e lavoro e, secondo la sentenza della Commissione Europea resa in data 11.5.1999, costituenti aiuti di stato non compatibili con il mercato comune e, dunque, concessi in violazione dell'art. 88 del Trattato Istitutivo dell'Unione Europea.

Contro tale sentenza, con ricorso depositato il 6.11.2008, ha proposto appello la F.G.A., chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituito l'INPS, per chiedere la conferma dell'impugnata sentenza.

All'udienza del 27.10.2009, in esito alla discussione delle parti, la causa è stata decisa come dal dispositivo trascritto in calce alla presente sentenza.

DIRITTO - I presupposti dell'azione dell'NPS sono ben noti, e soprattutto, ormai pacifici tra le parti.

L'appellante ha usufruito negli anni (e per quel che qui interessa, nel periodo dal gennaio 1997 al maggio 2001) delle agevolazioni contributive connesse alla stipula di contratti di formazione e lavoro, accordate da specifiche previsioni normative, a partire dalla legge n. 863/1984 sino alla legge n. 196/1997.

Con la propria decisione dell'11 maggio 1999, la Commissione Europea ha decretato l'incompatibilità con il mercato comune (in considerazione dell'art. 87, prg. l, già art. 92, del Trattato) degli aiuti concessi attraverso gli sgravi contributivi per contratti di formazione e lavoro, a meno della ricorrenza di due specifiche condizioni, la prima riguardante la creazione di nuovi posti di lavoro a favore di lavoratori che non hanno trovato ancora un impiego o che hanno perso l'impiego precedente, la seconda l'assunzione di lavoratori che incontrano difficoltà specifiche ad inserirsi o a reinserirsi nel mondo del lavoro (giovani con meno di 25 anni, laureati fino a 29 anni compresi, disoccupati di lunga durata).

A tale decisione han poi fatto seguito la sentenza 7 marzo 2002 della Corte di Giustizia Europea, con cui è stato respinto il ricorso dello Stato italiano contro la decisione della Commissione, e la sentenza 1 aprile 2004, con cui la CGE ha accertato l'avvenuta inosservanza dello Stato italiano agli obblighi impostigli dalla stessa.

Sulla base di questi precedenti, l'INPS con una prima nota datata 24.12.2004 inviata alla F.G.A., aveva chiesto inizialmente alla società il pagamento di € 10.153.708,00 a titolo di restituzione degli sgravi ottenuti "per la stipula di contratti di formazione e lavoro nel periodo dal novembre 1995 al maggio 2001, al netto della riduzione contributiva del 25%"; a seguito di ricorso amministrativo, tale richiesta era stata annullata, ed il 30.5.2006 l'Istituto aveva rinnovato la propria richiesta di pagamento pur riducendo sensibilmente la somma richiesta, limitandola ad € 714.793,78, importo riportato dalla cartella esattoriale notificata il 4.5.2007.

L'odierna appellante ha proposto appello verso la cartella esattoriale emessa sul presupposto della pretesa dell'INPS, formulando una serie di eccezioni e di difese, prima fra tutte quella dell'intervenuta prescrizione del credito così attivato.

Il primo giudice ha ritenuto fondata la pretesa portata dalla cartella, innanzitutto escludendo che la stessa potesse dirsi prescritta secondo il termine quinquennale ai sensi della L. 335/1995, dovendo invece trovare applicazione l'art. 15 del Regolamento CE n. 659/1999 recante le modalità di applicazione dell'art. 93 (ora 88) del Trattato CE, e che in materia di aiuti non compatibili con il mercato comune, testualmente prevede:

"Periodo limite.

1. I poteri della Commissione per quanto riguarda il recupero degli aiuti sono soggetti ad un periodo limite di 10 anni.

2. Il periodo limite inizia il giorno in cui l'aiuto illegale viene concesso al beneficiario come aiuto individuale o come aiuto rientrante in un regime di aiuti. Qualsiasi azione intrapresa dalla Commissione o da uno Stato membro, che agisca su richiesta della Commissione, nei confronti dell'aiuto illegale interrompe il periodo limite.

Ogni interruzione fa ripartire il periodo da zero. Il periodo limite viene sospeso per il tempo in cui la decisione della Commissione è oggetto di un procedimento dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

3. Ogni aiuto per il quale è scaduto il periodo limite è considerato un aiuto esistente".

Il Tribunale, considerato che tale regolamento è entrato in vigore il 16.4.1999, ossia quando in relazione agli sgravi contributivi in questione non era ancora nemmeno decorso il termine quinquennale di cui alla L. 335/1995, ne ha ritenuta l'immediata applicabilità alla presente fattispecie, posto che le disposizioni di cui all'art. 15 sopra riportato dovevano ritenersi disciplinare sia i rapporti con lo Stato membro sia quelli tra lo Stato e i singoli beneficiari dell'aiuto illegittimo, avendo introdotto uno specifico termine prescrizionale e regolando gli atti interruttivi posti in essere validamente da un organo della Comunità Europea o dallo Stato che agisce per il recupero su richiesta della Commissione.

Sulla scorta di tale ragionamento, il primo giudice ha ritenuto di dover disapplicare

la diversa disciplina di cui all'art. 3 della L. n. 335/1995, in ragione del contrasto con la norma comunitaria direttamente applicabile, come riconosciuto altresì dalla sentenza 10.4.2003 in causa T - 369/00 della CGE.

La F.G.A. S.p.a. impugna il punto specifico della decisione, con il primo motivo d'appello, con il quale ha censurato l'avvenuta disapplicazione dell'art. 3, co. 9 L. 335/1995, sostenendo che solo tale norma può regolamentare il regime della prescrizione nel caso di specie, in cui appunto all'INPS è demandato di procedere al recupero di contributi evasi: d'altronde, la stessa giurisprudenza comunitaria ha avuto modo di affermare che la disapplicazione delle norme nazionali in materia di prescrizione è legittima solo a fronte di termini prescrizionali troppo brevi, perciò obbiettivamente incompatibili con la necessità del recupero. Nel caso di specie peraltro il Tribunale non ha spiegato perché alla fattispecie dovesse applicarsi l'art. 15 del Regolamento CE n. 659/99, riguardante il recupero di aiuti di stato (che in questo caso si erano concretizzati non in dazioni ma in sgravi contributivi), e regolante, ad avviso dell'appellante, solo i rapporti tra Commissione e Stati membri.

In sede di discussione orale, la Difesa dell'appellante si è soffermata in particolare sulle motivazioni della sentenza n. 125/2009 della Corte Costituzionale (1) (pubblicata dopo la proposizione del ricorso in appello), con cui è stata dichiarata l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 9, lettera a), ultima parte, e 10 della L. n. 335/1995, in combinato disposto con l'art. 15 del Regolamento del Consiglio delle Comunità europee n. 659/1999, sollevata dal Tribunale del lavoro di Reggio Calabria.

La pronuncia della Corte in effetti afferma principi di tutto rilievo per la soluzione della presente controversia. Innanzitutto, è netta la posizione del Giudice delle Leggi a proposito dell'implausibilità dell'interpretazione (sposata dal giudice rimettente, che anzi ha affermato l'esistenza di un diritto vivente in tal senso) che sostiene l'efficacia dell'art. 15 del Regolamento non soltanto nei rapporti tra Commissione e Stato membro, ma altresì tra quest'ultimo e i beneficiari degli aiuti da recuperare. Secondo la Corte, osta in tal senso il disposto dell'art. 14 dello stesso regolamento, che sotto il titolo "recupero degli aiuti", si riferisce alle iniziative della Commissione e, nel terzo comma, dispone che "il recupero va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione". Spetta al diritto nazionale, pertanto, disciplinare le procedure per il recupero degli aiuti: lo stesso art. 15 si riferisce esclusivamente alle azioni intraprese dalla Commissione, e solo a quelle, valendo il richiamo alle azioni intraprese "da uno Stato membro" non a quelle avviate nell'ambito degli ordinamenti nazionali "bensì alle iniziative intraprese sempre dalla medesima Commissione, che ben può chiedere informazioni, chiarimenti, indagini agli stati membri per pervenire alle proprie determinazioni".

Il suddetto principio (rafforzato peraltro da numerose pronunce della Corte di Giustizia, secondo cui il recupero dell'aiuto di stato deve realizzarsi attraverso i mezzi e le procedure vigenti negli Stati membri, sempre che il recupero stesso non sia reso praticamente impossibile) determina secondo la sentenza n. 125/09 l'erroneità del

presupposto interpretativo da cui parte il ragionamento del Tribunale di Reggio Calabria (che peraltro coincide con quello su cui si fonda anche la sentenza che qui si impugna), così determinando un primo profilo di inammissibilità della questione sollevata.

La Corte Costituzionale evidenzia però nell'occasione altro specifico profilo di inammissibilità: quello ravvisabile nel difetto di motivazione dell'ordinanza di rimessione in ordine all'applicabilità, alla fattispecie oggetto del giudizio principale, del termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 3, co. 9 e 10, della L. 335/1995. Il giudice *a quo* infatti non ha approfondito la rilevanza, ai fini dell'individuazione della natura dell'obbligazione, della sua finalità di porre rimedio alla violazione del diritto comunitario, in quanto diretta al recupero di aiuti di Stato accertati in via definitiva come illegittimi da una decisione della Commissione e da due sentenze della Corte di giustizia, "affermando in via apodittica che la pretesa vantata dall'INPS andrebbe ricondotta nella categoria delle obbligazioni contributive, peraltro dopo aver rilevato che la relativa fonte era nel diritto comunitario. Il giudice rimettente trascura altresì di precisare le ragioni che lo inducono ad escludere, in difetto di uno specifico termine breve di prescrizione in ordine al recupero degli aiuti di stato, il ricorso al termine ordinario decennale".

Tale ultimo passaggio risulta determinante, ad avviso del collegio, ai fini della soluzione della specifica questione.

Innanzitutto, può dirsi, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale, che deve essere smentito l'assunto del primo giudice, secondo cui all'ipotesi di recupero degli sgravi contributivi di cui ha illegittimamente usufruito l'appellante per l'avvenuta stipula di contratti di formazione e lavoro secondo un regime non rispettoso dei limiti apposti dalle norme comunitarie, deve applicarsi la norma di cui all'art. 15 del Regolamento n. 659/1999.

Ma una volta esclusa l'applicabilità della normativa comunitaria, è tutt'altro che scontata quella delle disposizioni in materia di obbligazioni contributive: la pretesa dell'INPS è diretta infatti "al recupero di aiuti di Stato accertati in via definitiva come illegittimi da una decisione della Commissione e da due sentenze della Corte di giustizia". Avendo trascurato di approfondire il punto della natura dell'obbligazione, il giudice rimettente ha altresì omesso di precisare le ragioni in base alle quali debba escludersi, "in difetto di uno specifico termine breve di prescrizione in ordine al recupero degli aiuti di Stato, il ricorso al termine ordinario decennale".

L'affermazione della Corte fa luce piena su di un punto fondante e decisivo per la soluzione dello specifico tema: quello della natura dell'obbligazione sottesa alla pretesa dell'Istituto.

Non ha dubbi la difesa dell'appellante nel ribadire, anche in sede di discussione finale, il proprio convincimento: l'INPS agisce nelle forme tipiche attribuitegli dall'ordinamento nazionale (l'iscrizione a ruolo, la cartella esattoriale), per procedere al recupero di contribuzioni che non sono state versate. Il fatto che l'omissione sia stata determinata non da un comportamento volontario della parte contrario alla legge ed agli obblighi che ne derivavano, ma da una previsione legislativa all'epoca perfettamente vigente di cui solo in seguito si sarebbe affermata la contrarietà ai sovrastanti principi di diritti comunitario, non muta i termini della questione.

D'altronde, nel caso particolare, l'aiuto di stato (categoria non appartenente alla legislazione nazionale) si è concretizzato non nella dazione di una sovvenzione, o comunque di una positività, ma nella concessione di uno sgravio sul piano della contribuzione obbligatoria: alla constatata illegittimità dello stesso non può che far seguito l'azione volta al recupero di quella stessa contribuzione oggetto di sgravio. Secondo la disposizione degli articoli 14 e 15 del Regolamento del 1999, a tale azione non può che farsi luogo "secondo le procedure previste dalle legge dello Stato membro interessato": ossia, secondo il recupero delle contribuzioni omesse da parte dell'INPS, nelle forme e, soprattutto per quanto qui di interesse, secondo i termini prescrizionali ad esso pertinenti.

D'altronde, opina ancora l'appellante, sicuramente manca una disciplina comunitaria in materia di ripetizione di aiuti di stato: in una situazione del genere, è lo Stato membro che deve provvedere stabilendo le modalità del recupero, purché, come più volte affermato dalla Corte di Giustizia, "dette modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario (principio di effettività)" (tra le tante, sent. 9 febbraio 1999, C - 343/96; sent. 15 settembre 1998, causa C -231/96; sent. 17 luglio 1997, causa C - 90/94).

In questo quadro generale, non contrasta sicuramente con i principi del diritto comunitario la previsione, specifica per il recupero delle contribuzioni omesse, di un termine prescrizionale di cinque anni (tra l'altro considerato in sé ragionevole per il recupero di "tasse indebitamente versate" dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sent. 17 luglio 1997, causa 90/94).

La lucida ed accurata ricostruzione operata dalla Difesa dell'appellante non risolve però il nodo della controversia, quale distintamente evidenziato dalla sentenza n. 125/2009 C.Cost: ossia, quello relativo alla natura dell'obbligazione, la cui definizione non può prescindere dalla sua finalità, che è quella di procedere al recupero di aiuti di Stato accertati in via definitiva come illegittimi. Tale finalità è quella che fonda e qualifica l'agire dell'INPS: che opera in forza di una delega da parte dello Stato (che per i recuperi degli aiuti indebiti si può avvalere, in materia tributaria, dell'Agenzia delle Entrate) ma la cui legittimazione attiva al recupero non vale a snaturare l'essenza del rapporto obbligatorio, che appunto, ad una ripetizione di aiuti di stato illegittimi attiene, e non alla tipizzata procedura di recupero di contribuzioni omesse.

La chiarezza della posizione sul punto assunta dalla Difesa dell'INPS risulta per il collegio pienamente convincente. D'altronde, anche sul piano dei principi del diritto nazionale, sussistono concreti elementi a supporto della posizione dell'Istituto appellato.

Innanzitutto, sul piano generale, non si dubita del fatto che si versa in ipotesi di indebito oggettivo (cui accede l'azione di ripetizione con il relativo termine di prescrizione decennale) "non solo quando l'originaria causa di pagamento sia venuta meno, ma anche quando essa manchi fin dall'origine" (Cass., sent. 16612/2008). Sviluppando la stessa linea logica, può dirsi che indebito oggettivo si ha anche nel caso di mancato versamento del dovuto, poi rivelatosi *sine titulo*: e che dunque per il recupero dello stesso, occorra

accedere ad un'azione restitutoria il cui presupposto risiede nell'oggettività della posizione di debito dell'impresa che di quell'aiuto ha usufruito.

La stessa Corte di Cassazione ha già ritenuto, sent. n. 1756/2001 (2), che la concessione di uno sgravio *sine titulo* integra una ipotesi di indebito oggettivo, a seguito del quale l'INPS è legittimato ad agire ex art. 2033 c.c, in particolare per ciò che attiene alla decorrenza degli interessi: sicché le prospettazioni dell'INPS possono dirsi poggiare anche su di un solido substrato interpretativo.

D'altronde, osserva il collegio, solo ad una ricostruzione concettuale di tale sviluppo può accedere l'inciso della sentenza n. 125 che allude alla natura stessa delle somme da recuperare, che concernono aiuti di stato ritenuti contrari alla normativa comunitaria, come tali ripetibili secondo la normativa generale dell'ordinamento, e non ad omissioni contributive rientranti nelle previsioni della L. 335/1995.

Tale ricostruzione coincide con quella offerta dalla Difesa dell'INPS: e se pure è condivisibile l'osservazione dell'appellante, secondo cui la categoria "aiuti di stato" non si fonda sul diritto positivo nazionale, deve però rilevarsi che in un sistema normativo multilivello quale ormai quello attuale, questo vuoto apparente può e deve essere colmato attraverso il ricorso alle fonti sovranazionali, ossia alla normativa, ed ai principi giurisprudenziali, comunitari.

Le stesse sentenze della Corte di Giustizia invocate dall'appellante, muovono da un presupposto che ormai deve dirsi assodato ed intangibile per l'interprete: quello secondo cui viceversa gli aiuti di stato, che gli art. 88 e 89 (ora 92 e 93) del Trattato Ce definisce "incompatibili con il mercato comune" qualora "favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza", costituiscono categoria giuridica dotata di propria autonomia, tale da determinare in caso di ritenuta loro contrarietà alla normativa europea la doverosa reazione da parte degli Stati membri, al fine del loro recupero. Il fatto che, per quanto si è sin qui detto, tale recupero debba essere posto in essere non secondo le disposizioni comunitarie, ma secondo la legislazione nazionale, non implica che nell'approdo alla fase della specifica ripetizione non debba farsi ricorso ad un unico sistema di riferimento che, nel caso di specie, è quello disciplinato dall'art. 2033 c.c.

Le stesse sentenze della Corte di Giustizia evocate dalla Difesa dell'appellante nel corso della discussione orale, sopra richiamate, se apertamente autorizzano il ricorso agli ordinamenti giuridici degli Stati membri per porre in essere il recupero delle somme di cui il soggetto privato si è avvantaggiato, espressamente sanciscono che le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali da un lato non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e, dall'altro, non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

I due canoni risultano perfettamente rispettati in base all'assunto che si è voluto seguire: e che è l'unico che può riportare ad armonia un sistema che deve tenere conto delle ragioni sistematiche di rango superiore, a cui deve conformarsi l'interprete.

In tal senso, raccogliendo la traccia interpretativa offerta dalla Corte Costituzionale,

si orienta la pronuncia di questa corte: seppur per ragioni diverse da quelle affermate dal primo giudice, deve ritenersi, alla luce del disposto dell'art. 2946 c.c, non ancora compiuta la prescrizione del diritto al recupero dei contributi oggetto di sgravio.

L'appellante ripropone come autonomo motivo d'appello l'argomento, già sollevato in primo grado, relativo alla pretesa illegittimità del disconoscimento della tutela dell'affidamento del cittadino sulla legittimità della normativa interna. La decisione della Commissione 11.5.1999 indica come destinatario unicamente lo Stato italiano, e non i suoi cittadini, che dunque hanno fatto affidamento sulla legittimità delle norme sul cfl che comportavano gli sgravi contributivi oggetto di recupero: solo il 5.12.2002 peraltro la stessa Commissione ha stabilito regole certe, e come tali vincolanti, in materia, emanando il Regolamento n. 2204/2002, con cui finalmente ha definito le categorie dei "lavoratori svantaggiati" nei cui confronti dovevano ritenersi validamente accordati gli sgravi contributivi.

Il motivo è infondato. Come ricordato dalle difese dell'INPS, l'art. 88, par. 3, del Trattato istitutivo della Comunità europea disciplina la procedura di notifica da parte dei singoli Stati membri dei progetti diretti ad istituire od a modificare aiuti: procedura poi dettagliata nel Regolamento n. 659 del 22 marzo 1999, nel senso di prevedere obblighi di comunicazione degli Stati alla Commissione, in attesa di una decisione dell'organo comunitario di autorizzazione dell'aiuto. Ora, è pacifico che tale autorizzazione nel caso degli sgravi contributivi per cfl non è mai intervenuta: ed anzi, la Commissione, con comunicazione già del 1983, avvisava i potenziali beneficiari di aiuti statali della precarietà degli stessi, in caso di concessione senza previo esaurimento della procedura di notifica.

La sentenza della Corte di Giustizia 7 marzo 2002 invocata dall'appellante, in base alla quale il beneficiario di un aiuto illegittimamente concesso può invocare "circostanze eccezionali sulle quali abbia potuto fondare il proprio affidamento circa la regolarità dell'aiuto" e di conseguenza, opporsi alla sua ripetizione, non sposta affatto i termini della questione, dal momento che i principi ivi affermati non sono adattabili alla presente fattispecie. Non si verte certo in un'ipotesi in cui ricorrano "circostanze eccezionali", perché viceversa, gli aiuti sono stati concessi sulla base di provvedimenti di carattere generale, aventi forma ed autorità di legge nazionale, rispetto alla quale però lo Stato italiano non ha assolto al dovere di rispetto dei vincoli comunitari (compreso quello di previa notifica del provvedimento alla Commissione, *finalizzata* al rilascio di esplicita autorizzazione). Si tratta dunque di una fattispecie del tutto ordinaria, che ha riguardato la generalità delle aziende che hanno fatto ricorso a cfl, sulla scorta di un'inosservanza dell'Italia degli obblighi derivanti dall'adesione al Trattato CE.

Nel caso di specie non può dirsi insorto nell'appellante, in qualità di beneficiaria dell'aiuto, nessun legittimo affidamento sulla legittimità dello stesso: ed è per ciò che il relativo motivo di doglianza deve essere disatteso.

Con altro motivo di appello, si censura la sentenza laddove ha escluso l'applicazione della cd. regola del *de minimis* ed implicitamente ritenuto assolto da parte dell'INPS l'onere della prova a proposito della sussistenza e della consistenza del debito contributivo.

Anche tale motivo è infondato e deve essere disatteso.

Per ciò che concerne l'assolvimento dell'onere della prova quanto alla sussistenza ed all'entità del debito, va detto preliminarmente che esso è stato determinato dall'INPS dopo l'accoglimento di tutte le segnalazioni provenienti dall'appellante a proposito del numero dei cfl, dei requisiti soggettivi dei lavoratori che ne avevano usufruito, delle vicende successive alla scadenza dei contratti medesimi, con l'eventuale conversione degli stessi in rapporti a tempo indeterminato, capaci dunque di contribuire effettivamente all'incremento dell'occupazione.

L'originale richiesta di rimborso (doc. 5 F.G.A., datata 24.12.2004), ha per oggetto la somma di € 14.092.066,07, oltre interessi: circa un anno e mezzo dopo, a seguito delle indicazioni fornite dalla stessa società su esplicita richiesta dell'Istituto (doc. 9 ter), la pretesa è stata ridotta all'importo, di ben minore entità, pari ad € 519.108,54 (doc. 9 bis).

La vicenda, nella sua evidente linearità, dimostra la totale infondatezza delle doglianze della F.G.A.: a cui comunque questa corte ritiene dover rammentare il chiaro pronunciamento della Cassazione, da ultimo con la sentenza n. 5137/2006, in occasione del quale, dopo aver ribadito il principio generale per cui in tema di sgravi contributivi e di fiscalizzazione degli oneri sociali, colui che assume di averne diritto ha l'onere di provare i fatti costitutivi, ci si spinge ancora oltre affermando che il principio non deve conoscere deroghe nel caso di opposizione del datore di lavoro ad un decreto ingiuntivo ottenuto dall'INPS per il pagamento di contributi non integralmente versati. Spetta infatti al debitore dimostrare l'esatto adempimento della obbligazione nascente dalla legge (Cass., S.U. n. 13533 del 2001): *ergo*, "fa carico al datore di lavoro che contesti la pretesa dell'INPS, deducendo di avere diritto a una riduzione contributiva per sgravi o fiscalizzazione degli oneri sociali, dimostrare che ricorrono le condizioni richieste dalla legge per poter fruire del beneficio, in relazione alla fattispecie normativa di volta in volta invocata".

Di tale onere la parte appellante non si fa carico in alcun modo nella sede processuale, avendo speso tutte le proprie argomentazioni, deve ritenersi, in fase amministrativa, dove sono state integralmente accolte: di qui, la totale infondatezza del motivo come formulato.

Per ciò che concerne infine la mancata applicazione della regola c.d. *de minimis*, va detto che in relazione a tale motivo di doglianza possono e devono essere utilizzate le stesse argomentazioni spese in tema di onere della prova: per usufruire del beneficio contributivo c.d. del *de minimis*, l'appellante avrebbe dovuto dimostrare che esso si sarebbe applicato nei confronti delle assunzioni con cfl aventi titolo alla riduzione contributiva in misura superiore rispetto a quella generalizzata del 25%, fino ad un montante complessivo di € 100.000,00.

In relazione a tali condizioni, la F.G.A. avrebbe dovuto altresì dare comunicazione dell'intenzione di usufruire del beneficio stesso, ovviamente ponendo la pretesa in relazione all'effettiva situazione di fatto. Ancora oggi le rivendicazioni appaiono del tutto generiche e sganciate dalla considerazione della realtà aziendale circa i cfl. Per cui il motivo d'appello appare infondato, non avendo l'appellante dimostrato la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del beneficio.

Venendo infine alle ultime eccezioni e/o doglianze, la corte precisa:

• non si è verificata la decadenza ex d.lgs. n. 46 del 1999 per l'iscrizione a ruolo del credito dell'INPS, dal momento che la pretesa oggetto della cartella che oggi si impugna è stata avanzata nei confronti della società non con la comunicazione del gennaio 2005 (doc. 5), contenente la prima quantificazione di € 14.092.066,07, ma bensì con quella del 30.5.2006 (doc. 9 bis), concernente il ridotto importo di € 714.793,78 (di cui 519.108,54 per contributi omessi più € 195.685,24 per interessi). Quindi il termine di legge risulta osservato.

• non si ravvisa alcun principio generale in base al quale poter sostenere che il recupero dell'aiuto di stato dovesse essere posto in essere solo a seguito dell'emanazione di una legge statale retroattiva. Le sentenze della CGE, ed i Regolamenti comunitari, hanno infatti efficacia diretta nel nostro ordinamento, e dunque lo Stato ad esso deve adeguarsi ben potendo servirsi degli strumenti giuridici vigenti;

• quanto alla mancata individuazione dei lavoratori nei confronti dei quali verrà riversata la contribuzione recuperata, essa evidentemente andrà a favore di coloro che in quegli anni hanno stipulato un cfl con la società. Non è interesse diretto dell'azienda oggi conoscere la specifica determinazione, che appunto, semmai riguarda il singolo soggetto interessato;

• infine, a proposito della determinazione del *quantum*, ed alla doglianza relativa della mancata considerazione dei costi sostenuti dalla F.G.A. per svolgere la formazione richiesta dalla legge, ancora una volta l'appellante dimostra di ignorare totalmente la regola di ripartizione degli oneri di prova, omettendo ogni specifica indicazione in punto: tra l'altro, richiamato il passaggio della decisione della Commissione in cui si afferma che l'attività di formazione deve essere presa "in considerazione nel valutare l'intensità dell'aiuto concesso al datore di lavoro", si spinge quasi ad affermare sulla scorta della stessa la legittimità dell'aiuto di stato, o comunque ne fa derivare il diritto alla detrazione dei costi relativi. La corte rileva che la Commissione non pare certo affermare nulla di tale portata: e comunque, anche sul punto, l'appellante fallisce totalmente i propri oneri probatori, continuando a fondare le proprie pretese su enunciazioni generiche e non corredate da alcun contenuto specifico.

L'appello deve essere pertanto rigettato *in toto*.

La complessità delle questioni trattate comporta l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio tra le parti.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2009, p. 396

(2) Idem, 2001, p. 1080

Lavoro subordinato (Rapporto di) - Indici qualificatori - Alienità del prestatore all'organizzazione aziendale ed ai risultati della prestazione - Lavoro tipologicamente subordinato - Presunzione di subordinazione - Inversione dell'onere della prova.

Corte di Appello di Venezia - 08.02.2010 n. 645/2009 - Pres. Sorgi - Rel. Campo – INPS - SCCI s.p.a. (Avv. Cavallari) - G.T.O. s.r.l. - UNIRISCOSSIONE s.p.a.

Deve presumersi di natura subordinata, e grava su chi ne deduca la natura autonoma l'onere della relativa prova, il rapporto di lavoro, pur discontinuo, caratterizzato da sottoposizione alle direttive datoriali e in cui sussista una modalità tipologica propria del lavoro subordinato, sotto il doppio profilo dell'estraneità del prestatore all'organizzazione aziendale, eterodiretta, ed ai risultati della prestazione (fattispecie in tema di addette a televendita utilizzate anche per vendita telefonica).

FATTO - Con ricorso depositalo in data 23-4-2003 presso il Tribunale di Venezia, GTO s.r.l. ha proposto opposizione alla cartella esattoriale emessa per il pagamento di contributi risultanti dovuti in base al verbale di accertamento dell'INPS in data 25-5-2001, che aveva accertato la natura subordinata dei rapporti di lavoro instaurati con le telefoniste e gli assistenti alle vendite, A fondamento della opposizione ha esposto:

- di avere svolto dal 4-9-1995 al 4-10-1998 attività di supporto alle vendite televisive di tappeti orientali con il marchio I.L. a mezzo di promozioni televisive, direct marketing e vendite porta a porta;
- che, quanto alle telefoniste, esse svolgevano attività di contatto telefonico con il potenziale cliente, proponendo la visita di un incaricato, con conseguente rilievo dei dati per la fissazione di un appuntamento;
- che tale attività non richiedeva un impiego a tempo pieno e definito e non comportava uno stabile inserimento nell'organizzazione aziendale e veniva espletala attraverso la collaborazione occasionale ed autonoma di giovani ragazze che occupavano in questo modo qualche ora del proprio tempo libero;
- che tali persone partecipavano ad un breve corso di telemarketing e ad una prova pratica;
- che raccordo con la società era nel senso che nelle ore in cui esse fossero state libere, avrebbero potuto recarsi presso il centro di postazioni telefoniche della società, nell'ambito delle fasce orarie di operatività, per effettuare le interviste telefoniche; che l'attività veniva compensata sulla base di un importo orario concordato;
- che le telefoniste si recavano presso la sala telefoni quando erano libere, che all'interno della sala veniva loro assegnata una postazione telefonica e consegnata una lista di potenziali clienti da intervistare o indicata una zona nella quale eseguire le chiamate;
- che l'ordine, i tempi e le modalità delle interviste erano lasciati alle operatrici, sia pure nel rispetto di uno schema indicativo preconcordato;
- che tale attività veniva svolta in un orario variabile a seconda delle disponibilità di ognuna;

- che in caso di impedimento per ragioni personali, le operatrici non erano tenute a giustificare l'assenza, ma solo, per educazione, rendevano nota l'indisponibilità;
- che, quanto agli assistenti di vendita, essi provvedevano ad aiutare l'agente di zona nel caricare e scaricare i tappeti sugli automezzi;
- che essi erano per lo più studenti che si rendevano disponibili senza vincolo di orano e senza stabile inserimento nella organizzazione aziendale.

La società opponente ha quindi chiesto declaratoria di accertamento della natura autonoma dei rapporti di lavoro in esame e l'annullamento della cartella esattoriale opposta.

L'INPS si è costituito nel giudizio di primo grado contestando la fondatezza della opposizione e chiedendone il rigetto. L'Istituto previdenziale ha esposto che:

- le telefoniste effettuavano semplicissime operazioni, ontologicamente incompatibili con l'oggetto di un vero e proprio incarico professionale autonomo;
- che esse lavoravano in due turni con orario giornaliero fisso, utilizzando esclusivamente materiali ed attrezzature forniti dalla società e operando in locali della stessa;
- che rendevano nota preventivamente la loro indisponibilità rispetto alla precedente programmazione;
- che venivano compensate con retribuzione fissa oraria, prescindendo da qualsivoglia risultato dell'attività lavorativa;
- che erano prive di qualsiasi organizzazione di impresa e non assumevano alcun rischio imprenditoriale;
- che, analogamente, gli assistenti di vendita svolgevano prevalenti funzioni di facchinaggio per la movimentazione dei tappeti, erano coordinati da un responsabile, dovevano attenersi ad un orario fisso, svolgevano la loro attività sulla base delle indicazioni della società, percepivano un compenso determinato unilateralmente dall'azienda e in misura fissa.

L'INPS ha quindi precisato che la cartella esattoriale opposta andava riferita a due ulteriori addebiti, costituiti dalla ritardata regolarizzazione di N.M. e dall'omesso versamento dei contributi sull'importo di £ 54.044.000 formalmente erogato a R.F. a titolo di corrispettivo per lavoro autonomo, ma costituente in realtà retribuzione non contabilizzata in favore del marito della stessa.

La causa è stata decisa con sentenza emessa in data 30-3-2006, che ha accolto l'opposizione, ritenendo dovuti i soli contributi per gli ultimi due addebiti e compensando tra le parti le spese di lite.

Avverso la predetta sentenza ha proposto appello l'INPS per le ragioni che verranno esaminate nella parte motiva della presente sentenza.

Nel giudizio di appello non si sono costituiti GTO s.r.l. e Uniriscossioni, pur se ritualmente citati,

La causa è stata decisa, in grado di appello all'udienza di discussione del 10-11-2009.

DIRITTO - Il primo motivo di appello censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha escluso la natura subordinata del rapporto di lavoro delle telefoniste ed in particolare lo svolgimento dell'attività di marketing telefonico.

In proposito l'INPS osserva, come lo svolgimento di questa attività sia stato ammesso dalla società appellata, trattandosi peraltro della attività svolta in prevalenza.

L'INPS evidenzia a questo proposito che le telefoniste furono assunte da un'altra società del

gruppo I.L., continuando a svolgere la stessa prestazione lavorative, con le medesime modalità.

Secondo l'Istituto appellante, la sentenza di primo grado non avrebbe tenuto conto degli elementi costituiti dal rispetto di un orario fisso, della sottoposizione al potere gerarchico del superiore incaricato dalla società e del loro pieno inserimento nel ciclo produttivo della appellata.

La sentenza impugnata si fonda anzitutto sulla assenza di prove circa lo svolgimento dell'attività di marketing telefonico da parte della società appellata, dal momento che, secondo quanto riferito dalla testimone D.P., la società avrebbe svolto esclusivamente l'attività di marketing televisivo. La sentenza ha quindi ritenuto che l'attività delle telefoniste venisse svolta con orari variabili e che le stesse si limitassero a raccogliere il nominativo dei potenziali clienti, che telefonavano nel corso delle trasmissioni televisive, che veniva poi trasmesso alla società via fax.

Proprio le modalità di svolgimento della prestazione così accertate hanno escluso la rilevanza delle deposizioni testimoniali rese dalle signore C. e P., riferite al marketing telefonico.

Le argomentazioni svolte dalla sentenza impugnata non sono condivisibili.

Va anzitutto considerato che lo svolgimento di attività di marketing telefonico è stato ammesso dalla società appellata ai punti n. 3 e 4 del ricorso in opposizione di primo grado. La società ha in particolare affermato di svolgere anche attività di contatto telefonico di interviste, oltre ad avvalersi del mezzo televisivo per la commercializzazione dei propri prodotti. In particolare al punto n. 4 del ricorso, la società appellata ha specificamente descritto le modalità di marketing telefonico utilizzate.

Si tratta peraltro di circostanze emerse anche all'esito dell'accertamento ispettivo svolto dall'INPS, che ha consentito di verificare lo svolgimento di attività di marketing sia attraverso l'uso del telefono che per il tramite del mezzo televisivo.

L'ammissione da parte della società appellata dello svolgimento di marketing telefonico porta quindi ad attribuire rilevanza alle deposizioni testimoniali acquisite in giudizio e riferite a questa modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

In questo senso, le deposizioni rese dalle testimoni C. e P. evidenziano come le telefoniste fossero sottoposte al potere direttivo delle coordinatrici nominate dalla società. Erano infatti le coordinatrici a indicare ad ognuna delle telefoniste le zone e l'elenco dei potenziali clienti da chiamare, a controllare il numero di telefonate svolte, che venivano annotate una ad una dalle telefoniste. L'esercizio del potere direttivo ineriva alle stesse modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, dal momento che le coordinatrici davano indicazioni anche sul testo e sulle espressioni da utilizzare con i potenziali clienti, svolgendo quindi anche un'azione di controllo delle telefonate.

Le deposizioni testimoniali richiamate hanno anche consentito di accertare resistenza di un orario di lavoro al quale le telefoniste dovevano attenersi. Infine, occorre sottolineare la circostanza per cui le telefoniste nello svolgimento della loro attività utilizzavano esclusivamente gli strumenti messi a disposizione della società e non avevano alcun rischio economico in merito all'attività svolta, essendo il compenso commisurato alle ore lavorate.

In punto a qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, occorre considerare anzitutto l'elemento caratteristico della subordinazione, costituito dalla sottoposizione del lavoratore alle direttive del datore di lavoro inerenti l'oggetto e le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, ma anche quegli indici sussidiari più volte individuati dalla giurisprudenza di legittimità quali elementi connotanti la

prestazione di lavoro subordinato (cfr. di recente, Cass. 9256/2009; Cass. 5645/2009; Cass. 4500/2007, sulla valorizzazione dell'eterodirezione della prestazione lavorativa).

Si fa in particolare riferimento alla esistenza di un orario di lavoro vincolante, non scelto dal lavoratore, alla forma e natura della retribuzione, all'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima organizzazione aziendale e di rischio di impresa, al pieno inserimento del lavoratore nella organizzazione aziendale del datore di lavoro.

A questo riguardo, la valorizzazione della volontà delle parti operata dalla giurisprudenza, non può in ogni caso superare i dati caratterizzanti l'effettivo contenuto del rapporto, come esso si è venuto ad attuare (cfr. Cass. 1420/2002) (1).

Riguardo alla qualificazione del rapporto di lavoro subordinato e ai suoi elementi tipici, va peraltro dato conto della recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità, che ha ritenuto di valorizzare aspetti differenti da quelli tradizionali.

Si fa riferimento in particolare alla sentenza n. 18692/2007, preceduta da altre sentenze, come la n., 21646/2006 e la n. 820/2007, che, pur movendosi nelle premesse nel solco del tradizionale orientamento giurisprudenziale, ha voluto valorizzare aspetti tipici della subordinazione emersi nel dibattito dottrinale e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr. Corte Costituzionale n. 30/1996) (2).

In questo senso, il recente orientamento della S.C. impernia la qualificazione del rapporto di lavoro in termini di subordinazione sui due elementi costituiti dalla cosiddetta *"doppia alienità"* e dalla esistenza di un *"lavoro tipo logicamente subordinato"*.

Nella prospettiva indicata dalla S.C., la prestazione lavorativa onerosa resa all'interno dei locali aziendali, con materiali e attrezzature appartenenti alla stessa, con modalità tipologiche proprie del lavoro subordinato, di cui il lavoro in fabbrica è il prototipo, comporta una presunzione di subordinazione che è onere del datore di lavoro vincere.

Proprio analizzando la fattispecie al suo esame, la S.C. ha escluso che l'inesistenza del requisito della continuità della prestazione possa condurre a riportare il rapporto nell'ambito delle prestazioni autonome od occasionali. Ciò che conta, ai fini della qualificazione del rapporto, sono le modalità con cui la prestazione è resa, secondo gli standard propri del lavoro di fabbrica, tipo logicamente subordinato, e l'alienità del lavoratore rispetto alla organizzazione aziendale e ai risultati della sua prestazione.

Il percorso indicato dalle sentenze menzionate ha trovato ulteriori conferme nella giurisprudenza più recente della S.C. (cfr. Cass. 58/2009), che pure ha escluso qualsiasi rilevanza qualificatoria ad aspetti come la saltuarietà o la scarsità delle prestazioni rese dal lavoratore, per valorizzare invece gli aspetti costituiti dall'assenza di rischio economico, dalla osservanza di un orario, dall'inserimento nell'altrui organizzazione produttiva, specie in relazione al coordinamento con l'attività di altri lavoratori.

L'applicazione di questi principi alla fattispecie in esame porta quindi a qualificare come subordinati i rapporti di lavoro intrattenuti dalla società appellata con le telefoniste.

Risultano infatti provati non solo l'elemento della sottoposizione delle lavoratoci alle specifiche direttive inerenti le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, ma anche gli ulteriori requisiti elaborati dalla più recente giurisprudenza di legittimità, con riferimento alle modalità di svolgimento della prestazione e alla estraneità del prestatore rispetto alla organizzazione aziendale e ai risultati della prestazione, senza che

possa essere attribuito rilievo, come invece fa la sentenza impugnata, al dato costituito dalla saltuarietà della prestazione.

L'INPS ha poi appellato la sentenza anche nella parte in cui ha escluso la natura subordinata dei rapporti di lavoro intrattenuti dalla società appellata con gli assistenti alle vendite.

A questo proposito l'INPS evidenzia come tali lavoratori fossero pagati dalla società appellata e svolgessero mansioni di mero facchinaggio, sulla base di direttive impartite da dipendenti della società e con stabile inserimento nella sua organizzazione.

La sentenza impugnata ha escluso la natura subordinata dei rapporti di lavoro intrattenuti dalla società appellata con i cosiddetti assistenti alle vendite ritenendo che tali lavoratori fossero collaboratori degli agenti della società, che impartivano loro direttive provvedendo al pagamento del corrispettivo, ed escludendo ogni contatto con la società appellata.

La sentenza non tiene conto di alcuni dei dati emersi dalle indagini ispettive dell'INPS e risultanti dall'esame dei documenti contabili della società, poi confermati in giudizio dall'ispettore dell'Istituto C..

In particolare, è emerso che i compensi di questi lavoratori erano inseriti nella contabilità della società, che provvedeva a detrarli quali costi aziendali sostenuti nell'esercizio dell'impresa.

È quindi smentito che i costi relativi all'attività di questi lavoratori facesse capo agli agenti, tanto che la stessa predisposizione della documentazione attestante i pagamenti veniva predisposta dalla società appellata.

In questo senso, anche la deposizione della testimone D.P. evidenzia come i compensi di questi lavoratori venissero corrisposti dalla società appellata quanto meno con riferimento alla attività di assistenza tecnica.

In sostanza, come è emerso dalle deposizioni testimoniali acquisite in giudizio, questi lavoratori svolgevano mansioni di mero facchinaggio, consistenti nei caricare gli automezzi della merce destinata alla consegna dei prodotti ai clienti.

Tali circostanze portano quindi a ritenere che tali lavoratori fossero inseriti nell'organizzazione aziendale della società appellata, che sosteneva i costi relativi. L'inserimento nella organizzazione della società è poi dimostrato dalla deposizione del testimone C. a proposito della utilizzazione dei mezzi aziendali e della presenza di tali lavoratori in relazione agli appuntamenti fissati con la clientela.

Quanto alla qualificazione di questi rapporti di lavoro, valgono le considerazioni espresse in precedenza alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità circa l'estraneità dalla organizzazione d'impresa e dai risultati dell'attività aziendale.

Le considerazioni che precedono portano quindi all'accoglimento dell'appello e alla riforma della sentenza impugnata, con il conseguente rigetto della opposizione proposta dalla società appellata alla cartella esattoriale notificatale.

Le spese di entrambi i gradi del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1256

(2) Idem, 1996, p. 206

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Contributi – Impresa laterizia – Autisti - Lavoro oltre le 40 ore settimanali - Lavoro discontinuo o mobile - Esclusione

Tribunale di Bolzano - 30.09.2009 n. 224 - Dott. Puccetti – P. Spa (Avv.ti Pellacani, Cassera, Giudicendrea) – INPS-SCCI (Avv.ti Orsingher, Bauer)

Per il lavoro svolto oltre la quarantesima ora gli autisti non sono inquadrabili nella categoria dei lavoratori discontinui (nella concreta fattispecie trattavasi di autisti di betoniera, dipendenti di società di produzione e vendita di prodotti per l'edilizia, svolgenti mansioni miste, vale a dire non solo di trasporto, carico e scarico, ma anche di verifica, di controllo del macchinario, di pulizia e di manutenzione dello stesso etc.).
Gli autisti di betoniera, dipendenti di società di produzione e vendita di prodotti per l'edilizia, non sono inquadrabili tra i lavoratori mobili in quanto non alle dipendenze di un'impresa di autotrasporto.

FATTO - Con ricorso depositato il 5 febbraio 2007 P. s.p.a. esponeva a questo Giudice che in data 28.12.2006 era stata notificata su richiesta dell'INPS di Bolzano la cartella esattoriale n. 021 2006 0007308002 per l'importo di € 155.467,49 (di cui € 90.236,00 per contributi, € 54.091,51 per somme aggiuntive, € 10.089,00 per interessi) concernente crediti contributivi INPS basati su un verbale U.T.S.L. (d.d. 04.03.2005), nel quale erano state accertate irregolarità connesse al mancato assoggettamento a contribuzione per lavoro straordinario eccedente le quaranta (40), quarantacinque (45) e quarantotto (48) ore asseritamente prestato tra il 29.04.2003 e il 31.08.2004 dagli autisti della società -che produce, trasforma e commercializza materie prime, semilavorate o finite per l'edilizia e, per quanto in questa sede rileva, produce e vende calcestruzzo a pronto uso inviandolo presso i cantieri edili tramite betoniere con o senza pompa - addetti al trasporto di calcestruzzo.

In via preliminare, veniva eccepita l'illegittimità dell'iscrizione a ruolo e la conseguente invalidità della cartella esattoriale per violazione dell'art. 24 comma 4° del D. Lgs. n. 46/1999 per avere l'Istituto reso esecutivo il ruolo senza attendere l'esito del ricorso amministrativo.

Nel merito venivano valorizzati i seguenti motivi di impugnazione:

• l'erroneo inquadramento del lavoro svolto dagli autisti non considerato quale discontinuo o mobile, atteso che ciò che rileva per qualificare in tali termini un lavoratore non è la natura del servizio o del datore di lavoro bensì il particolare tipo di attività svolta, con la conseguenza che solo il superamento del limite delle 48 ore settimanali

comporterebbe il versamento del contributo aggiuntivo per lavoro straordinario;

• l'erronea ricostruzione delle ore di lavoro prestate dai dipendenti oltre il normale orario di lavoro di 40 ore, da un lato, in quanto desunte dai rapportini che quotidianamente gli autisti compilavano e consegnavano al preposto E.G., trattandosi di documenti mai verificati dal datore di lavoro e, dall'altro, in quanto veniva comunque riconosciuto ai dipendenti un compenso forfetario del maggior disagio pari a € 13,00 nette per ora (indennità di trasferta) e dell'eventuale straordinario pari a € 105,00 mensili (compenso per straordinario forfetizzato);

• il mancato computo nei conteggi della contribuzione dovuta del compenso per straordinario forfetizzato in quanto considerato retribuzione ordinaria;

• l'erronea valutazione delle somme ricevute dagli autisti a titolo apparente di *"indennità di trasferta"* quale effettivo compenso per il lavoro straordinario, totalmente esentata da contribuzione in quanto versata nell'importo inferiore ad € 46,40 omnicomprensivo;

• l'erroneità dell'importo di € 13,00 netti per ora straordinaria (pari a € 14,27 lordi) posto a riferimento del calcolo contributivo invece che del valore orario della normale retribuzione;

• il mancato scomputo dall'orario di lavoro e la mancata considerazione del momento di effettivo inizio e termine dell'attività lavorativa - anche a ritenere che non si tratti di lavoratori discontinui o mobili - dei tempi di attesa e delle pause fisiologiche, non potendo essere considerati in tale contesto gli autisti a disposizione del datore di lavoro, quantificabili in 2-3 ore medie al giorno tanto per gli autisti delle betoniere quanto per quelli della pompa e in circa 3 ore per gli autisti della pompa grande;

• la mancata considerazione della riduzione dell'orario di lavoro che normalmente avviene durante il periodo invernale (novembre-marzo).

Tanto premesso chiedeva pertanto pronuncia in accoglimento delle conclusioni testualmente trascritte in epigrafe.

Radicatosi il contraddittorio, l'Inps in uno con la società di cartolarizzazione dei crediti dell'Istituto Scci s.p.a. eccepiva, in via pregiudiziale, la tardività dell'opposizione a ruolo per decorso del termine decadenziale di cui all'art. 24 del D. Lgs. n. 46/99; in ordine all'eccepita illegittimità del ruolo deduceva che nessun obbligo di attendere l'esito del ricorso amministrativo è previsto; concludeva nel merito per la reiezione delle domande proposte dall'opponente perché infondate in fatto e in diritto.

Ordinata la sospensione del ruolo, dato atto all'udienza del 13.06.2007 dal procuratore degli opposti (in adesione a specifica eccezione formulata da parte opponente) che il calcolo dei contributi degli straordinari va comunque effettuato sulla base della normale retribuzione oraria e non sull'importo di € 13,00 all'ora, escussi numerosi testimoni, autorizzato il deposito di conteggi, disposta ctu contabile, concesso termine per il deposito di note difensive, la causa è stata discussa e decisa all'odierna udienza nelle forme previste ex art. 429 comma 2° c.p.c..

DIRITTO - Le eccezioni preliminari sollevate dalle parti sono entrambe infondate.

Quella di tardività dell'opposizione, proposta dalle opposte, giacché la cartella

impugnata è stata notificata in data 28 dicembre 2006, risultando il ricorso depositato il 05.02.2007 quindi entro il termine (decadenziale) di 40 giorni previsto ex art. 24 del D. Lgs. n. 26/1999.

Quella di illegittimità del ruolo, formulata dall'opponente, per violazione dell'art 24 comma 4° del D. Lgs. n. 46/1999 - poiché l'Istituto ha proceduto all'iscrizione a ruolo senza attendere la decisione sul ricorso amministrativo - risultando *ex tabulas* che l'iscrizione a ruolo è stata eseguita in data 08.09.2006 e quindi antecedentemente alla presentazione del ricorso amministrativo instaurato invero solo in data 20.09.2007, sanzionando la richiamata norma solo l'iscrizione in pendenza di gravame amministrativo.

Peraltro, anche a ritenere il contrario, va rilevato che l'opposizione avverso la cartella esattoriale di pagamento da luogo ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio (cfr. Cass. n. 13982/2007) con conseguente dovere per il giudice, anche in ipotesi di illiceità dell'iscrizione a ruolo, di verificare la fondatezza o meno del merito della pretesa azionata in cartella (parallelamente a quanto previsto in materia di opposizione a decreto ingiuntivo illegittimo).

L'opposizione è parzialmente fondata in punto *quantum debeatur* e da accogliere per quanto di ragione.

Nel merito l'Istituto ha contestato all'opponente il mancato versamento dei contributi dovuti sulle ore di lavoro eccedenti le 40 settimanali effettuate dai dipendenti della società nel periodo dall'aprile 2001 all'agosto 2004.

La P. s.p.a. sostiene che tale contribuzione non è dovuta in quanto l'attività svolta dagli autisti è inquadrabile alla voce n. 8) allegato al R.D.L. n. 2657/1923, con il quale è stata approvata la tabella delle occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo (o di semplice attesa o custodia), prevista per il *"personale addetto ai trasporti di persone o merci",* alle quali di conseguenza non è applicabile in radice la limitazione dell'orario settimanale fissata dall'art 1 del R.D.L. n. 692/1923 in 48 ore settimanali e dall'art. 13 del D. Lgs. n. 196/1997 in 40 ore settimanali, essendo del tutto irrilevante l'attività svolta dall'azienda (produzione e vendita di calcestruzzo) ma piuttosto quella in concreto svolta dal lavoratore (autista), né successivamente quella stabilita dall'art. 3 del D. Lgs. n. 66/2003 fissata sempre in 40 ore settimanali, ai sensi della deroga prevista dall'art. 16 lett. d) del D. Lgs. n. 66/2003 per i lavoratori discontinui.

Eccepisce altresì, solo in note conclusionali, che anche il CCNL di riferimento all'art 68 dichiara espressamente che *"agli effetti del presente articolo sono considerati lavori discontinui o di semplice attesa o custodia quelli elencati nella tabella approvata con R.D. 6 dicembre 1923 n. 2657 e nei successivi provvedimenti aggiuntivi o modificativi"* comprendendo anche gli autisti, in tal modo sottraendo all'UTSL la possibilità di addivenire ad una diversa determinazione e che il medesimo art. 69 fissa l'orario normale di lavoro per i lavoratori discontinui in 50 ore e che quindi solo oltre tale limite sarebbe configurabile lavoro straordinario.

L'opponente ritiene altresì, in via principale, che gli autisti sono da qualificare quali lavoratori mobili *"in senso stretto"* (autotrasportatori) con conseguente inapplicabilità *in toto* della disciplina di cui al D. Lgs. n. 66/2003, giusta l'eccezione prevista dall'art. 2 comma 1° nella parte in cui esclude l'applicabilità dei contenuti del D. Lgs. ai lavoratori

mobili per quanto attiene ai profili di cui alla direttiva 2002/15/CE ed in particolare avuto riguardo alla definizione di *"lavoratore mobile"* di cui all'art 3 comma 1° lett. d) *"lavoratore facente parte del personale che effettua spostamenti … che è al servizio di un'impresa che effettua autotrasporto di passeggeri o di merci per contro proprio o di terzi"* ripresa dall'art. 3 comma 1° lett. d) del D. Lgs. n. 234/2007 (non applicabile *ratione temporis)* attuativo della direttiva in questione e definito quale *"lavoratore facente parte del personale che effettua spostamenti ... che è al servizio di un'impresa che effettua autotrasporto di merci o di persone per conto proprio o di terzi"*, nonché all'art. 4 comma 1° lett. a) che fissa in 48 ore la durata media della settimana lavorativa (disposizione confermata in sede di trasposizione nell'ordinamento interno della direttiva comunitaria dall'art 4 comma 1° del D. Lgs. n. 234/2007).

In particolare evidenzia che dalla definizione del legislatore comunitario si evince chiaramente che la qualificazione degli autisti quali lavoratori mobili deriva dall'attività svolta dai lavoratori a prescindere dall'attività di impresa svolta dal datore di lavoro che può essere o meno quella di autotrasporto.

L'opponente ritiene, in via subordinata, che gli autisti sono da qualificare quanto meno quali lavoratori mobili *"in senso lato"*, avuto riguardo, alla definizione di *"lavoratore mobile"* di cui all'art. 2 comma 2° lett. h) del D. Lgs. n. 66/2003 *"lavoratore impiegato quale membro del personale viaggiante ... presso un'impresa che effettua servizi di trasporto passeggeri o merci su strada..."* con conseguente inapplicabilità ai sensi dell'art. 17 comma 6° del medesimo D. Lgs. n. 66/2003 delle disposizioni di cui agli artt. 7 (riposo giornaliero), 8 (pause di lavoro), 9 (riposi settimanali), 13 (lavoro notturno) e di conseguenza dell'obbligo di contribuzione aggiuntiva di cui all'art. 2 commi 18, 19, 21 della l. n. 549/1995.

Si ritiene opportuno richiamare previamente la normativa vigente.

L'art. 1 del R.D.L. n. 692/1923 fissa in 8 ore al giorno e in 48 ore settimanali *"di lavoro effettivo"* la durata massima della giornata di lavoro degli operai ed impiegati nelle aziende industriali o commerciali di qualunque natura.

L'art. 13 della l. n. 196/1997 (poi confermato dall'art. 3 del D. Lgs. n, 66/2003) ha fissato in generale l'orario normale di lavoro in 40 ore settimanali.

L'art. 3 del R.D.L. n. 692/1923 definisce lavoro effettivo *"ogni lavoro che richiede un'applicazione assidua e continuativa; conseguentemente non sono compresi nella dizione di cui sopra quelle occupazioni che richiedano per la loro natura o nella specialità del caso un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia"*.

Con R.D. 2657/1923 è stata approvata una tabella indicante le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa alla quale non è quindi applicabile la limitazione dell'orario sancita dal R.D.L. n. 69; in particolare al n. 8) è stata individuata la figura professionale del personale *"addetto al trasporto di persone o di merci"*.

Ai sensi dell'art. 2 comma 19° della legge 549/95 (disposizione abrogata dall'art. 1 comma 71° della l. n. 247/2007 con decorrenza gennaio 2008) - fonte che ha introdotto una nozione di lavoro straordinario ai fini contributivi diversa da quella descritta dalle disposizioni sopra citate valide invece, in linea di massima, ai soli fini retributivi - l'esecuzione del lavoro straordinario comporta a carico delle imprese con più di 15

dipendenti il versamento a favore del Fondo Prestazioni Temporanee dell'INPS di un contributo pari al 5 per cento della retribuzione relativa alle ore di straordinario (il Ministero del Lavoro con circolare n. 100 del 17.07.1996 ha precisato che il contributo va calcolato sulla retribuzione prevista per le ore ordinarie escludendo le maggiorazioni contrattualmente previste) compiute (per le imprese industriali tale misura è elevata al 10 per cento per le ore eccedenti le 44 ore e al 15 per cento, indipendentemente dal numero dei lavoratori occupati, per quelle eccedenti le 48 ore).

Ai sensi del comma 18 dell'art. 2 medesima legge si considera lavoro straordinario, ai fini contributivi, quello eccedente le 40 ore settimanali.

In forza del comma 21 del medesimo articolo il versamento del contributo non è dovuto per specifiche attività da individuare con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministero del Tesoro, in considerazione delle particolari caratteristiche di espletamento delle prestazioni lavorative.

Osserva il giudicante come sfugga ad entrambe le parti che il predetto decreto interministeriale non è mai stato emanato e comunque alcuna fonte regolamentare adottata secondo le forme previste dall'ordinamento ha mai avuto ingresso nell'ordinamento positivo, tale non potendosi considerare - perché non formata secondo l'*iter* previsto ex art. 17 comma 3° del D. Lgs. n. 400/1988 per i regolamenti cd. autorizzati - la circolare prot. 5/27319/70/OR del Ministero del lavoro richiamata anche nella circolare n. 13/2007 INPS, trattandosi solo di una bozza di decreto che ha previsto come la contribuzione non è dovuta per le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa e custodia elencate nella tabella approvata con R.D. 2657/23. Alla circolare, in quanto non classificabile come valida fonte del diritto, il Giudice in virtù del principio *iura novit curia* non può attribuire alcun'efficacia derogatoria della previsione descritta dalla sopra riportata fonte primaria (cfr. Cass. n. 11094/2005 est. Morcavallo). Anche a volere riconoscere - come sostenuto da autorevole dottrina e come confermato talvolta dalla giurisprudenza - diritto di cittadinanza alla categoria delle cd. circolari normative egualmente le stesse non potrebbero introdurre deroghe alla fonte primaria, in un ordinamento allo stato *de iure condito* fondato (salvo eccezioni) sul principio di gerarchia delle fonti, potendo al più regolamentare materie non riservate alla legge e nel contempo non regolate dalla legge.

Tanto basterebbe per escludere l'esonero dall'obbligo contributivo nel caso di specie - anche a voler considerare l'attività svolta dagli autisti quale discontinua - operando l'obbligazione contributiva su un piano diverso da quella retributiva.

Invero pure a voler reputare valido l'esonero previsto dalla circolare ministeriale del 26.11.2006, va comunque considerato che per le diverse mansioni in concreto svolte dagli autisti essi non sono comunque inquadrabili come lavoratori discontinui e che, inoltre, la giurisprudenza nell'interpretare l'art 3 del RDL 692/23 ha costantemente sostenuto come la prestazione di lavoro straordinario sia ipotizzabile anche per i lavoratori addetti a prestazione discontinue.

In relazione al primo profilo la giurisprudenza (cfr. Cass. n. 10642/1995 est. Filadoro, n. 10669/2004 est. Picone) ha escluso la natura discontinua delle prestazioni dei lavoratori che svolgono mansioni miste, anche nel caso di prevalenza delle mansioni

ricomprese nelle attività discontinue; pertanto, non è consentito includervi, per effetto di interpretazioni analogiche, altre mansioni diverse da quelle contemplate, neppure nel caso in cui mansioni dell'altro tipo siano state svolte cumulativamente dallo stesso soggetto e le mansioni comprese nell'elenco prevalgono su quelle da questo non contemplate. Sono state poi considerate (cfr. Cass. n. 768/1999 rel. Celentano) non discontinue le prestazioni lavorative dell'autista addetto in genere anche a piccole incombenze all'interno dello stabilimento del datore di lavoro. In relazione ai conducenti di autobetoniere la Suprema Corte (cfr. Cass. Pen. N. 7615/1994 est. Morgini) ha stabilito che *"La tabella di cui al R.D. 6 dicembre 1923, n. 2657, che indica i lavori richiedenti occupazione discontinua o di semplice attesa o custodia, esclusi dal divieto di lavoro straordinario imposto dal R.D.L. 15 marzo 1923, n. 692, reca un'elencazione di carattere tassativo, proprio per la sua natura di eccezione alla regola generale e non è quindi suscettibile d'interpretazione analogica. Pertanto non può farsi rientrare fra il "personale addetto ai trasporti di persone e di merci" (di cui al n. 8 della tabella suddetta) il conducente di autobetoniera, poiché trattasi di autoveicolo adibito contemporaneamente alla lavorazione del calcestruzzo ed al suo trasporto; ne consegue che il guidatore non esegue soltanto trasporto, carico e scarico, ma deve anche svolgere mansioni di verifica e di controllo dell'attività del macchinario, e questo compito ulteriore, non meramente accessorio, non consente l'applicazione della indicata esclusione"*.

In relazione al secondo profilo la giurisprudenza (cfr. Cass. n. 4886/2000 est. De Matteis) ha evidenziato che la prestazione di lavoro straordinario è ipotizzabile - senza che ciò importi una deroga alle disposizioni di legge - anche per i lavoratori addetti a prestazioni discontinue per i quali è prevista dalla legge l'esclusione di limitazioni di orario, potendo configurarsi tale ipotesi quando - nonostante la discontinuità dell'attività lavorativa - sia convenzionalmente prefissato un preciso orario di lavoro e il relativo limite massimo risulti in concreto superato. Inoltre è stato specificato (cfr. Cass. 5023/2009 est. Monaci) come il criterio distintivo tra riposo intermedio, non computabile ai fini della determinazione della durata del lavoro, e semplice temporanea inattività, computabile, invece, a tali fini, che trova applicazione anche nel lavoro discontinuo, consiste nella diversa condizione in cui si trova il lavoratore, il quale, nel primo caso, può disporre liberamente di se stesso per un certo periodo di tempo anche se è costretto a rimanere nella sede del lavoro o a subire una qualche limitazione, mentre, nel secondo, pur restando inoperoso, è obbligato a tenere costantemente disponibile la propria forza di lavoro per ogni richiesta o necessità.

Orbene, nel caso in esame è pacificamente emerso (cfr. dichiarazioni rese agli ispettori, rapportini giornalieri, teste M., G.) che gli autisti, tanto per la frequenza dei trasporti dall'azienda al cantiere quanto per l'impossibilità di conoscere anticipatamente la durata delle operazioni di scarico del calcestruzzo, rimanevano continuativamente a disposizione del datore di lavoro non potendo disporre liberamente del proprio tempo giacché non si potevano allontanare dal cantiere durante le operazioni di scarico dovendo comunque rimanere nelle vicinanze. Essi, inoltre espletavano mansioni promiscue occupandosi oltre che della guida della betoniera anche del calcestruzzo, dovendo inoltre svolgere altre attività, fra le quali, la preparazione ed il lavaggio dei macchinari e la loro

manutenzione, la produzione del calcestruzzo, la manutenzione del mescolatore, la pulizia e la messa in ordine, nonché il lavoro con il mulino a martelli, setaccio, aspirazione, nastro trasportatore, riempimento pala, e manutenzione degli stessi, trasporto di sabbia, ghiaia e fanghiglia.

È, invero, assai arduo definire di mera attesa l'attività svolta durante lo scarico del calcestruzzo per l'evidente attenzione che richiede in caso di contrattempi. Va anche ribadito, in relazione alla pause che caratterizzavano la prestazione di scarico del calcestruzzo, che perdurava la permanenza dell'obbligo del lavoratore di tenersi a disposizione del datore di lavoro.

Analogo discorso deve essere fatto per i servizi ausiliari che hanno costituito una parte considerevole dell'attività svolta dagli autisti.

Posto comunque che i dipendenti P. s.p.a. sono stati adibiti promiscuamente ad attività assimilabili a quelle elencate al punto 8) della tabella e ad altre attività, non resta che affermare l'inapplicabilità ai rapporti di lavoro in esame della deroga prevista dalla circolare del Ministero del lavoro del 21.11.1996 - anche a volerla reputare valida ed efficace fonte del diritto - per le occupazioni che prevedono un lavoro discontinuo.

In relazione alla deduzione formulata da parte opponente solo in memoria conclusionale - valutabile in quanto qualificabile come mera difensiva - relativa alla natura ontologicamente discontinua delle prestazioni effettuate dagli autisti (già disattesa dal giudicante posto quanto sopra evidenziato) ed alla conseguente applicazione ai sensi dell'art. 68 del CCNL dell'ordinario orario settimanale di 50 ore (previsto per i lavoratori discontinui) sorgendo prestazioni straordinarie solo oltre tale limite, va altresì rilevato che ai sensi del contratto collettivo aziendale d.d. 13.12.2004 (cfr. doc. 5 opponente) l'orario di lavoro per gli autisti è stato fissato in 40 ore settimanali con contestuale previsione di un compenso per straordinario forfetizzato, mentre per il periodo precedente la società ha in più occasioni dato atto che tale contratto altro non è che la formalizzazione di una prassi già da tempo instaurata in azienda (comprendente altresì una pausa giornaliera pari ad un ora, circostanza considerata a favore dell'azienda come si dirà più oltre nel computo del calcolo dell'omissione contributiva). Ne deriverebbe pertanto l'inapplicabilità comunque dell'orario previsto dal contratto collettivo nazionale in quanto derogato da norma più favorevole del contratto collettivo aziendale.

L'opponente ritiene altresì che gli autisti siano da qualificare come "lavoratori mobili" e, con un salto logico non altrimenti svolto, che in quanto lavoratori mobili siano sottratti all'obbligo di contribuzione aggiuntiva di cui all'art. 2 commi 18, 19, 21 del D. Lgs. n. 549/1995.

Il Giudicante ritiene che tanto prima quanto dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 66/2003 nessuna norma preveda l'esonero per i lavoratori mobili dalla regola del regime contributivo da applicare al lavoro straordinario prevista dal comma 18 dell'art. 2 del D. Lgs. n. 549/1995 che considera lavoro straordinario, ai fini contributivi, quello eccedente le 40 ore settimanali. Né tanto meno tale esenzione è prevista dalla circolare del Ministero del lavoro n. 21.11.1996 (in relazione alla quale si ribadiscono tutti dubbi di effettiva vigenza). Va anche rilevato che la prima definizione di diritto positivo di lavoratore mobile nell'ordinamento giuridico interno risale alla previsione di cui all'art.

2 comma 2° lett. h) del D. Lgs. n. 66/2003.

In altri termini tutta la disciplina normativa richiamata dall'opponente ha rilevanza in astratto ai soli fini della quantificazione dell'obbligazione retribuiva nei rapporti fra datore di lavoro e lavoratore e non anche ai fini della quantificazione dell'obbligazione contributiva nei rapporti fra datore di lavoro ed ente previdenziale unica questione oggetto del presente giudizio.

Peraltro, anche a ritenere il contrario, si deve concludere che la categoria degli autisti in esame è al più sussumibile nella nozione di "lavoratore mobile in senso lato" per la quale l'ordinario orario di lavoro è fissato comunque in 40 ore settimanali ex art. 3 comma 1° del D. Lgs. n. 66/2003 (in quanto non derogato dall'art. 17 comma 6° D. Lgs. citato).

Ma si proceda con ordine.

Il legislatore sembra aver adottato un duplice significato della nozione di lavoratore mobile.

In caso di contemporanea ricorrenza dei requisiti soggettivi (lavoratore facente parte del personale che effettua spostamenti), oggettivi (attività di impresa di trasporto) previsti dalla direttiva n. 2002/15/CE (e dalla l. 224/2007 di attuazione), si applica la disciplina regolata dalle norme in questione (e in particolare l'art 4 che fissa in 48 ore la durata media della settimana lavorativa). Inoltre ai sensi dell'art. 2 del D. Lgs n. 234/2007 le relative disposizioni *"si applicano ai lavoratori mobili alle dipendenze di imprese... che partecipano ad attività di autotrasporto di persone e merci su strada contemplate dal regolamento (CE) n. 561/2006"*. Il richiamo alle norme comunitarie sui tempi di guida consente di definire ulteriormente il campo di applicazione oggettivo della disciplina di cui al D. Lgs n. 234/2007. Quest'ultimo troverà dunque applicazione, ai sensi dell'art. 2 del reg. (CE) n. 561/2006, al trasporto su strada:

- *di merci, effettuato da veicoli di massa massima ammissibile, compresi eventuali rimorchi e semirimorchi, superiore a 3,5 tonnellate;*
- *di passeggeri, effettuato da veicoli … atti a trasportare più di nove persone compreso il conducente e destinati a tal fine*.

Il D. L. n. 112/2008 ha aggiornato la definizione di lavoratore mobile di cui all'art. 1, comma 2, lett. *h)* del D. Lgs n. 66/2003 aggiungendovi il riferimento al trasporto *"sia conto proprio che conto terzi"*. Alla luce di tale modifica, che allinea completamente tale definizione con quella utilizzata nella direttiva n. 2002/15/CE e nel D. Lgs di recepimento n. 234/2007, si deve ritenere che il D. Lgs n. 234/2007 deve ora ritenersi applicabile a tutti i lavoratori che svolgano attività di trasporto di merci e persone *sia conto proprio che conto terzi* e quindi occupati da aziende appartenenti anche a settori diversi dall'autotrasporto, purché ovviamente le attività svolte rientrino nel campo di applicazione del reg. (CE) n. 561/2006.

Sembra cosi superato l'orientamento fatto proprio in passato anche dalla giurisprudenza comunitaria che sebbene con molte riserve (cfr. s. 04.10.2001 Bodwen C-133/2000 con particolare riferimento ai dubbi espressi nelle conclusioni dall'Avvocato Generale) nel definire la portata della nozione di *"lavoratore mobile"* di cui alla Direttiva 93/10 aveva dato prevalenza al dato oggettivo del settore di attività dell'impresa (trasporto

di persone o cose) rispetto a quello soggettivo dell'attività svolta dal lavoratore.

Non essendo provata la ricorrenza dei presupposti di cui al reg. (CE) n. 561/2006, è da escludere la riconducibilità delle attività degli autisti P. s.p.a alla categoria dei "lavoratori mobili in senso stretto", a prescindere dalla diversa questione relativa alla valutazione delle attività espletate dagli autisti (mansioni promiscue) in quanto impegnanti non esclusivamente in attività di guida di mezzi dovendo effettuare anche prestazioni ausiliarie.

Sulla base della direttiva del D. Lgs. n. 66/2003 agli altri lavoratori mobili ivi compresi quelli di cui alla fattispecie in esame pacificamente sussumibile nella definizione di cui all'art. 1 comma 2° lett. h) del D. Lgs. n. 66/2003 non si applica, per espressa disposizione dell'art. 17 comma 6, del D. Lgs n. 66/2003, la disciplina di cui agli articoli 7, 8, 9 e 13, rispettivamente relativi al riposo giornaliero, alle pause, ai riposi settimanali e alla durata del lavoro notturno ma si applica invece l'art. 3 comma 1° che fissa in 40 ore settimanali l'orario normale di lavoro.

Esclusa per tutte le predette considerazioni la possibilità di derogare all'ordinario orario di 40 ore settimanali si deve procedere alla quantificazione del monte ore eccedente l'ordinario orario di lavoro per la determinazione della contribuzione dovuta.

Dalle risultanze testimoniali e dai documenti agli atti emerge con evidenza lo svolgimento di prestazioni straordinarie ulteriori rispetto alle 40 ore settimanali ed in particolare che le timbrature dei cartellini marcatempo corrispondono agli orari indicati nei rapportini di lavoro consegnati dagli autisti al preposto G.. In relazione alle modalità di lavoro - a prescindere alla riferibilità alla disciplina prevista dall'art. 3 del R.D.L. n. 692/1923 ovvero dall'art. 3 del D. Lgs. n. 66/2003 entrambe applicabili nella fattispecie *ratione temporis* - si fa espresso richiamo alle considerazioni già svolte per escludere la riconducibilità delle prestazione effettuate dagli autisti ad attività discontinue. Vanno pertanto considerati quale lavoro effettivo anche i tempi relativi alle attività di carico e scarico delle betoniere.

Non è stata provata la dissimulata copertura delle ore di straordinario con l'indennità di trasferta - rappresentando, a parere dell'Istituto, il compenso forfettario per straordinario retribuzione ordinaria quale superminimo - come emerso dalle verifiche effettuate dal consulente tecnico (che non hanno evidenziato anomalie nell'erogazione dell'indennità di trasferta) nonché come confermato dai testi escussi.

Pertanto le somme erogate a titolo di straordinario forfetizzato vanno scomputate dalla base di calcolo in quanto i relativi importi sono stati effettivamente erogati, sono stati regolarmente esposti in busta paga venendo quindi assoggettati a contribuzione previdenziale all'atto della corresponsione. Qualora non si operasse lo scomputo in esame (che il teste F. - ispettore del lavoro indotto dalle opposte - ha confermato non essere stato *"considerato nel conteggio ai fini dell'imponibile per lo straordinario"),* l'opposta sarebbe tenuta a versare per due volte i contributi sul medesimo imponibile riferito alle stesse ore di straordinario (una prima volta sull'imponibile rappresentato dal compenso forfetizzato, ed una seconda volta sul valore lordo degli straordinari calcolati sulla base delle ore riportate nel verbale ispettivo).

Ritiene il giudicante doveroso scomputare anche un'ora giornaliera di riposo in

quanto gli autisti usufruivano - come emerso pacificamente dalla concordante versione resa dai testi (della ricorrenza della circostanza ne hanno dato atto le stesse opposte al punto 10. della memoria conclusionale) - di mezz'ora di pausa al mattino e di mezz'ora di pausa al pomeriggio in aggiunta alla pausa pranzo secondo invalsa prassi aziendale poi formalizzata nell'accordo sindacale del 13.12.2004. Alla sospensione concordata con i lavoratori dell'attività lavorativa consegue la sospensione della relativa obbligazione retributiva e contributiva.

Tanto premesso, nonché valorizzato il calcolo sviluppato dal consulente tecnico al punto 4 a) dell'elaborato peritale si deve ritenere che i contributi omessi dovuti (calcolati con riferimento alla data del 25.09.2006) sono quantificabili in € 15.830,14, i contributi aggiuntivi in € 4.487,70 per un totale, comprensivo dell'8,5%, pari a € 25.944,83.

Le sanzioni vanno calcolate a titolo di omissione avuto riguardo alla scarsa chiarezza della disciplina di riferimento la cui bizantina frammentazione non agevola né il compito dell'assicurato né tanto meno quello dell'interprete.

Previo annullamento dell'impugnata cartella esattoriale, deve pertanto farsi luogo alla condanna dell'opponente al pagamento, in favore dell'INPS, della somma di € 25.944,83 per contributi, sanzioni civili e interessi di mora calcolati sino al 25.09.2006, oltre alle sanzioni civili di legge maturate successivamente alla detta data, sino al saldo.

Tenuto conto che l'opposizione è risultata in gran parte fondata avendo comportato la riduzione della pretesa contributiva e sanzionatoria dell'INPS dall'importo di € 155.467,49, dedotto in cartella, a quello qui accertato di € 25.944,83, l'INPS e la società S.C.C.I., vanno condannati al pagamento di metà delle spese processuali dell'opponente (comprese le spese di ctu già liquidate con decreto interinale a carico per la metà di P. s.p.a. e dell'INPS), liquidate d'ufficio in mancanza della relativa nota, come in dispositivo; spese che vanno per il resto compensate considerata la parziale fondatezza delle pretese contributive oggetto del procedimento.

(Omissis)

Controversie in materia di assistenza e previdenza - Cartella esattoriale - Opposizione all'iscrizione a ruolo - Omessa notifica del ricorso all'INPS entro il termine ex art. 415 c.p.c. - Omessa notifica a Società di cartolarizzazione dei crediti INPS - Improcedibilità ricorso.

Tribunale di Brescia - 31.07.2009 n. 723 - Dott. Alessio - C.E.B. (Avv.ti A. e E. Baldassarre) - INPS (Avv. Tagliente) - SCCI S.p.a- Equitalia Esatri S.p.a..

Il mancato rispetto dei termini di comparizione per la notifica all'INPS del ricorso in opposizione a cartella di pagamento, unito all'inesistenza della notifica di ricorso e decreto di fissazione udienza al litisconsorte necessario S.C.C.I. S.p.a., determina l'improcedibilità del ricorso.

FATTO e DIRITTO - Con la domanda il ricorrente chiede che sia posta nel nulla l'iscrizione a ruolo nei suoi confronti a seguito di notificazione in data 24 gennaio 2008 della cartella esattoriale n. 022 2007 00328689 34 000, in ragione del credito - pari ad €. 6.404,71 - vantato dall'INPS, a titolo di omesso versamento dei contributi (gestione commercianti) per il periodo 2000 - 2006.

Il ricorso è improcedibile.

Il ricorrente non risulta avere notificato nel termine di legge il ricorso all'INPS, mentre non risulta documentata la notificazione alla S.C.C.I., oltre che ad Equitalia Esatri: risulta, infatti, che l'udienza di discussione è stata fissata per il giorno 1° ottobre 2008 mentre l'unica notificazione formalmente perfezionatasi è quella in capo all'Istituto, in data 26 settembre 2008, comunque successivamente al termine dei trenta giorni anteriori all'udienza. In difetto di notificazione alla S.C.C.I., cessionaria del credito e litisconsorte necessario, pertanto, deve ritenersi non costituito il contraddittorio.

Ne consegue, in ragione della mancata instaurazione del contraddittorio nei confronti di uno dei convenuti, la sanzione di improcedibilità del ricorso (in tal termine enucleando in motivazione principio di portata generale, valevole per il rito del lavoro, Cass. civ. Sez. U., Sentenza n. 20604(1) del 30 luglio 2008). Al riguardo si osserva che la sanzione processuale trova applicazione in tutti i casi in cui l'instaurazione del contraddittorio non si verifichi sia per difettosa costituzione del rapporto processuale, seppure in capo ad alcuni dei soggetti evocati in giudizio, sia nel caso in cui sia ravvisata la necessità o l'opportunità di integrazione del contraddittorio, come si sarebbe verificato, in ogni caso, nella vicenda che era posta all'esame del giudicante, qualora non fosse stata originariamente svolta la domanda anche nei confronti del cessionario del credito.

L'esito del giudizio determina automaticamente il venire meno dell'effetto sospensivo dell'esecutorietà del ruolo.

Le spese processuali, in ragione dell'aspetto strettamente procedurale e della novità giurisprudenziale, scaturite dal componimento di precedente contrasto giurisprudenziale, vanno compensate.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2009, p. 94

Previdenza complementare - Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito del personale delle aziende di credito ordinario - Assegno straordinario - Agevolazioni all'esodo - Riforma pensionistica ex L. 243/2004 - Deroghe al nuovo regime contributivo della pensione - Condizioni - Opzione per il calcolo contributivo della pensione - Revocabilità - Esclusione.

Tribunale di Milano - 20.03.2009 n. 1237/2008 - Dott. Casella - M.D.T. ed altri (Avv. Civitelli) - Intesa San Paolo S.p.a. (avv. Tosi) - INPS. (Avv. Mostacchi)

La disciplina del Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale dipendente delle imprese di credito ordinario, istituito per gestire le situazioni di eccedenza di personale ed incentivarne l'esodo volontario e che eroga, ai sensi del Decreto Interministeriale n. 158/2000, per un massimo di 60 mesi e fino alla maturazione del diritto a pensione, l'assegno straordinario per il sostegno del reddito, consente che possa derogarsi alle nuove regole per l'accesso a pensione introdotte dalla Legge n. 243/2004 alla condizione dell'esercitata opzione di liquidazione della prestazione pensionistica con il sistema del calcolo contributivo.
Tale opzione, che rientra tra le condizioni, previste dalla concertazione sindacale per l'accesso all'esodo e dalla Legge 243/2004 per la percezione anticipata della pensione, non modificabili unilateralmente dal lavoratore, è irrevocabile.

FATTO - Con ricorso depositato il 4-1-2008, le ricorrenti in epigrafe indicate, premesso di essere state tutte alle dipendenze di Banca Intesa Spa con rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, hanno convenuto in giudizio Intesa San Paolo Spa e l'INPS, chiedendo raccoglimento delle seguenti conclusioni:

"1- accertare e dichiarare il diritto delle ricorrenti all'erogazione dell'assegno straordinario di sostegno del reddito calcolato sulla base del sistema pensionistico retributivo vigente prima dell'entrata in vigore della legge 243/2004 e conseguentemente:

2- ordinare all'Inps di ricalcolare correttamente l'ammontare dell'assegno mensile spettante a ciascuna ricorrente,

3- accertare e dichiarare il diritto delle ricorrenti di accedere al trattamento pensionistico con decorrenza dall'1.1.2010 e con il sistema di calcolo retributivo vigente prima dell'entrata in vigore della legge 243/2004.

4- Il tutto oltre interessi e rivalutazione dalle singole scadenze al saldo. Con sentenza esecutiva. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di cassa".

Si costituivano ritualmente in giudizio le parti resistenti, con le rispettive memorie entrambe depositate in data 16-5-2008, contestando quanto *ex adverso* dedotto e chiedendo il rigetto delle domande siccome infondate in fatto ed in diritto. In particolare,

l'INPS eccepiva, in via preliminare, l'incompetenza territoriale del Tribunale adito in ordine alle domande svolte da A., M., R. e B..

Lo scrivente giudice, ritenuta la causa matura per la decisione senza dover procedere ad istruttoria orale, all'udienza del 24-11-2008, ha invitato le parti alla discussione orale e, all'esito, ha pronunciato sentenza dando lettura del dispositivo in udienza.

DIRITTO - In via preliminare, si rileva che l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dall'INPS è fondata in quanto, per l'operatività dell'art. 444 c.p.c. (secondo cui le controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie ovvero relative alla inosservanza degli obblighi di assistenza e di previdenza derivanti da contratti o accordi collettivi sono di competenza - inderogabile - del Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione ha la residenza l'attore), l'intestato Tribunale, verificata l'effettiva residenza delle ricorrenti, non è competente in ordine alle domande svolte da A. P. per essere competente il Tribunale di Como, M. A. per essere competente il Tribunale di Bergamo, R. N. per essere competente il Tribunale di Mantova e B. M. per essere competente il Tribunale di Pavia.

Prima di affrontare il merito, è necessario un breve inquadramento normativo della fattispecie in esame.

Il legislatore, con il D.M. 27 novembre 1997 n. 477, nel delineare i principi e i criteri affinché i soggetti esclusi dal sistema degli ammortizzatori sociali potessero accedere a "misure per il perseguimento delle politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione", rinviava ai contratti collettivi la definizione dei principi e dei criteri direttivi per la costituzione di appositi fondi finanziati e gestiti con il concorso delle parti sociali.

A seguito di ciò, con il Contratto Collettivo nazionale del 28 febbraio 1998, sottoscritto dall'ABI con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, si è convenuto di istituire presso l'INPS "II Fondo di solidarietà per sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del Credito" al fine di gestire le situazione di eccedenze transitorie o strutturali di personale (esuberi) nell'ambito e in connessione col processo di ristrutturazione e di riorganizzazione o di situazioni di crisi del settore del Credito.

Con il Decreto Interministeriale n. 158/2000 è stato quindi approvato il Regolamento relativo all'istituzione del suddetto Fondo.

L'articolo 5, comma 1, lettera b) del predetto Decreto prevede che il Fondo di solidarietà può erogare, in favore dei propri lavoratori, ed in via straordinaria, assegni per il sostegno al reddito finalizzati alla maturazione del diritto alla pensione di anzianità o vecchiaia.

Gli "assegni straordinari per il sostegno del reddito" sono infatti riconosciuti ai lavoratori dipendenti da aziende cui si applicano i contratti collettivi del credito, i quali siano stati ammessi a fruirne nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo, nel rispetto di quanto stabilito dall'articolo 7, lettera c) del Regolamento emanato in merito (decreto 28 aprile 2000, n. 158, pubblicato sulla G.U. del 16 giugno 2000, n. 139, per

i lavoratori dipendenti dalle imprese di credito) e decorrono dal mese successivo alla cessazione del rapporto di lavoro.

Il Comitato preposto al Fondo di solidarietà per le aziende del credito ordinario ha altresì adottato una deliberazione per effetto della quale rientrano tra le persone che possono fruire delle prestazioni straordinarie di cui all'articolo 5, comma 1, lettera b), del citato decreto interministeriale 28 aprile 2000, n. 158, anche i lavoratori il cui rapporto di lavoro viene a cessare a seguito di una procedura di "esodo volontario" avente le caratteristiche indicate nella deliberazione stessa.

Il comma 3 dell'art. 5 citato prevede che "gli assegni straordinari per il sostegno del reddito sono erogati dal Fondo, per un massimo di 60 mesi, nell'ambito di un periodo di dieci anni dalla data di entrata in vigore del regolamento in esame, su richiesta del datore di lavoro e fino alla maturazione del diritto a pensione di anzianità o vecchiaia a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, a favore dei lavoratori che maturino i predetti requisiti entro un periodo massimo di 60 mesi, o inferiore a 60 mesi, dalla data di cessazione del rapporto di lavoro".

L'accertamento dei requisiti per l'accesso all'assegno straordinario viene effettuato dall'azienda da cui dipende il lavoratore e gli assegni straordinari sono erogati su richiesta del datore di lavoro, che deve presentare alla Sede competente per la liquidazione copia dell'accordo sindacale.

Per lo svolgimento delle attività di ciascun Fondo di solidarietà provvede l'INPS con le proprie strutture, ed i relativi oneri sono determinati dal Consiglio di amministrazione dell'Istituto, sentito il comitato amministratore del fondo stesso (D.M. 27.11.1997 n. 477, art. 3, comma 5). Detti fondi sono dotati di autonomia gestionale, finanziaria e patrimoniale; sono originati dalla contrattazione collettiva, amministrano fondi non pubblici ed hanno pertanto natura privatistica. Il fatto di essere istituiti presso l'INPS assolve ad una funzione di mutualità e garanzia.

I fondi di solidarietà erogano una serie di prestazioni, tra cui gli assegni straordinari di sostegno al reddito, che sono nello specifico prestazioni temporanee finalizzate al conseguimento della pensione (finanziate direttamente dai fondi medesimi) cui è correlato il versamento della contribuzione figurativa fino alla maturazione dei requisiti di età e contribuzione.

L'INPS provvede a certificare il diritto alla futura prestazione pensionistica, quantificare l'assegno straordinario, pagare mensilmente le prestazioni ai lavoratori, previo versamento dell'onere da parte dell'azienda, dare esecuzione alle deliberazioni dei Comitati amministratori dei Fondi

I contratti collettivi ed i relativi regolamenti ministeriali stabiliscono i criteri per l'accesso all'assegno straordinario; e per ciascun lavoratore, come già detto, l'azienda presenta al proprio Fondo la singola domanda di assegno straordinario, sottoscritta, oltre che dal legale rappresentante dell'azienda medesima, dal lavoratore.

La domanda, corredata dalla copia dell'accordo sindacale intercorso tra le organizzazioni sindacali del datore di lavoro e dei lavoratori, viene infine presentata dall'azienda all'INPS che liquida l'assegno straordinario, previa verifica che il lavoratore, alla scadenza dell'assegno, maturi il diritto a pensione senza soluzione di continuità.

Condizione principale per l'accesso alla prestazione straordinaria in questione è che i lavoratori maturino i predetti requisiti entro un periodo massimo di 60 mesi, o inferiore a 60 mesi, dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Ciò premesso, successivamente all'istituzione del Fondo per il personale del Credito, è intervenuta la legge di riforma del sistema pensionistico n. 243 del 23-8-2004 che, nel modificare i requisiti di accesso al pensionamento di anzianità a decorrere dal 1° gennaio 2008, ha previsto, tra l'altro due deroghe a quanto stabilito.

La prima deroga ex art 1, comma 9, L. 243/2004 così dispone:

"In *via sperimentale, fino al 31 dicembre 2015, é confermata la possibilità di conseguire il diritto all'accesso al trattamento pensionistico di anzianità, in presenza di un'anzianità contributiva pari o superiore a trentacinque anni e di un'età pari o superiore a 57 anni per le lavoratrici dipendenti e a 58 anni per le lavoratrici autonome, nei confronti delle lavoratrici che optano per una liquidazione del trattamento medesimo secondo le regole di calcolo del sistema contributivo previste dal decreto legislativo 30 aprile 1997, n. 180. Entro il 31 dicembre 2015 il Governo verifica i risultati della predetta sperimentazione, al fine di una sua eventuale prosecuzione"*.

Con propria deliberazione n. 25 del 20 luglio 2005; il Comitato Amministratore del Fondo di solidarietà dei dipendenti delle aziende del credito di cui al D.M. n. 158/2000, recepiva tale facoltà estendendola alle lavoratrici che, sempre in virtù di accordo con la propria azienda, manifestassero la volontà di optare per il calcolo contributivo della propria pensione sin dal momento di accesso all'esodo.

La seconda deroga, *ex* art. 1 comma 18 della L. 243/2004 lettera b) stabilisce che:

"Le disposizioni in materia di pensionamenti di anzianità vigenti prima della data di entrata in vigore della presente legge continuano ad applicarsi, nei limiti del numero di 10.000 lavoratori beneficiari, di cui al comma 19:

a) ai lavoratori collocati in mobilità ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, sulla base di accordi sindacali stipulati anteriormente al 1° marzo 2004 e che maturano i requisiti per il pensionamento di anzianità entro il periodo di fruizione dell'indennità di mobilità di cui all'articolo 7, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223;

b) ai lavoratori destinatari dei fondi di solidarietà di settore di cui all'articolo 2, comma 28, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, per i quali siano già intervenuti, alla data del 1° marzo 2004, gli accordi sindacali previsti alle lettere a) e b) dello stesso comma 28".

Il successivo comma 19, affida all'INPS il monitoraggio delle domande di pensionamento presentate dai lavoratori di cui al comma 18 che intendevano avvalersi, a decorrere dal 1° gennaio 2008, dei requisiti previsti dalla normativa vigente prima della data di entrata in vigore della legge n. 243/2004, stabilendo inoltre che, qualora dal predetto monitoraggio risultasse il raggiungimento del numero di 10.000 domande di pensione, l'Istituto non avrebbe preso in esame ulteriori domande di pensionamento finalizzate ad usufruire dei benefici previsti dalle disposizioni di cui al comma 18.

L'articolo 7 *quaterdecies* della legge 31 marzo 2005, n. 43, pubblicata nella G.U. n. 75 del 1° aprile 2005, ha infine fornito l'interpretazione autentica dell'articolo 1, comma 19, della legge 23 agosto 2004, n. 243, stabilendo che l'attività di monitoraggio effettuata dall'INPS, volta a verificare il raggiungimento del numero massimo di 10.000 lavoratori aventi diritto a fruire dei benefici di cui al comma 18 del predetto articolo, è riferita al momento di cessazione del rapporto di lavoro secondo le fattispecie indicate rispettivamente alle lettere a) e b) del richiamato comma 18.

Tali domande di assegno "in deroga", devono essere presentate dalle aziende esodanti alle strutture Inps competenti per la liquidazione, obbligatoriamente entro il mese antecedente la data presunta di risoluzione dei rapporto di lavoro (vedi msg INPS n. 38165 del 18-11-2005).

Passando, ora, ad esaminare la fattispecie oggetto di causa, si rileva che in data 14-10-2005 Banca Intesa spa ha presentato presso la sede Inps di Milano Missori le domande di liquidazione di assegno straordinario per il sostegno del reddito per le lavoratrici ricorrenti, sottoscritte dalle lavoratrici medesime e contenenti sia nella domanda, che in foglio separato allegato, l'opzione esplicita al sistema di calcolo contributivo, ai sensi dell'art. 1 comma 9 della L. 243/2004.

L'accordo sindacale presentato a corredo, datato 27 luglio 2005, specifica che le lavoratrici già precedentemente avevano manifestato tale volontà, ma che la stessa non era stata ritenuta valida né operativa perché antecedente alla delibera adottata in materia dal Comitato amministratore del fondo (20 luglio 2005).

Le lavoratrici, raggiunto l'accordo definitivo con la propria azienda, che prevedeva la cessazione dell'attività lavorativa al 31-8-2005 con decorrenza assegno dal l°-9-2005 ed uscita definitiva dall'esodo del 1° luglio 2010, hanno ribadito di voler esercitare l'opzione per la liquidazione con il calcolo contributivo, sia nell'accordo che nella domanda, ed hanno sottoscritto in tal senso la richiesta di assegno straordinario.

Dalla data di presentazione dell'istanza e fino al momento della liquidazione dell'assegno straordinario, l'Istituto di Credito, datore di lavoro delle ricorrenti, non ha presentato all'Inps alcuna domanda di assegno straordinario in sostituzione e/o rettifica di quelle presentate in precedenza. L'accordo tra le parti, ai fini dell'immissione nell'esodo, non è mai stato modificato.

L'Inps, conseguentemente, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, ha provveduto a liquidare le prestazioni in argomento, secondo le modalità richieste nelle domande prodotte.

Da quanto evidenziato emerge con chiarezza che non sussistono le condizioni di legge per l'accoglimento delle domande proposte dalle ricorrenti.

L'unica istanza che rileva ai fini della liquidazione dell'assegno straordinario, e conseguentemente ai fini della successiva liquidazione della pensione, è quella presentata dall'azienda, e sottoscritta dai lavoratori per adesione, che è il frutto degli accordi sindacali raggiunti tra la stessa Banca e le organizzazioni sindacali dei lavoratori in data 27-7-2005 (doc. 12), come disposto dall'art. 5 somma 3 del D.M. 158/2000.

Spetta, quindi, alla Banca finanziare l'assegno straordinario e spetta sempre alla Banca versare all'INPS la contribuzione figurativa utile per poter maturare il diritto a pensione delle ricorrenti. Pertanto le condizioni per accedere all'esodo sono stabilite tra le parti (Banca e lavoratori) attraverso le procedure di concertazione sindacale e non sono suscettibili di successive modifiche unilaterali da parte dei singoli lavoratori.

Poiché l'opzione per il sistema di calcolo contributivo è da ritenersi irrevocabile, come precisato dall'INPS sia in termini generali sia in relazione al Fondo di solidarietà, avendo, nella specie, le lavoratrici optato per il sistema contributivo (circostanza di cui le lavoratrici erano pienamente consapevoli, come si desume dalla documentazione prodotta) non è possibile modificare successivamente tale scelta.

Al riguardo, è opportuno precisare che non vi sono elementi concreti che facciano ritenere che l'opzione non sia stata liberamente e volontariamente esercitata dalle lavoratrici ovvero che sia stata esercitata su disposizione della Banca. Dalla documentazione prodotta, infatti, risulta che la società ha comunicato a tutto il personale in servizio i requisiti pensionistici introdotti con la riforma del 2004 e che le ricorrenti hanno effettuato le loro scelte ben consapevoli delle conseguenze, reiterando peraltro la loro opzione (posto che nello stesso accordo sindacale si dà atto che *"in questo ambito [vengono ricomprese] 25 lavoratrici che intendevano cessare dal servizio il 30 giugno u.s. per accedere al Fondo di Solidarietà dal successivo 1° luglio sono tuttora in servizio in quanto non si è potuto sin qui ritenere valido ed operante, ai fini dell'accesso al Fondo stesso, l'esercizio della loro opzione alla liquidazione della pensione con le regole di calcolo del sistema contributivo")*.

Deve, peraltro, evidenziarsi che se l'opzione non fosse stata effettuata, le ricorrenti non avrebbero potuto accedere alla procedura di esodo, giacché solo con la deroga *ex* art. 1 comma 9 della Legge 243/2004 potevano essere certe di andare in pensione con la decorrenza luglio 2010.

Con l'altra disposizione normativa, di cui invece invocano la postuma applicazione, non potevano avere alcuna certezza di rientrare fra i 10 000 destinatari della stessa (essendo destinatari di tale norma *tutti* i lavoratori appartenenti ai vari Fondi di Solidarietà e anche i lavoratori collocati in mobilità), e, dunque, di poter accedere alla procedura di esodo. Questo spiega la scelta effettuata dalle ricorrenti nel 2005, le quali avendo ritenuto prioritario l'accesso all'esodo rispetto alla modalità di calcolo del trattamento pensionistico e del relativo assegno straordinario, hanno preferito esercitare l'opzione per il metodo di calcolo contributivo a fronte della certezza di accedere alla procedura di esodo.

Sussistono giuste ragioni, attesa la particolare complessità delle questioni trattate, per ordinare tra le parti l'integrale compensazione delle spese processuali.

(Omissis)

Pensioni - Liquidazione in esclusiva applicazione del sistema c.d. contributivo - Facoltà di opzione - Esercizio - Condizioni.

Tribuale di Ravenna – 08.01.2010 n. 622 - Dott.ssa Allegra - O.G. (Avv. Moschini) - INPS (Avv. Girotti)

La facoltà di opzione per ottenere la liquidazione della pensione interamente con il sistema retributivo spetta esclusivamente a coloro i quali abbiano maturato quindici anni di contribuzione, dei quali almeno cinque successivamente al 31 dicembre 1995.

FATTO e DIRITTO **-** Con ricorso depositato il 26 settembre 2008 O. G. ha chiesto che le sia riconosciuto il diritto alla pensione di vecchiaia, ai sensi della legge 335/1995, avendo compiuto i 65 anni di età e maturato almeno cinque anni di contribuzione successivamente al 1° gennaio 1996, cioè nel vigore della suddetta legge, secondo il sistema contributivo, e lamentando l'ingiusto e discriminatorio trattamento riservatole dall'INPS, che ha respinto la sua domanda in via amministrativa, sulla base di un'applicazione letterale dell'art.1, comma 23, della legge 335/1995, appunto, in quanto ella si troverebbe in una situazione deteriore rispetto a coloro che hanno iniziato a versare contributi successivamente a tale data, pur avendo già versato contributi, nel complesso, pari a 10 anni e sei mesi.

L'INPS, costituendosi, ha ribadito la correttezza del proprio operato, richiamando l'operatività del sistema tripartito (misto, retributivo e contributivo) applicabile a coloro che alla data del 31 dicembre 1995 avevano già una certa anzianità contributiva.

La domanda della ricorrente, la quale (com'è pacifico) ha svolto attività lavorativa come collaboratrice di impresa artigiana dal 1° gennaio 1987 al 31 dicembre 1999 e poi ha gestito una propria impresa artigiana dal 1° luglio 2001 al 31 dicembre 2006, non può essere accolta, non avendo la O. una contribuzione utile per la liquidazione della pensione con il sistema contributivo in presenza di contributi versati prima del 1° gennaio 1996 pari a 15 anni, come prescritto dalla legge.

La fattispecie rientra quindi nell'ipotesi contemplata dall'art. 1, co. 12 l. 335/1995, per i lavoratori iscritti alle forme di previdenza che alla data del 31 dicembre 1995 potevano far valere un'anzianità contributiva inferiore a diciotto anni, ai quali, ai sensi dell'art. 1, comma 23, della medesima legge "la pensione è conseguibile a condizione della sussistenza dei requisiti di anzianità contributiva e anagrafica previsti dalla normativa previgente che a tal fine resta confermata in via transitoria come integrata dalla presente legge".

A tali lavoratori, peraltro, la medesima disposizione offre l'opportunità di "optare per la liquidazione del trattamento pensionistico esclusivamente con le regole del sistema contributivo, ivi comprese quelle relative ai requisiti di accesso di cui al comma 19" ma "a condizione che abbiano maturato un'anzianità contributiva pari o superiore a quindici anni di cui almeno cinque nel sistema medesimo".

La ricorrente, verosimilmente non possedendo i requisiti di cui all'art. 12 l. 335/1995 vorrebbe godere del sistema contributivo previa eliminazione del requisito dell'anzianità contributiva complessiva dei 15 anni, e con l'applicazione delle normativa vigente

successivamente al 31 dicembre 1995, di cui all'art.1, comma 23, della medesima legge.

Il testo della norma, come sopra richiamato, è inequivocabile e non consente interpretazioni diverse da quella letterale.

D'altra parte la previsione di un diverso trattamento a seconda della collocazione temporale del rapporto di lavoro appare giustificato nell'ottica di armonizzazione fra ordinamenti previdenziali e il graduale passaggio da un sistema all'altro.

Va poi osservato che la disposizione in questione non comporta un maggior rigore dei presupposti del pensionamento per i lavoratori di cui all'art. 1, comma 12, posto che ad essi si applica anche il sistema misto, valendo secondo il sistema retributivo l'anzianità contributiva acquisita anteriormente al 31 dicembre 1995, da sommarsi alla quota di pensione corrispondente al trattamento pensionistico relativo alle ulteriori anzianità contributive calcolato secondo il sistema contributivo.

Del tutto diversa è la fattispecie esaminata dalla Corte costituzionale nella sentenza 30 giugno 1994, n. 264, allorquando ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 8 della l. 29 maggio 1982, n. 297, trattandosi in quel caso di tutelare il lavoratore che già avesse conseguito la prescritta anzianità contributiva, disponendosi che (diversamente da quanto risultante secondo il sistema dichiarato costituzionalmente illegittimo) nel caso di esercizio durante l'ultimo quinquennio di contribuzione di attività lavorativa meno retribuita la pensione liquidata non potesse essere comunque inferiore a quella che sarebbe spettata al raggiungimento dell'età pensionabile, escludendo dal computo, ad ogni effetto, i periodi di minore retribuzione, in quanto non necessari ai fini del requisito dell'anzianità contributiva minima.

La domanda della ricorrente va quindi respinta.

Tenuto conto della peculiarità della fattispecie appare equa l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

(Omissis)

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Inquadramento nella posizione economica C5 - Esercizio di mansioni analoghe a quelle svolte dal personale di cui all'art. 15, primo comma, legge n. 88/89 - Diritto all'equiparazione del trattamento economico - Insussistenza - Inesistenza di un principio di parità di trattamento economico e normativo tra lavoratori che svolgono mansioni equivalenti.

Tribunale di Roma - Sezione Lavoro - 07.10.2009 n. 14904 – Dott.ssa Tiziana Orrù - A.P. ed altri (Avv.ti Primavera, Di Simone) - INPS (Avv. Lanzetta)

Non sussiste il diritto del personale INPS inquadrato nella posizione economica C5 a percepire il medesimo trattamento economico spettante al personale destinatario dell'art. 15, primo comma, Legge 88/89. Nel rapporto di lavoro subordinato non opera il principio della parità di trattamento, né è possibile alcun controllo di ragionevolezza da parte del giudice sugli atti di autonomia, sia collettiva che individuale, sotto il profilo del rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, che non sono invocabili in caso di eventuale diversità di trattamento non ricadente in alcuna delle ipotesi legali (e tipizzate) di discriminazione vietate.

Al pubblico impiego privatizzato non si applica l'art. 45, secondo comma, del D.lgs. n. 165/01, secondo il quale le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi. Consegue che le Amministrazioni sono obbligate ad applicare i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva, mentre le parti sociali in sede di contrattazione collettiva sono libere, nell'ambito della globale valutazione degli interessi contrapposti ed anche in considerazione dei diversi "status" e delle diverse aspettative professionali maturate dai dipendenti nelle singole categorie di inquadramento, di regolamentare il trattamento economico anche in maniera non uniforme, con l'unico limite della non discriminatorietà della relativa regolamentazione.

FATTO - 1-) Con ricorso depositato in data 07.11.2008, gli odierni ricorrenti hanno esposto: di essere dipendenti dell'INPS inquadrati nella posizione economica C5, ex IX qualifica funzionale; di svolgere mansioni identiche ed altre esclusive e superiori a quelle svolte dai direttori di divisione del ruolo ad esaurimento; che, tuttavia, questi ultimi percepiscono un trattamento economico più favorevole; che tale disparità è illegittima.

Hanno concluso chiedendo di dichiarare il loro diritto all'equiparazione del trattamento economico rispetto a quello attribuito al personale del ruolo ad esaurimento, con conseguente diritto agli incrementi stipendiali previsti; condannare l'INPS al pagamento delle conseguenti differenze retributive. Il tutto oltre ad accessori di legge e con vittoria di spese e compensi di causa.

Instauratosi ritualmente il contraddittorio, si è costituito in giudizio l'INPS eccependo in via preliminare la prescrizione quinquennale dei crediti vantati dai ricorrenti e contestando, in ogni caso, la fondatezza dell'avversa domanda chiedendone il rigetto, con il favore delle spese di lite.

La causa, istruita con prove documentali è stata discussa e decisa all'odierna udienza mediante lettura del dispositivo.

2-) SINTESI NORMATIVA

Con il d.P.R. 30.6.1972 n. 748, è stato istituito il ruolo relativo agli impiegati delle carriere direttive non inquadrati nelle nuove carriere dirigenziali, prevedendo in loro favore la conservazione *"ad esaurimento"* delle preesistenti qualifiche di *ispettore*

generale e di *direttore di divisione* entro i limiti della nuova dotazione organica, nonché riconoscendo loro un trattamento economico pari ai quattro quinti di quello spettante, rispettivamente, ai dirigenti superiori ed ai primi dirigenti con pari anzianità di qualifica.

Successivamente l'art. 15 L. 88/99 ha previsto per il personale degli enti pubblici non economici in possesso di specifiche qualifiche dell'ex categoria direttiva l'estensione ad personam delle norme di cui al citato DPR 748/72.

Nel 1993 il legislatore ha provveduto alla soppressione del predetto ruolo ad esaurimento (art. 25, comma 3° del D.lgs. 29/1993), prevedendo che "il personale delle qualifiche ad esaurimento *di cui agli articoli 60 e 61 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1972, n. 748, e successive modificazioni ed integrazioni,* e *quello di cui all'articolo 15 della legge 9 marzo 1989, n. 88, i cui ruoli sono contestualmente soppressi dalla data del 21 febbraio 1993, conserva le qualifiche ad personam. A tale personale sono attribuite funzioni vicarie del dirigente e funzioni di direzione di uffici di particolare rilevanza non riservati al dirigente, nonché compiti di studio, ricerca, ispezione e vigilanza ad essi delegati dal dirigente. Il trattamento economico è definito tramite il relativo contratto collettivo"* (si veda oggi, in senso assolutamente analogo, l'art. 69, comma 3° del D.lgs. 165/2001).

Contestualmente le qualifiche funzionali previste dal d.P.R. n. 285 del 1988 per il personale degli enti pubblici non economici sono divenute inapplicabili a seguito della stipulazione - in attuazione dell'art. 72 del D.lgs. n. 29 del 1993 (successivamente trasfuso nell'art. 69 del D.lgs. 165 del 2001) - del c.c.n.l. 16 febbraio 1999 di comparto, le cui disposizioni, unitamente a quelle del contratto collettivo integrativo degli enti, hanno individuato i nuovi equivalenti profili professionali e ridefinito e ricollocato quelli preesistenti nell'ambito delle nuove aree di inquadramento costituendo in tal modo la fonte esclusiva del trattamento economico normativo dei pubblici dipendenti contrattualizzati.

3-) PREVISIONI CONTRATTUALI

In tale contesto normativo, la contrattazione collettiva (art. 13 CCNL 1999), nel prevedere l'accorpamento delle preesistenti 9 qualifiche funzionali in 3 aree, ha espressamente disposto che nulla è innovato per quanto attiene al personale con qualifica di Ispettore Generale e di Direttore di Divisione inserito nell'area C, unitamente al personale già inquadrato ai livelli dal VII al XI del precedente sistema di inquadramento di cui al DPR 285/88.

L'esame delle disposizioni contrattuali collettive (v. analitica disamina contenuta nel ricorso) dimostra inequivocabilmente che le funzioni professionali attribuite al personale della ex IX qualifica sono sicuramente equivalenti ai compiti previsti per il personale del ruolo ad esaurimento, ed in alcuni casi determinano anche lo svolgimento di mansioni più ampie e più qualificate (v. ad esempio la possibilità per i lavoratori inquadrati in C4 di ricoprire posizioni organizzative -integratori di funzione- precluse ai funzionari ex art. 15).

Anche sotto il profilo economico non vi è una esatta equiparazione tra il personale della ex IX qualifica e quello del ruolo ad esaurimento.

In particolare, nella tabella allegata al CCNL 1999 era espressamente previsto che tale ultimo personale *"conserva il proprio trattamento economico";* dall'esame delle successive tabelle si apprende che effettivamente gli aumenti mensili previsti per

gli ispettori generali e per i direttori di divisione del ruolo ad esaurimento sono stati maggiori rispetto a quelli del personale inquadrato in categoria C5.

Analoga previsione si riscontra poi dall'esame delle tabelle 1, 2 allegate al C.C.N.L. per il biennio economico 2000 - 2001, nonché delle tabelle A, B, del successivo C.C.N.L. (quadriennio normativo 2002 -2005, biennio economico 2002 - 2003).

DIRITTO - 4-) I ricorrenti hanno lamentato che la difformità di disciplina contrattuale non è supportata da alcuna ragione professionale che renda la diversità di trattamento ragionevole e giustificata.

In particolare hanno sostenuto la illegittimità delle norme contrattuali che determinano una posizione di privilegio per violazione del principio di parità di trattamento economico dei lavoratori dipendenti a parità di qualifica e di mansioni svolte (circostanza quest'ultima che, in punto di fatto, deve dirsi sostanzialmente incontroversa tra le parti, stante la mancata contestazione specifica di parte resistente), principio sancito nel pubblico impiego privatizzato dall'art. 45 del D.lgs. 165/2001, a norma del quale *"il trattamento economico fondamentale ed accessorio è attribuito alla contrattazione collettiva. Le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi"*.

In realtà la citata disciplina contenuta nell'art. 72 del D.lgs. n. 29 del 1993 (ora D.lgs. n. 165 del 2001, art. 69) mira a garantire la piena attribuzione alle fonti collettive della disciplina del rapporto di lavoro, con corrispondente arretramento dell'area delle fonti normative pubblicistiche. Infatti per ciò che qui interessa dalla data di stipula del CCNL 1999, sono divenute inapplicabili, nei confronti del personale contrattualizzato, le disposizioni di legge e di regolamento che siano con esso in contrasto. In particolare risultano disapplicate con riferimento agli artt. da 13 a 18: il D.P.R. 1 marzo 1988, n. 285 e le proposizioni annesse con le relative declaratorie di qualifiche e profili dal 1° al 9° livello.

L'attribuzione di specifici compiti al personale di cui alla L. n. 88 del 1989, art. 15, non costituisce una indebita differenza rispetto alle declaratorie ed ai profili di inquadramento previsti dal CCNL visto che proprio tale contratto contiene all'art. 13, una specifica norma di salvaguardia delle mansioni di tale personale ("Nulla è innovato per quanto attiene al personale con qualifica di Ispettore generale e di Direttore di Divisione") a sua volta dovuta alla scelta fatta dal legislatore nel D.lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 3 (corrispondente al D.lgs. n. 29 del 1993, art. 72) in base al quale "3. Il personale delle qualifiche ad esaurimento di cui al D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, artt. 60 e 61, e successive modificazioni ed integrazioni, e quello di cui alla L. 9 marzo 1989, n. 88, art. 15, i cui ruoli sono contestualmente soppressi dalla data del 21 febbraio 1993, conserva le qualifiche ad personam mentre il trattamento economico è definito tramite il relativo contratto collettivo. In definitiva può osservarsi che, pur nell'omogeneità dell'inquadramento nell'Area C, la contrattazione collettiva deve necessariamente mantenere fermi i compiti attribuiti al personale del ruolo ad esaurimento, mentre per gli altri dipendenti di pari posizione il parametro cui commisurare le mansioni è costituito in generale dalle previsioni della declaratoria dell'area e dai requisiti specifici della

posizione di inquadramento.

In tal modo si giustifica la validità delle scelte operate in materia dal contratto collettivo integrativo.

5-) PROFILO ECONOMICO

Le disposizioni contrattuali appaiono altresì legittime anche con riferimento al profilo economico contestato specificamente dai ricorrenti.

La peculiarità del regime giuridico dei contratti collettivi nazionali di lavoro dei dipendenti pubblici non ne altera minimamente la natura giuridica, che resta a tutti gli effetti quella di fonti negoziali (Cass. S.U. 8 luglio 2008, n. 18621).

Ne discende la preclusione del controllo di validità da parte del giudice del Lavoro per violazione degli artt. 3, 36 e 97 Cost., in forza del principio generale secondo cui, nel rapporto di lavoro subordinato non opera il principio della parità di trattamento, né è possibile alcun controllo di ragionevolezza da parte del giudice sugli atti di autonomia, sia collettiva che individuale, sotto il profilo del rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, che non sono invocabili in caso di eventuale diversità di trattamento non ricadente in alcuna delle ipotesi legali (e tipizzate) di discriminazione vietate (vedi, in particolare, Cass. S.U. 17 maggio 1996, n. 4570).

6-) PARITÀ DI TRATTAMENTO CONTRATTUALE

Né, in contrario, potrebbe invocarsi utilmente - come ritenuto dai ricorrenti - il disposto del D.lgs. n. 165 del 2001, art. 45, comma 2, secondo il quale le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi, norma che intende proprio precludere la possibilità dei datori di lavoro pubblici di discostarsi dalle previsioni dei contratti collettivi, ancorché in maniera più favorevole ai lavoratori.

La norma, infatti, - contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti - è dettata al solo scopo di garantire l'uniformità di trattamento dei lavoratori a parità di "condizioni contrattuali".

Come detto nel caso in esame è la stessa disposizione contrattuale che giustifica, ad personam, la diversità di trattamento economico e normativo dei ricorrenti rispetto ai lavoratori inquadrati nel ruolo ad esaurimento.

In sostanza l'art. 45 citato non tutela affatto la formale parità di trattamento economico e normativo tra lavoratori che svolgono mansioni equivalenti come ritenuto dai ricorrenti, non costituisce criterio di valutazione della legittimità dei contratti collettivi e non si impone alle scelte delle parti sociali in ordine all'attribuzione di differenti trattamenti economici alle diverse posizioni di lavoro, e ciò in quanto, anche nel settore del pubblico impiego cd. *"privatizzato"*, non è configurabile un comportamento discriminatorio del datore di lavoro contrario all'art. 45 sopra citato qualora esso, pur determinando una disparità di trattamento fra i lavoratori, costituisca corretto adempimento di una clausola collettiva che, in quanto atto di esercizio dell'autonomia collettiva, si sottrae ad ogni potere di controllo giudiziario.

In applicazione di tale norma, in altre parole, le Amministrazioni sono senza dubbio obbligate ad applicare a tutti i dipendenti i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva, mentre non può certo sostenersi che analoga obbligazione gravi anche sulle

parti sociali in sede di contrattazione collettiva, essendo viceversa queste ultime libere, nell'ambito della globale valutazione degli interessi contrapposti in quella sede attuata ed anche in considerazione dei diversi *"status"* e delle diverse aspettative professionali maturate dai dipendenti nelle singole categorie di inquadramento, di regolamentare il trattamento economico dei dipendenti stessi anche in maniera non uniforme, con l'unico limite della non discriminatorietà della relativa regolamentazione.

Ebbene, nel caso di specie, per quanto detto la causa giustificatrice del trattamento di maggior favore riconosciuto ai dipendenti già appartenenti al ruolo transitorio ad esaurimento soppresso dall'art. 25 del D.lgs. n. 29 del 1993 esiste ed è pienamente lecita, rappresentando un'applicazione della vigente normativa contrattuale che contiene *"una norma transitoria diretta al mantenimento, nei confronti del personale delle varie aree, delle voci stipendiali fisse d'origine,* con lo scopo di salvaguardare diritti quesiti di natura economica; *tale disciplina contrattuale, d'altra parte, è coerente con il citato art. 25 del D.lgs. n. 29/1993, che nel sopprimere il ruolo transitorio, ha previsto la conservazione "ad personam" delle qualifiche"*.

In argomento la S.C., con ampia e condivisibile motivazione, ha affermato che *"anche dopo la sentenza interpretativa di rigetto n. 103 del 1989 della Corte costituzionale, né l'art. 36 Cost., né l'art. 41 Cost. possono individuarsi come precetti idonei a fondare un principio di comparazione soggettiva in base al quale ai lavoratori dipendenti che svolgano identiche mansioni debba attribuirsi la stessa retribuzione o il medesimo inquadramento. Ne consegue che, in presenza di disposizioni dei contratti collettivi che, ai fini della qualifica spettante a lavoratori addetti ad identiche mansioni, diversifichino nondimeno la posizione di taluni di essi in relazione a determinate circostanze personali, non è consentito al giudice del merito, sempre che le predette disposizioni non violino specifiche norme di diritto positivo, valutare la razionalità del regolamento di interessi realizzato dalle parti sociali, essendo lo stesso a queste riservato"* (in questi termini testualmente Cass. civ., sez. lav., 26.11.2002 n. 16709, la quale ha affermato il suesposto principio confermando la sentenza impugnata che, proprio con riferimento a disposizioni del contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti dell'Ente Poste Italiane che mantenevano ferma la distinzione di trattamento economico tra il personale della ex IX categoria e quello del soppresso ruolo ad esaurimento degli ispettori generali e dei direttori di divisione istituito con d.P.R. n. 748 del 1972, aveva ritenuto non configurabile alcun comportamento discriminatorio del datore di lavoro, avendo questo dato adempimento a una norma collettiva che, in quanto atto di esercizio dell'autonomia collettiva, si sottraeva al potere correttivo in sede di controllo giudiziario; in senso analogo si vedano poi Cass. civ., sez. lav., 18.8.2003 n. 12076, nonché Cass. civ., sez. lav., 29.9.2000 n. 12914, la quale ha avuto modo di ribadire che *"il riconoscimento, da parte della Società Poste Italiane (già Ente Poste Italiane), di un trattamento di maggior favore ai dipendenti già appartenenti al ruolo transitorio ad esaurimento soppresso dall'art. 25 del D.lgs. n. 29 del 1993 non introduce un'illegittima discriminazione in danno dei lavoratori svolgenti le stesse mansioni, in quanto rappresenta (come nella specie accertato dal giudice di merito) un'applicazione dell'art. 55 del c.c.n.l 26 novembre 1994, contenente una norma transitoria diretta al mantenimento, nei confronti del personale delle varie aree, delle voci stipendiali fisse d'origine, con lo scopo di salvaguardare diritti quesiti di natura economica; tale*

disciplina contrattuale, d'altra parte, è coerente con il citato art. 25 del D.lgs. n. 29/1993, che nel sopprimere il ruolo transitorio, ha previsto la conservazione "ad personam" delle qualifiche").

Orbene, essendo la fattispecie oggetto del presente giudizio assolutamente analoga a quella oggetto delle pronunce della S.C. da ultimo citate (relative tutte, si badi bene, a vicende rientranti nell'ambito del pubblico impiego, avendo i ricorrenti ivi dedotto l'illegittimità di norme del C.C.N.L. del 1994, epoca in cui non era ancora avvenuta la cd. *"privatizzazione"* dell'Ente Poste Italiane ed era già in vigore il disposto, più volte citato, dell'art. 25 del D.lgs. n. 29 del 1993), e dovendosi affermare la piena conformità delle norme contrattuali in questa sede censurate con lo specifico disposto normativo attualmente vigente in relazione alla categoria dei dipendenti inseriti nel ruolo ad esaurimento (art. 69, comma 3° del D.lgs. 165/2001), non resta che concludere per l'insussistenza del diritto in questa sede fatto valere dagli odierni ricorrenti.

Di conseguenza, alla luce di tutte le considerazioni che precedono, le domande proposte dagli odierni ricorrenti non possono che essere interamente rigettate.

7-) SPESE DI LITE

In applicazione del principio stabilito dall'art. 92, 2° comma, c.p.c, considerato che ricorrono giusti motivi di ordine equitativo - attesa la natura della controversia e delle parti nonché tenuto conto delle ragioni della decisione, della particolarità delle questioni trattate e, soprattutto, del vivace contrasto interpretativo registratosi anche all'interno della giurisprudenza di questo Tribunale del Lavoro -, le spese della causa ben possono essere interamente compensate tra le parti.

(Omissis)

Pensioni - Invalidità civile - Piano straordinario di verifica - Prestazioni erogate in virtù di provvedimento giudiziale - Assoggettabilità a verifica - Sussistenza - Limiti.

Tribunale di Torre Annunziata - 18.01.2010 (ord.) - Dott.ssa Basso - D.M.G. (Avv. Lombardi) - INPS (Avv. Di Maio)

Le prestazioni di invalidità civile derivanti da accertamento giudiziale non sono eccettuate dal piano straordinario di verifica di cui all'art. 80 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, ferma la impossibilità di procedere ad una differente valutazione delle medesime condizioni di fatto già oggetto del definitvo accertamento giudiziario.

FATTO e DIRITTO - Il presente procedimento ha ad oggetto la domanda di D.M.G. volta a ottenere, in via di urgenza, la declaratoria di illegittimità del provvedimento

di revoca della prestazione di invalidità civile (nella specie, pensione di inabilità e indennità di accompagnamento), precedentemente riconosciuta a seguito di sentenza n. 433/04 emessa dal Tribunale di Torre Annunziata in funzione di Giudice del lavoro in data 23.01.2004, con conseguente condanna dell'INPS al pagamento della suddetta provvidenza economica a partire dalla data in cui era cessata l'erogazione (04.11.2009).

L'Istituto ha dedotto la piena legittimità del proprio operato, assumendo che la revoca ha riguardato non i ratei relativi al periodo cui fa riferimento la sentenza sopraccitata, bensì quelli maturati successivamente al deposito della stessa, ed è stata disposta a seguito di un miglioramento delle condizioni di salute dell'istante riscontrato dalla competente Commissione Medica di verifica.

Ciò detto, si osserva che la domanda appare infondata e dev'essere rigettata, in quanto non sussiste il requisito del fumus boni iuris.

All'uopo la scrivente non ritiene di condividere la prospettazione di parte attrice, infatti, la previsione di cui all'art. 80 della L. 06.08.2008 n. 133 - di conversione con modifiche del D.L. 25.06.2008 n. 112 - intitolato appunto "*Piano straordinario di verifica delle invalidità civile"* espressamente stabilisce che: "1. *L'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) attua, dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2009, un piano straordinario di 200.000 accertamenti di verifica nei confronti dei titolari di benefici economici di invalidità civile. 2. Nel caso di accertata insussistenza dei prescritti requisiti sanitari, si applica l'articolo 5, comma 5, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 settembre 1994, n. 698"*.

Orbene, è evidente che l'Istituto convenuto ha legittimamente agito proprio in virtù del potere-dovere di verifica previsto dall'art. testé riportato. Che poi il diritto alla percezione della pensione di inabilità e dell'indennità di accompagnamento sia stato disposto con sentenza passata in giudicato è assolutamente irrilevante ai fini della valutazione della legittimità o illegittimità dell'operato dell'INPS e ciò per due ordini di considerazioni.

In primo luogo, nessun elemento - come vorrebbe parte ricorrente - testuale, né logico, induce a ritenere che dalla previsione del cit. art. 80 sarebbero escluse tutte le prestazioni derivanti da accertamento giudiziale. Infatti, delle specifiche ipotesi di esclusione sono espressamente previste dal legislatore al comma 3 del medesimo articolo: *"Sono esclusi dalle disposizioni di cui al primo e al secondo periodo del presente comma i soggetti ultrasettantenni, i minori nati affetti da patologie e per i quali è stata determinata una invalidità pari al 100 per cento ed i soggetti affetti da patologie irreversibili per i quali, in luogo della automatica sospensione dei pagamenti, si procede obbligatoriamente alla visita domiciliare volta ad accertare la persistenza dei requisiti di invalidità necessari per il godimento dei benefici economici"*. Il che - nell'ottica di una interpretazione sistematica della norma - induce a ritenere che altre esclusioni, al di fuori di quelle espressamente stabilite, non possono essere ritenute sussistenti: *ubi lex voluti dixit*.

Ne, di altro canto, la ricorrente - sessantacinquenne - ha allegato di essere affetta da una di quelle patologie rispetto alle quali, ai sensi del D.M. 02.08.2007 (prodotto dalla stessa ricorrente), sono escluse le visite di controllo sulla permanenza dello stato

invalidante.

Cosicché non sembra neanche possibile sussumere la fattispecie concreta nell'ambito della previsione dell'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 80 cit..

In secondo luogo, l'accertamento effettuato dall'Istituto convenuto e il conseguente provvedimento di revoca non sembrano porsi in contrasto con il precedente giudicato prodotto dalla sentenza n. 433/04 del Tribunale di Torre Annunziata (allegata dalla ricorrente).

All'uopo non appaiono conferenti i precedenti giurisprudenziali richiamati da parte attrice (Cass. Civ. sez. lav. sent. 12.12.1995 n. 12701(1), 26.04.2000 n. 5339, 01.12.2003 n. 18339 e 08.06.2005 n. 12013) i quali tutti si riferiscono alla differente ipotesi dello *ius superveniens* rispetto alle situazioni di fatto accertate con sentenza passata in giudicalo: infatti, secondo la Suprema Corte - e il principio è assolutamente condivisibile - in applicazione del generale principio della certezza del diritto, le situazioni fattuali accertate con provvedimento avente valore di giudicato sono assolutamente insensibili ai mutamenti della normativa di riferimento anche con riguardo allo *ius superveniens* che contenga norme retroattive (salvo diversa ed esplicita previsione legislativa).

Nel caso di specie, la revoca delle prestazioni assistenziali riconosciute alla ricorrente con la sentenza n. 433/04 passata in giudicato, non discende *sic et simpliciter* dalla applicazione dello *ius superveniens* (art. 80 più volte richiamato), ma dall'accertamento dello stato di invalidità effettuato dalla Commissione Medica di verifica sulla base del potere riconosciuto dal cit. art. 80 all'INPS. Cosicché, una volta verificato che la ricorrente non presenta più quello stato patologico che giustificava il riconoscimento della corresponsione della pensione di inabilità e dell'indennità di accompagnamento, appariva necessaria conseguenza la revoca dei suddetti benefici.

Né tale comportamento è in contrasto con la sentenza n. 433/04 del Tribunale di Torre Annunziata: invero, deve ritenersi pacifico che ogni sentenza ha valore di giudicato *rebus sic stantibus*. Infatti, il successivo venir meno delle condizioni reddituali o sanitarie che costituiscono i requisiti essenziali delle prestazioni in esame determina il venir meno anche dei conseguente diritto alla pensione di inabilità e alla indennità di accompagnamento. La stessa Suprema Corte ha più volte sottolineato al riguardo che *"L'assegno di invalidità, che è riconosciuto ex art. 1 della legge n. 222 del 1984 per la durata di tre anni ed è confermabile per periodi della stessa durata qualora permangano le condizioni che diedero luogo alla liquidazione, deve essere confermato allorché, riconosciuto con sentenza passata in giudicato, le condizioni del beneficiario siano rimaste immutate, non essendo più contestabile che quelle oggetto dell'accertamento giudiziario fossero tali da giustificare il trattamento previdenziale"* (Cass. civ., Sez. lavoro, 13/06/2008, n. 16058); e ancora *"In materia di invalidità pensionabile, l'insussistenza del requisito sanitario dichiarata nella sentenza, passata in giudicato, con la quale sia riconosciuta una misura di invalidità inferiore a quella dei due terzi accertata in un successivo giudizio, comporta la intangibilità di tale accertamento con riferimento al tempo della decisione, di talché eventuali modificazioni degli elementi della situazione di fatto già oggetto del precedente esame da parte della sentenza passata in giudicato, tali da comportare una percentuale di invalidità superiore*

*ai limiti minimi per il riconoscimento del diritto alla prestazione assistenziale, non possono avere valore, nel nuovo giudizio avente ad oggetto la concessione della stessa prestazione, che per il futuro rispetto alla data di formazione del giudicato" (*Cass. civ., Sez. lavoro, 18/08/2004, n. 16164); e infine *"Le controversie in materia di soppressione, per asserito miglioramento, di pensione di inabilità civile, di assegno di invalidità civile o di indennità di accompagnamento, al pari di quelle concernenti il diritto di ottenere per la prima volta tali prestazioni, negate in sede amministrativa, non danno luogo ad una impugnativa del provvedimento amministrativo di soppressione, ma hanno direttamente ad oggetto il diritto del cittadino di ottenere quella tutela diretta che la legge gli accorda, con la conseguenza che il giudice non è tenuto ad accertare la legittimità o meno del provvedimento amministrativo di diniego o soppressione, con la comparazione, nel secondo caso, con la situazione risultante all'epoca della concessione amministrativa della prestazione, essendo irrilevante la eventuale erroneità del primo accertamento amministrativo; la comparazione è necessaria, invece, per le prestazioni che siano state concesse in forza di sentenza, atteso che in tal caso il giudicato si estende anche alla valutazione del carattere invalidante delle malattie che, se invariate, non possono essere diversamente valutate"* (Cass. civ.. Sez. lavoro. 29/08/2003, n. 12674). Con ciò volendo significare che se è sicuramente non consentito procedere ad una differente valutazione delle medesime condizioni di fatto già oggetto di un accertamento giudiziale con valore di giudicato, viceversa è sempre possibile procedere ad una valutazione dello stato invalidante che risulti variato rispetto alla precedente verifica.

Tanto premesso in punto di diritto, in punto di fatto va evidenziato che parte attrice - nulla eccependo in merito alla coincidenza o meno delle patologie accertate in sede giudiziale con quelle oggetto della verifica da parte della commissione medica - ha esclusivamente contestato l'operato dell'INPS evidenziando l'impossibilità dello stesso di ribaltare la decisione dell'autorità giudiziaria stante il principio della intangibilità del giudicato: ma, come già detto, il provvedimento di revoca dell'INPS discende dall'accertamento del miglioramento delle condizioni sanitarie della ricorrente (circostanza questa non specificamente contestata dalla D.M.) e cioè dalla verifica della sussistenza di una situazione di fatto differente rispetto a quella accertata con la sentenza del tribunale di Torre Annunziata.

D'altro canto, va sottolineato che l'impugnato provvedimento di revoca non ha assolutamente riguardato i ratei della prestazione riconosciuti con la sentenza in atti, e quindi anche sotto tale profilo non può essere considerata in contrasto con una pronunzia dell'Autorità Giudiziaria divenuta cosa giudicata.

Inoltre, alla luce della documentazione in atti, non pare che la Commissione Medica che ha effettuato la verifica abbia omesso di effettuare il necessario raffronto tra la situazione clinica esistente al momento dell'emissione della sentenza e quella ricorrente al momento della visita successivamente disposta.

Dal verbale redatto dalla suddetta Commissione, infatti, si evince in primo luogo che l'istante e stata sottoposta ad un approfondito esame obiettivo, a seguito del quale i medici incaricati hanno riscontrato che la paziente *"giunge a visita su sedia a rotelle ma assume autonomamente e celermente la stazione eretta. Successivamente riferisce di non*

poter deambulare" (cfr. documentazione in atti).

Dal suddetto verbale emerge altresì che la Commissione ha anche disposto ulteriori accertamenti medici, prescrivendo alla ricorrente una visita psichiatrica e neurologica.

Non può dirsi, pertanto, che nel corso della verifica sia mancata una rigorosa indagine medico legale volta ad accertare l'esistenza di un'evoluzione in senso migliorativo delle patologie da cui la ricorrente era stata riconosciuta affetta, peraltro con sentenza emanata a seguito di una visita medica del c.t.u. effettuata ben 6 anni e 8 mesi prima della visita di revisione.

Di conseguenza, escluso ogni profilo di macroscopica illegittimità nella condotta dell'Istituto, il discorso deve necessariamente vertere sulla correttezza delle conclusioni cui sono giunti i sanitari che hanno effettuato la verifica, correttezza che va necessariamente accertata con l'ausilio di specialisti particolarmente qualificati nella materia de qua.

Al riguardo si osserva, tuttavia, che l'espletamento di una CTU medico legale nell'ambito del presente procedimento non è ammissibile, atteso che lo svolgimento di complesse e approfondite operazioni peritali (più che mai necessaire nel caso di specie) non appare compatibile con il carattere sommario e, di conseguenza, necessariamente celere della procedura cautelare attivata.

Il fumus tutelabile in via d'urgenza, infatti, è solo quello per l'accertamento del quale sia sufficiente un'attività istruttoria compatibile con la natura e i tempi di svolgimento del procedimento d'urgenza.

La mancanza del fumus è già di per sé assorbente e preclusiva dell'emanazione del provvedimento richiesto ed esime il Giudicante dal prendere in considerazione l'ulteriore requisito del periculum in mora (che tuttavia nel caso di specie neanche appare sussistente, stante la assoluta carenza probatoria in merito: la ricorrente, infatti, non ha prodotto alcun tipo di documentazione al riguardo).

Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso va, pertanto, rigettato.

Le peculiarità della fattispecie concreta oggetto del giudizio, nonché motivi di equità, inducono il Giudicante a dichiarare integralmente compensate le spese di lite.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 268

CONSIGLIO DI STATO

Procedimento amministrativo - Accesso agli atti - Dichiarazioni rese in sede ispettiva dai dipendenti del richiedente - Diniego - Legittimità.

Consiglio di Stato, Sez. Sesta - 07.12.2009 n. 7678 - Pres. Varrone - Rel. Atzeni - Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali (Avvocatura Generale dello Stato) - Federazione B.C.C. dell'Abruzzo e Molise - C.P. s.r.l. - A.R. - INPS (Avv.ti Caliulo, Coretti, Maritato) (Riforma sentenza del TAR dell'Abruzzo, sede di Pescara, n. 112/2009)

In tema di accesso ai documenti amministrativi relativi ad indagine ispettiva è legittimo il diniego di accesso opposto dall'Amministrazione sulla base di norme che precludono l'accesso alla documentazione contenente le dichiarazioni rese in sede ispettiva da dipendenti delle imprese che richiedono l'accesso. Le finalità che sostengono tale tipo di disposizioni, - fondate su un particolare aspetto della riservatezza, quello cioè attinente all'esigenza di preservare l'identità dei dipendenti autori delle dichiarazioni allo scopo di sottrarli a potenziali azioni discriminatorie, pressioni indebite o ritorsioni da parte del datore di lavoro - prevalgono a fronte dell'esigenza contrapposta di tutela della difesa dei propri interessi giuridici, essendo la realizzazione del diritto alla difesa garantita "comunque" dall'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990. Peraltro, sono irrilevanti eventuali precauzioni relative alla cancellazione dei nominativi dei dipendenti interrogati, perché le stesse non appaiono idonee ad assicurare il rispetto del diritto di questi ultimi alla riservatezza, essendo normalmente agevole, per chi conosce la realtà dei fatti, ricavare il nominativo del dichiarante dal contenuto della dichiarazione.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso al Tribunale Amministrativo dell'Abruzzo, sede di Pescara, la Federazione B.C.C. dell'Abruzzo e del Molise in persona del legale rappresentante impugnava il provvedimento n. 40129 in data 18/12/2008 con il quale il Direttore della Direzione Provinciale del Lavoro di Pescara aveva negato l'accesso ai documenti amministrativi relativi all'indagine ispettiva condotta nei suoi confronti e conclusa con il verbale di accertamento ispettivo in data 31/10/2008 e chiedeva la declaratoria del proprio diritto a prendere visione ed estrarre copia dei verbali delle dichiarazioni rese agli ispettori dai dipendenti e collaboratori e di eventuali dichiarazioni con l'ordine di esibizione dei suddetti documenti.

Sosteneva di avere necessità della suddetta documentazione in quanto l'amministrazione ha contestato la genuinità del contratto d'appalto con C.P. s.r.l., ipotizzando

violazione dell'art. 28 del D.Lgs. 276/2003, ovvero la somministrazione fraudolenta di lavoro intimando l'assunzione dei lavoratori interessati versando i contributi assicurativi e previdenziali.

Lamentava violazione degli artt. 24 e 111 della Costituzione, degli artt. 22, 23 e 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e degli artt. 3, 9 e 10 del D.P.R. 184/2006, formulando quindi le sopra riportate conclusioni.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Amministrativo dell'Abruzzo, sede di Pescara, Sezione I, accoglieva il ricorso riconoscendo il diritto di accesso con il duplice limite del necessario oscuramento delle parti delle dichiarazioni dei dipendenti e collaboratori idonei ad identificarli con certezza e dell'unico documento (il rapporto informativo inviato all'autorità giudiziaria penale) sicuramente rientrante tra quelli assunti dagli ispettori nella loro veste di ufficiali di polizia giudiziaria, e condannando l'amministrazione a porre a disposizione della parte ricorrente i documenti in questione entro trenta giorni dalla notifica o dalla comunicazione della sentenza, per estrarne copia.

Avverso la predetta sentenza insorge il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali in persona del Ministro in carica, chiedendo il suo annullamento o riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio l'INPS depositando la sola procura.

Dopo che con ordinanza collegiale istruttoria n. 4415 in data 13 luglio 2009 è stata integrata la documentazione agli atti, alla camera di consiglio del 13 ottobre 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è fondato.

Questa Sezione con decisione 29 luglio 2008, n. 3798, ha affermato che in tema di diniego di accesso opposto dall'Amministrazione sulla base di norme che precludono l'accesso alla documentazione contenente le dichiarazioni rese in sede ispettiva da dipendenti delle imprese che richiedono l'accesso, le finalità che sostengono tale tipo di disposizioni, - fondate su un particolare aspetto della riservatezza, quello cioè attinente all'esigenza di preservare l'identità dei dipendenti autori delle dichiarazioni allo scopo di sottrarli a potenziali azioni discriminatorie, pressioni indebite o ritorsioni da parte del datore di lavoro -, prevalgono a fronte dell'esigenza contrapposta di tutela della difesa dei propri interessi giuridici, essendo la realizzazione del diritto alla difesa garantita "comunque" dall'art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990 (in termini anche C. di S., VI 10 aprile 2003, n. 1923; 3 maggio 2002, n. 2366, 26 gennaio 1999, n. 59).

Il principio, che il Collegio condivide, si attaglia con particolare evidenza al caso in esame, nel quale l'indagine ai cui atti l'appellata chiede di accedere non era ancora conclusa, all'epoca della presentazione dell'istanza, non essendo stato emesso alcun provvedimento lesivo, mentre l'appellata non si era ancora avvalsa della possibilità di avviare il contraddittorio presso il Comitato Regionale per i rapporti di lavoro, ai sensi dell'art. 17 del D. Lgs. 23 aprile 2004, n. 124.

Di conseguenza, all'interesse alla riservatezza dei dipendenti che hanno reso le dichiarazioni, raccolte dagli ispettori, non si contrappone una reale e, soprattutto, attuale esigenza di difesa dell'appellante.

Giova osservare, infine, che le precauzioni individuate dal TAR, relative alla can-

cellazione dei nominativi dei dipendenti interrogati, non appaiono idonee ad assicurare il rispetto del diritto di questi ultimi alla riservatezza, essendo normalmente agevole, per chi conosce la realtà dei fatti, ricavare il nominativo del dichiarante dal contenuto della dichiarazione.

L'appello deve, di conseguenza, essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, respinto il ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese per entrambi i gradi di giudizio in ragione della parziale novità della questione.

(Omissis)

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Impiego pubblico - Avvocatura dell'Ente - Collocazione organizzativa all'interno di strutture di Direzione Generale - Violazione dell'autonomia delle professioni legali degli enti pubblici - Sussiste.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III quater - 04.12.2009 n. 12542 - Pres. Di Giuseppe - Rel. Realfonzo - A.S.D.A.PI., C.G., M.I., P.A.G., R.P. (Avv.ti Fantini, Mascello) - INAIL (Avv.ti Persiani, Sanino, Martone) - Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Viola il principio dell'autonomia delle professioni legali degli enti pubblici una soluzione organizzativa che privi di fatto l'Avvocatura di autonomia organizzativa e funzionale, collocandola nell'ambito delle "Consulenze professionali", all'interno della struttura organizzativa della Direzione Generale e delle Direzioni Regionali dell'Ente, con l'assegnazione di un budget limitato solamente alle spese di funzionamento della sola Avvocatura generale, con il conferimento degli incarichi "ad interim" di Coordinatore presso le strutture legali territoriali riservato non all'Avvocatura Generale ma al Direttore Generale dell'Istituto su proposta del Direttore Centrale Risorse Umane, anche in difformità con la proposta dell'Avvocato Generale.

FATTO - Con il gravame meglio individuato e con i motivi aggiunti in epigrafe l'Associazione Sindacale dei Dirigenti e Alte Professionalità (A.S.D.A.PI.) ed alcuni Avvocati ad essa aderenti impugnano i provvedimenti, meglio specificati in epigrafe con cui l'Avvocatura Generale e le Avvocature Territoriali, sono state sostanzialmente poste all'interno della struttura organizzativa rispettivamente della Direzione Generale e delle Direzioni Regionali.

Il gravame introduttivo ed i motivi aggiunti, sono affidati alla denuncia di motivi sostanzialmente identici di censura che possono essere così compendiati:

1. Con il primo motivo del ricorso introduttivo e quello identico dei motivi aggiunti, si lamenta che i provvedimenti avrebbero violato il principio dell'autonomia delle professioni legali degli enti pubblici di cui all'articolo 3, del R.D.L. n. 1578/1933; all'articolo 69, comma sedicesimo, della legge n. 388/2000; all'articolo 19 del d.p.r. 346/1983 e all'articolo 15 legge 70/1975.

2. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo e quello identico dei motivi aggiunti si lamenta la violazione degli articoli 28, 33, 34, 38, 42 bis e 42-ter del Regolamento di organizzazione, come modificato dalla deliberazione 276/2007; degli articoli 1, 18, 26, 26-bis e 27 bis dell'ordinamento delle strutture centrali territoriali dell'istituto, approvato con deliberazione del C.d.A. n. 248/1999 (come modificato con deliberazione del C.d.A. n.

276/2007); del contratto collettivo nazionale di lavoro del 1 giugno 2006 relativo all'area VI della dirigenza, professionisti e medici degli enti pubblici; violazione del principio di proporzionalità e di ragionevolezza; e del regolamento del consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma del 24 ottobre 2004. I provvedimenti avrebbero violato le norme che garantiscono l'unitarietà e l'autonomia organizzativa dell'area dell'avvocatura rispetto agli apparati organizzativi.

3. Con il terzo motivo del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti si lamenta che:

- la deliberazione 500/2007 sarebbe illegittima perché si richiamerebbe l'accordo firmato con le organizzazioni sindacali in data 20 dicembre 2007, che invece era stato sottoscritto solo da tre sigle su sette. In assenza del consenso della maggioranza delle associazioni sindacali coinvolte, l'INAIL avrebbe dovuto motivare riguardo alle posizioni dissenzienti;

- l'INAIL, facendo luogo alla revoca o alla modifica di atti precedenti, avrebbe dovuto prima procedere a revocare gli atti precedenti, e poi adottare le modifiche agli stessi, ricorrendo alle stesse modalità procedimentali utilizzate per gli atti originari, e provvedendo altresì, a motivare congruamente le relative ragioni.

4. Con il quarto motivo del ricorso introduttivo si deduce l'illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte che avrebbe erroneamente applicato l'art. 1 comma 440-441, della L. 27.12.2006 n. 296, computando l'Avvocatura nella percentuale del 15% relativa al personale che può essere addetto alle funzioni di supporto, tra cui non potevano esser fatti rientrare gli uffici legali.

5. Con il quinto motivo del ricorso introduttivo ed il quarto dei motivi aggiunti si lamenta, sotto un primo profilo, la violazione degli articoli 5, 8 e 10 della legge n. 88 del 9 marzo 1989 e dell'articolo 53 del d.p.r. n. 639/1970: gli atti non sarebbero stati inviati, per il prescritto controllo, al Ministero del Lavoro. Sotto altro profilo si lamenta che gli atti sarebbero nulli ai sensi dell'articolo 21-septies della legge n. 241/90, in quanto la materia avrebbe dovuto essere disciplinata attraverso norme regolamentari e non con semplici atti amministrativi.

L'INAIL si è costituito in giudizio con analitiche memorie con cui ha puntualizzato in punto di fatto che:

- i ricorrenti non avrebbero mai impugnato la deliberazione n. 330 del 6 luglio 2005 con cui l'Avvocatura Generale sarebbe stata collocata in posizione "di staff" tra il Presidente del Consiglio di Amministrazione ed il Direttore Generale; come sarebbe anche stato confermato con la nota della Direzione Generale Risorse Umane dell'11 settembre 2006;

- i provvedimenti impugnati avrebbero la sola finalità di assicurare la funzione di coordinamento dell'avvocatura ai livelli centrali e periferici dell'Istituto e di perseguire l'obiettivo di collaborazione degli uffici legali con il Direttore Generale e con i dirigenti delle unità funzionali ed operative;

- nella struttura organizzativa della Direzione Generale, articolata tra le altre in "Consulenze professionali", nell'ambito della quale per il ramo legale legittimamente si sarebbe collocata la struttura denominata Avvocatura Generale.

Ciò premesso l' INAIL:

- in linea preliminare ha rilevato: l'inammissibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, assumendo che i provvedimenti successivamente impugnati, sarebbero in realtà, stati adottati al solo ed esclusivo fine di assecondare le istanze dei ricorrenti; l'inammissibilità comunque dell'intero gravame per carenza dei

requisiti della personalità, della concretezza e dell'attualità nell'interesse a ricorrere;

- nel merito delle doglianze delle parti ricorrenti, l'Istituto ha concluso per l'infondatezza dei motivi aggiunti confutando tutte le censure di parte.

In data 16 febbraio 2009, la difesa delle parti ricorrenti depositava documentazione a sostegno delle proprie argomentazioni.

All'udienza di discussione, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata dunque trattenuta per la decisione.

DIRITTO - 1. Deve, in via preliminare, essere disattesa sotto due profili l'eccezione di inammissibilità dell'intero gravame e dei relativi motivi aggiunti che sarebbero carenti del requisito dell'interesse personale, attuale e diretto delle parti ricorrenti ad impugnare atti di organizzazione i quali non determinerebbero alcuna lesione giuridicamente rilevante e non metterebbero assolutamente le parti ricorrenti in una situazione sfavorevole.

Per ciò che concerne in primo luogo la legittimazione dell'Associazione professionale ricorrente (A.S.D.A.PI.), si sottolinea che le organizzazioni sindacali -- che come nel caso in esame abbiano sia la specifica finalità statutaria della tutela dei propri aderenti, sia i caratteri della stabilità e della rappresentatività dei propri iscritti -- hanno piena legittimazione ad agire in giudizio per far valere, sia gli interessi loro propri in quanto organizzazione, e sia gli interessi riconducibili alla categoria di cui hanno la rappresentanza (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 351; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 29 aprile 2009, n. 3596; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 10 dicembre 2008, n. 1739; T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, 13 settembre 2005, n. 246).

Tale legittimazione non può essere qui esclusa, non essendo emerse, e comunque non ravvisandosi, posizioni contrapposte tali da generare una qualsiasi forma di conflitto di interessi con altri soggetti pure rappresentati dall'associazione professionale ricorrente (cfr. arg. ex: T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 04 novembre 2008, n. 2748; T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, sez. I, 02 luglio 2008, n. 59; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 03 maggio 2008, n. 726).

Relativamente poi alla natura del danno alla posizione soggettiva degli avvocati che ricorrono in proprio, si deve ricordare come la giurisprudenza abbia concordemente concluso per la sussistenza dell'interesse a ricorrere contro un atto organizzativo avente carattere generale da parte di un dipendente dell'ente pubblico che lo ha adottato, tutte le volte in cui tale provvedimento è suscettibile di incidere in maniera significativa sia sulla sua collocazione all'interno dell'organizzazione medesima, che sulle attribuzioni esercitate (cfr. infra multa: Consiglio Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 827; T.A.R. Abruzzo Pescara, 23 maggio 2009, n. 378; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 29 aprile 2009, n. 3596; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 10 dicembre 2008, n. 1739; T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, 13 settembre 2005, n. 246).

I dipendenti – se non sono titolari in merito di una posizione di diritto soggettivo perfetto alla conservazione della propria qualifica, del proprio status giuridico e della propria sfera di attribuzioni funzionali – hanno la titolarità di una posizione giuridicamente tutelata, non necessariamente patrimoniale, a che il potere, ampiamente discrezionale dell'Amministrazione di definire l'organizzazione dei propri servizi ed uffici venga esercitato nel rispetto sia dei limiti connessi con la loro posizione giuridica ed economica acquisita e sia delle norme che vincolano "ab externo" la potestà organizzativa dell'ente.

Nel caso di specie, non vi sono dunque dubbi che tutte le diverse parti ricorrenti,

ciascuna per i profili di propria pertinenza, abbiano la legittimazione ad impugnare gli atti organizzativi dell'istituto di appartenenza che incidono sfavorevolmente su di una posizione professionale specificamente delineata dalla legge.

2. Deve poi essere negato che, nel caso di specie, il sopravvenire dei provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti avrebbe determinato la cessazione della materia del contendere sul gravame introduttivo in quanto tali atti sarebbero stati adottati dall'Istituto in adesione alle tesi dei ricorrenti.

A parte il profilo formale per cui, qualora l'Istituto avesse voluto aderire alle tesi dei ricorrenti, si sarebbe potuto limitare a revocare gli atti controversi, è risolutiva della tesi contraria la comunicazione del 17 giugno 2008 della Direzione Centrale delle Risorse Umane con cui si disciplinavano le modalità da parte del Direttore Generale dell'Istituto di conferimento "ad interim" degli incarichi di coordinatore presso le strutture territoriali.

La teoria dell'autonomia dell'Avvocatura è radicalmente smentita dal singolare procedimento per cui si riservava all'"… Avvocato Generale e a ciascun Coordinatore Generale delle Consulenze Centrali…" di formulare una "… proposta motivata di conferimento dell'incarico …" sulla cui base (sic) il Direttore Centrale Risorse Umane "…formula la proposta definitiva, motivandone l'eventuale difformità, e la sottopone al Direttore Generale per il conferimento dell'incarico".

In sostanza - come sarà più evidente in seguito - non sarebbero rispondenti alla realtà dei fatti le affermazioni generiche di autonomia di cui alla delibera n. 266/2008 impugnata con i motivi aggiunti con cui l'INAIL afferma sviatoriamente di aver delineato per l'Avvocatura una "… posizione di staff della Consulenza Legale tra il Presidente del Consiglio di Amministrazione ed il Direttore Generale" con una "…sostanziale autonomia... delle Avvocature come strutture professionali, all'interno delle quali l'avvocato esplica la sua opera, anche dal punto di vista organizzativo e sul piano tecnico professionale" .

Al contrario l'INAIL, lungi dal voler aderire alle argomentazioni dei ricorrenti, ha fatto luogo ad articolato e complesso meccanismo diretto a realizzare di fatto una stretta dipendenza gerarchica dell'Avvocatura dalla Struttura Amministrativa sia dal punto di vista della nomina che di quello funzionale.

Di qui la piena ammissibilità sia del gravame introduttivo che dei motivi aggiunti che concernono una situazione sostanzialmente unica.

Infine inconferente è l'affermazione circa la mancata impugnazione della delibera n. 330 del 6 luglio 2005 in quanto tale provvedimento risultava del tutto superato dalla successiva deliberazione del 10 luglio 2007 n. 276 che, in maniera dichiaratamente più satisfattiva delle pretese dei ricorrenti, integrava il regolamento di organizzazione superando il precedente assetto alla luce delle sopravvenute norme del CCNL 1 agosto 2006 e delle norme deontologiche del Consiglio dell'Ordine di Roma del 14 agosto 2006.

3. Nel merito delle censure deve essere, in primo luogo, affrontata per essere disattesa, la quarta doglianza del ricorso introduttivo con cui si lamenta che i provvedimenti impugnati fanno un'erronea applicazione dei commi 440-441 dell'art. 1, della L. 27.12.2006 n. 296, per i quali:

- il personale addetto alle funzioni di supporto "… ivi incluse quelle relative alla gestione delle risorse umane, dei servizi manutentivi e logistici, degli affari generali, dei provveditorati della contabilità…" non avrebbe dovuto "…eccedere la percentuale del 15% del totale degli addetti all'Istituto;

- tale misura avrebbe dovuto essere comunque progressivamente raggiunta mediante processi di riorganizzazione, di formazione e di riconversione del personale addetto alle predette funzioni che consentano di ridurne il numero in misura non inferiore all'8 per cento all'anno, fino al raggiungimento del limite predetto…".

L'Avvocatura dell'Ente non avrebbe in nessun caso dovuto e potuto essere ricondotta a funzioni "di supporto".

L'assunto è errato.

E' infatti al contrario evidente che, tutte le funzioni che non rientrano strettamente nelle finalità istituzionali - e le funzioni "di staff" sono al riguardo paradigmatiche di una tale situazione - devono essere ricondotte alle attività "di supporto".

Come è chiaro anche dall'elenco, di carattere meramente esemplificativo fatto dalla norma in esame, le funzioni "di supporto" fanno infatti capo ad un'ampia serie di attività di pianificazione, di controllo, di approvvigionamento, di gestione dei beni e del personale ed anche di servizi di tipo specialistico, tutti caratterizzati dal carattere strumentale rispetto alle finalità principali (quello che gli aziendalisti chiamano il "core business") dell'istituzione .

Le funzioni dell'Avvocatura, in quanto ufficio legale dell'Istituto (sia di consulenza professionale e di assistenza stragiudiziale che di difesa e rappresentanza in giudizio) sono tipicamente strumentali al migliore e più proficuo perseguimento delle funzioni istituzionali dell'Istituto che, in quanto tali, sono ravvisabili esclusivamente nell'attività assicurativa e previdenziale; nei compiti di prevenzione per la salute dei lavoratori e di sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 23 d.lgs. n. 38/2000); nei servizi di cura e di riabilitazione ed in quelli di reinserimento nel mondo del lavoro (art. 24 d.lgs. 38/2000).

Di qui la legittimità dell'applicazione anche all'Avvocatura, in quanto struttura di staff dell'INAIL, dell'art. 1 comma 440-441, della L. 27.12.2006 n.296.

Il motivo deve dunque essere respinto.

4. Nell'ordine logico delle questioni devono invece essere affrontati i capi di doglianza che seguono.

4.1. In particolare le parti ricorrenti rispettivamente:

- con il secondo motivo e con l'ultimo profilo del quinto motivo del ricorso introduttivo lamentano l'illegittimità della deliberazione n. 500/2007 e dell'allegata relazione del Direttore Generale contenente il "Nuovo modello organizzativo periodo 2007/2009 – Linee guida" nella parte in cui non fanno alcun riferimento all'Avvocatura interna, costituita i sensi dell'articolo 3, comma quattro lettera d) del r.d. 27 novembre 1933, n. 1578; e della delibera n. 35/2008 e del grafico allegato di carattere esplicativo nella quale la collocazione dell'Avvocatura risulta di fatto modificata, rispetto alle disposizioni espressamente approvate con la deliberazione 10 luglio 2007 n. 276, sotto la direzione generale nell'ambito delle consulenze professionali;

- con il secondo mezzo dei motivi aggiunti con cui, si ripete la censura dirigendola avverso la deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'INAIL n. 266 del 22 maggio 2008 con cui sono state collocate in posizione di staff le Avvocature territoriali; ed avverso la delibera del commissario straordinario dell'Inail con cui, in attuazione dei precedenti provvedimenti si conferma la collocazione dell'Avvocatura nel suo complesso all'interno delle Consulenze Professionali e si colloca l'Avvocatura Generale all'interno della Direzione Generale mentre le Avvocature regionali sono state poste all'interno dell'articolazione delle Direzioni Regionali.

Per le parti ricorrenti illegittimamente si sarebbe adottato un nuovo modello organizzativo solo con un generico riferimento ad una Relazione del Direttore Generale ed un grafico "esplicativo", senza far luogo ad alcuna espressa abrogazione delle specifiche norme regolamentari che avevano disciplinato preesistente assetto organizzatorio.

L'assunto è fondato.

Sotto il profilo procedimentale gli atti impugnati sono stati adottati infatti in violazione del principio generale dell'Ordinamento del "contrarius actus", secondo il quale un atto di secondo grado deve avere la medesima forma, deve seguire il medesimo procedimento e deve fare espressa menzione del provvedimento e delle parti che vengono modificate, integrate, annullate o revocate.

L'Istituto avrebbe dovuto modificare il regolamento di organizzazione di cui alla deliberazione n. 276 del 10 luglio 2007, con cui si era modificato il Regolamento di organizzazione, introducendo una apposita Sezione all'Avvocatura, che veniva esclusa dall'articolazione organizzativa della Direzione Generale. In particolare sarebbe stata necessaria un'espressa disposizione innovativa dei precetti di cui all'articolo 42 bis del predetto Regolamento per l'Avvocatura che costituisce "un'unità organica autonoma" nell'ambito della quale gli avvocati addetti "…esercitano le funzioni di competenza con libertà ed autonomia rispetto a tutti i settori dell'apparato amministrativo e con esclusione di ogni attività di gestione".

Al riguardo deve invece essere sottolineata la (per così dire) singolarità della forma dei provvedimenti impugnati che, con un linguaggio pseudo-aziendalistico ed un grafico del tutto generico, pretenderebbe di intervenire in maniera radicale in un ambito puntualmente disciplinato dal Regolamento di Organizzazione senza specificare, sul piano giuridico - amministrativo, i reali assetti delle competenze.

Inoltre non vi sono dubbi in punto di fatto che l'impugnata modifica dell'organizzazione e della collocazione organizzativa dell'Avvocatura attiene all'Ordinamento dei servizi e quindi doveva necessariamente essere adottata con una modifica regolamentare, ai sensi dell'art.3, quinto comma del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 479, per il quale l'intervento sull'Ordinamento dei servizi è riservato esclusivamente e specificamente ad un apposito regolamento deliberato dal Consiglio di Amministrazione.

Per conseguire la finalità perseguita, a prescindere dal merito delle modifiche, si sarebbe dovuto in particolare adottare una specifica modifica degli articoli 28-33-34-38-42 bis e 42-ter del Regolamento di Organizzazione dell'Istituto in vigore, di cui alla delibera del C.d.A. 1 luglio 1999 n. 232 (e successive modifiche di cui alla ricordata deliberazione n. 276 del 10 luglio 2007) ed all'art. 26-bis della deliberazione del C.d.A. del regolamento di cui alla deliberazione 15 luglio 1999 n. 248 (come modificato dalla n. 276) relativamente alle strutture territoriali.

In definitiva solo con una nuova espressa, diretta e testuale modifica regolamentare poteva essere modificato l'assetto della materia così come fissato dal Consiglio di amministrazione (con il parere consultivo sfavorevole del Direttore generale) con le modifiche al regolamento di organizzazione di cui alla deliberazione n. 276 10 luglio 2007, tuttora in vigore.

Di qui l'illegittimità dei provvedimenti impugnati che pretenderebbero di modificare precise norme del regolamento con un provvedimento contenente affermazioni generiche, indefinite, sommarie e del tutto contraddittorie ed un grafico parimenti generico ed insignificante.

In tale direzione deve affermarsi l'illegittimità dei provvedimenti impugnati sotto il profilo procedimentale.

4.2. Il ricorso deve essere accolto sotto il profilo sostanziale, per fondatezza delle argomentazioni di cui al primo motivo e del primo capo di doglianza dell'atto aggiunto con cui si contesta in sostanza la violazione delle norme che tutelano la professione forense dei dipendenti pubblici.

Con entrambi i mezzi di gravame, che riprendono sostanzialmente le stesse argomentazioni, i ricorrenti lamentano la violazione rispettivamente:

- dell'articolo 15 della 20 marzo 1975, n. 70 che prevede che coloro che appartengono al ruolo legale assumono una responsabilità professionale e rispondono "direttamente al legale rappresentante dell'ente";

- dell'articolo 3 del r.d. n. 1578/1933 che sancisce il principio dell'incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato con la sussistenza di un rapporto di pubblico impiego, fatta salva solo la possibilità di costituire gli uffici legali degli enti, che però devono essere sostanzialmente estranei alle strutture amministrative a garanzia dell'indipendenza della professione, dell'autonomia di giudizio e di iniziativa degli avvocati ad essa appartenenti (riconosciuta loro anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, sentenza 18 aprile 2002 n. 5559 e dalla Corte Costituzionale nella sentenza 21 novembre 2006 n. 390);

- del regolamento approvato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma nell'adunanza del 24 ottobre 2004 che riafferma i predetti principi;

- dell'articolo 19 del d.p.r. n. 346/1983 che rimanda all'Ordinamento dei servizi gli aspetti residuali generali e le modalità di collaborazione degli uffici legali con il Direttore Generale ed i dirigenti dell'unità funzionale ed operative.

L'assunto merita adesione nei sensi che seguono.

I poteri di auto-organizzazione delle proprie strutture che sono riconosciuti all'Istituto trovano il limite nelle disposizioni normative e regolamentari - esattamente invocate dai ricorrenti - che sanciscono non solo la autonomia "tecnica" della funzione legale, ma anche la piena autonomia organizzativa, finanziaria e funzionale dell'Ufficio in cui sono incardinati.

In particolare, esattamente i ricorrenti lamentano che gli atti impugnati violano l'articolo 15 della L. 20 marzo 1975, n. 70: la posizione di dipendenza di fatto dell'Avvocatura generale e di quelle territoriali nell'ambito della Direzione Generale e di quella Regionale, si pone in diretta violazione del secondo comma della predetta norma per cui "…Dell'esercizio dei singoli mandati professionali i dipendenti appartenenti al ruolo professionale rispondono direttamente al legale rappresentante dell'ente"; e a tal fine devono essere inseriti in un ruolo autonomo e distinto dal personale amministrativo e tecnico.

Tali principi in materia di professione forense dei professionisti appartenenti agli enti pubblici, si pongono sulla scia dell'art. 3 r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, per cui l'esercizio della professione degli avvocati degli uffici legali iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo è incompatibile con qualunque impiego od ufficio retribuito, anche alle dipendenze di qualsiasi amministrazione o istituzione pubblica soggetta a tutela o vigilanza dello Stato, delle Province e dei Comuni.

L'ufficio legale di un ente pubblico è quello cui è affidata la specifica ed esclusiva attribuzione della trattazione delle cause e degli affari legali, dotato di una propria autonomia,

cui sono affidati compiti di consulenza e assistenza, giudiziale e stragiudiziale, in controversie coinvolgenti gli enti di appartenenza, con esclusione di tutte le attività di "gestione" (cfr. Cassazione civile, sez. un., 03 maggio 2005, n. 9096; Cons. Nazionale Forense, 29 maggio 2006, n. 37; T.A.R. Emilia Romagna Parma, 20 dicembre 2001, n. 1049).

La legge professionale forense non impone al datore di lavoro pubblico di adottare una organizzazione degli uffici tale da individuare nell'ufficio legale una struttura necessariamente apicale, ma solo che questa sia del tutto autonoma dalle strutture amministrative.

Il rispetto del principio della non assegnabilità di compiti meramente amministrativi o contrari alle regole deontologiche della professione, può essere assicurato solo escludendo realmente ogni inserimento diretto nella struttura gerarchica dell'ente.

E ciò per la fondamentale ragione che il coinvolgimento, diretto o indiretto, degli avvocati degli uffici legali nelle attività di gestione delle unità amministrative, oltre a far venir meno il carattere dell'esclusività, determina una situazione, per lo meno potenziale, di conflitto d'interessi (arg. ex Cassazione civile, sez. un., 19 agosto 2009, n. 18359) e di confusione di ruoli e di responsabilità.

In applicazione dei medesimi principi è stata affermata l'illegittimità dell'atto con cui l'amministrazione prevede di subordinare gerarchicamente l'Avvocatura ad un Dirigente di unità operativa, dato che la peculiarità dell'attività forense, per cui l'avvocato è libero di esercitare la difesa del proprio patrocinato, mal si presta ad essere inquadrata in una struttura di tipo gerarchico che non assicura, oltre alla libertà dell'esercizio dell'attività di difesa - propria della figura professionale - anche l'autonomia del professionista nella trattazione degli affari giuridico-legali (cfr. T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 30 marzo 2009, n. 255; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. II, 14 gennaio 2008, n. 7).

Il legale pubblico deve esercitare responsabilmente le funzioni di propria competenza, in posizione di indipendenza, libertà ed autonomia, ed in sostanziale estraneità da tutti i settori previsti in organico dell'apparato amministrativo (cfr. Cassazione civile, 8 settembre 2004, n. 18090).

Alla luce dei predetti principi il comportamento dell'Ente appare in realtà uno sviatorio tentativo per superare le precedenti alterne contrapposizioni relative al ruolo ed alla posizione dell'Avvocatura generale nell'ambito dell'ordinamento dell'Istituto, che avevano visto la sospensione di una prima delibera consiliare (la n. 472, dell'11 ottobre 2005) a cagione di un rilievo da parte del Collegio sindacale e di divergenze con il Direttore generale pro-tempore proprio sul punto dell'autonomia organizzativa in concreto fruita dalla struttura; e che avevano portato il Consiglio di amministrazione ad affidare ad un'apposita Commissione il compito di studiare tutte le specifiche modifiche regolamentari, che potessero essere idonee a garantire alla struttura una posizione di autonomia rispetto all'apparato amministrativo di appartenenza (cfr. come è stato sottolineato dalla Corte dei Conti Sez. Controllo Enti nella "Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria dell'Istituto Nazionale Infortuni sul Lavoro- INAIL per gli esercizi 2006 e 2007"; pagg. 89 e ss.).

Al di là delle affermazioni di principio, cui si appella l'Istituto circa la pretesa autonomia della professione legale che appaiono del tutto avulse dalla realtà delle cose, si è in presenza di un espediente diretto a garantire di fatto un assoluto predominio del Direttore generale che, in base alle norme invocate dai ricorrenti, appare comunque illegittimo.

Nel caso di specie, al di là delle affermazioni dell'Istituto sulla pretesa posizione di staff della Consulenza Legale e del pieno rispetto degli ambiti di autonomia sul piano tecnico professionale tra Avvocatura ed organi dell'Ente, la realtà delle cose è che, con gli atti impugnati l'Avvocatura viene privata di una autonomia organizzativa e funzionale:

- con il suo inserimento, nell'ambito delle "Consulenze professionali", all'interno della struttura organizzativa della Direzione Generale e delle Direzioni Regionali;

- con l'assegnazione di un budget limitato solamente alle spese di funzionamento della sola Avvocatura generale;

- con il conferimento degli incarichi "ad interim" di coordinatore presso le strutture legali territoriali riservato non all'Avvocato Generale ma al Direttore Generale dell'Istituto su proposta del Direttore Centrale Risorse Umane, addirittura anche in difformità con la proposta dell'Avvocato Generale.

Né può avere in tale prospettiva rilievo l'assente esigenza di assicurare il coordinamento tra uffici legali e strutture centrali e periferiche e la collaborazione dell'Avvocatura con il Direttore Generale ed i Direttori Regionali.

Infatti se è necessario in ogni caso comunque coordinare il vincolo di subordinazione con la disciplina professionale, per cui non può pensarsi che la medesima autonomia che caratterizza l'esercizio della libera professione possa essere riconosciuta agli avvocati degli uffici legali istituiti presso gli enti pubblici di cui all'art. 3 comma 2, r.d. 27 novembre 1933, n. 1578; non di meno la soluzione individuata non è conforme a legge.

Al riguardo, infatti il Collegio non ignora le complesse e contrapposte esigenze in generale connesse con i rapporti tra le strutture amministrative e le Avvocature e l'esigenza delle strutture di vertice di assicurare una reale e fattiva collaborazione da parte di tutti gli appartenenti ai ruoli delle professioni forensi sia nell'ambito specifico del contenzioso e sia nelle funzioni di consulenza legale.

In tale prospettiva è il regolamento (di cui al punto amplius che precede) la sede propria per disciplinare, nell'ambito dell'assetto organizzativo dell'Ente, il difficile equilibrio tra le contrapposte esigenze della libertà e dell'autonomia professionale dei legali, e quella dell'Ente di assicurare la massima, effettiva, responsabile ed efficace collaborazione dei legali "…in raccordo con i diversi livelli delle strutture Organizzative in cui è articolato l'Ente" come ricorda nei suoi scritti l'Istituto.

Entrambi i motivi sono dunque fondati e devono essere accolti.

5) In conclusione, per le ragioni di cui in motivazione, il ricorso ed i relativi motivi aggiunti sono fondati e devono essere accolti e per l'effetto deve essere pronunciato l'annullamento degli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Le spese, in relazione alla relativa novità delle tematiche esaminate, possono essere compensate tra le parti.

(Omissis)

Integrazione salariale ordinaria - Condizioni di ammissibilità - Limiti

T.A.R. Veneto, Sez. I, 22.12.2009 n. 3668 - Pres. Rovis - Rel. Farina - C.F. S.r.l. (Avv.ti B. e G. Burla) - INPS (Avv. Sepe)

Non sussistono, ai sensi dell'art 1 della legge 20 maggio 1975, n. 164, le condizioni per l'ammissione alla cassa integrazione guadagni nel caso di normale periodico calo di ordini, mancando sia il requisito della temporaneità (in quanto il fenomeno si ripete costantemente), sia anche quello della estraneità alla gestione economica dell'impresa (trattandosi di fatto connaturato a quel tipo di produzione)[*].

FATTO - Espone la ricorrente di aver presentato nel mese di ottobre del 1994 istanza per la concessione a favore dei propri dipendenti del trattamento di cassa integrazione ordinaria per il periodo 10.10.1994/29.10.1994, istanza accolta favorevolmente dal Comitato Provinciale in data 9.3.1995.

A seguito dell'accoglimento del ricorso presentato dal rappresentante dell'INPS avverso il provvedimento di concessione della CIG, veniva disposta, con provvedimento del 20.8.1998, la revoca dell'autorizzazione concessa con la seguente motivazione: "P9 situaz. stabiliz. o supero orario", successivamente chiarita con la nota del 24.10.1998 nella quale veniva esplicitato che la revoca era stata disposta per mancanza del "requisito della temporaneità dell'evento che ha dato luogo alla contrazione dell'attività lavorativa".

Per l'effetto veniva contestualmente richiesta la restituzione degli importi di Cassa Integrazione erogati dall'INPS.

Con il ricorso in esame la società istante denuncia l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione di legge ed eccesso di potere, motivazione contraddittoria, insufficiente ed erronea e sussistenza dei requisiti di cui all'art. 1 della L. n. 164/1975.

In primo luogo parte istante osserva come la motivazione riportata nel provvedimento del 20.8.1998 sia stata formulata in termini del tutto incomprensibili, tanto da dover essere precisata nella successiva nota del 24.10.1998.

Nel merito, comunque, parte istante rileva come illegittimamente sia stata ritenuta l'insussistenza delle condizioni per l'ammissione alla cassa integrazione ordinaria, essendovi stata un'interruzione temporanea dell'attività lavorativa, di sole tre settimane, dopo le quali l'attività è ripresa regolarmente, a conferma della temporaneità dell'evento.

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio, rilevando la legittimità del provvedimento impugnato, tenuto conto dell'istruttoria espletata, dalla quale è emerso che l'interruzione dell'attività lavorativa era dipesa da un evento del tutto fisiologico (mancanza di ordini da parte della clientela), in considerazione della natura stagionale dell'attività svolta dalla richiedente.

---

* Conf.: C.d.S., Sez. VI, sentt. nn. 871 e 872 del 2001; nn. 1844, 1845, 1846, 1847, 1848, 1849, 4478, 4479, 4480 del 2002; n. 497 del 2005.

All'udienza del 5 novembre 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO - Con il ricorso in esame e per i motivi in esso dedotti, parte istante ha chiesto l'annullamento del provvedimento con il quale è stato accolto il ricorso presentato dal rappresentante dell'INPS avverso il provvedimento con il quale la competente Commissione provinciale aveva ammesso la società ricorrente alla CIG ordinaria.

Ritiene il Collegio che le doglianze dedotte in ricorso non siano fondate.

Invero, quanto al dedotto difetto di motivazione, pur dando atto del fatto che nella nota del 20.8.1998 la motivazione ivi riportata risultava di non chiarissima interpretazione, è tuttavia da rilevare che detto contenuto è stato successivamente reso palese dalla nota del 28.10.1998, nella quale sono state esplicitate le ragioni per le quali la ricorrente non poteva essere ammessa al beneficio della CIG.

Quanto alla sussistenza delle condizioni per l'ammissione alla cassa integrazione ordinaria, dall'esame dell'istruttoria compiuta è dato rilevare che correttamente non è stata accertata la sussistenza delle condizioni per la concessione dell'autorizzazione richiesta.

Invero, per espressa dichiarazione della società, la CIG era stata richiesta per mancanza di ordini da parte della clientela e la medesima aveva chiarito nel corso dell'istruttoria (cfr. nota del 23.2.1995) che l'attività svolta aveva carattere di fatto stagionale (confezionamento di capi spalla, cappotti, giacche), per la quale era necessario fare ricorso agli ammortizzatori sociali al fine di garantire il lavoro per tutto il periodo dell'anno.

Orbene, ritiene il Collegio che proprio la natura stagionale dell'attività svolta e la stessa dichiarazione resa al riguardo dalla ricorrente, confermino che nella specie l'interruzione dell'attività lavorativa non sia dipesa da un evento del tutto eccezionale, imprevedibile e non riconducibile alla natura dell'attività svolta, trattandosi, al contrario, di un'evenienza connaturata alla fisiologia dell'impresa gestita dalla ricorrente, che – in determinati periodi dell'anno – ha un inevitabile calo delle commesse.

In presenza di un ciclico calo di ordini in periodi di tempo a cadenza annuale (al riguardo, si richiama ancora una volta quanto dalla stessa istante dichiarato), vengono a mancare le condizioni ed i presupposti necessari per l'ammissione alla cassa integrazione ordinaria, difettando sia il requisito della temporaneità ed eccezionalità (in quanto il fenomeno tende a ripetersi costantemente) sia quello della estraneità alla gestione economica dell'impresa (trattandosi di un fatto connaturato a quel tipo di produzione) (cfr. C.d.S., Sez. VI, 16.2.2005, n. 497 e 19.2.2001, n. 871).

Il ricorso agli ammortizzatori sociali per superare detti momenti di stasi lavorativa (come dichiarato dalla stessa istante) non può quindi essere utilizzato per compensare il calo fisiologico dell'attività.

Per dette ragioni il ricorso va respinto.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate.

(Omissis)

ISSN 1593-5914