

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

In questo numero:

- | | |
|---|------------|
| - Corte Cost., 26 febbraio 2010, sentenza n. 71 | 155 |
| Contributi figurativi - Maternità - Accredito di periodi di astensione obbligatoria dal lavoro - Limitazione del beneficio, con norma autoqualificata di interpretazione autentica, solo agli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria in servizio alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 151 del 2001 - Asserita irragionevolezza nonché violazione dei principi di tutela della maternità e dell'infanzia e del principio della tutela delle lavoratrici madri - Esclusione - Non fondatezza della questione. | |
| - Corte Cass., SS. UU., 12 febbraio 2010, sentenza n. 3240 | 134 |
| Contributi - Soggetti obbligati - Socio amministratore, anche unico, di società a responsabilità limitata - Svolgimento di attività non riconducibile esclusivamente alla carica sociale - Tutela assicurativa - Doppia iscrizione (alla gestione separata e alla gestione degli esercenti attività commerciali) - Relativa controversia - Accertamento giudiziale - Contenuto. | |
| - Corte Cass., 18 marzo 2010, sentenza n. 6569 | 164 |
| Contributi - Omesso versamento - Contributi prescritti - Principio di automatismo - Non opera - Costituzione di rendita vitalizia ex art. 13 della legge n. 1338/1962 - Unico rimedio possibile. | |
| - Corte App. Roma, Sez. VI, 17 novembre 2009, sentenza n. 820 | 187 |
| Contributi - Aliquote contributi CUAUF - Settore elettrico - Personale che ha mantenuto l'iscrizione all'Inpdap - Riduzione ex L.n. 338/2000 - Non spetta. | |

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Redattori:

ALESSANDRO RICCIO
ANTONINO SGROI

Comitato di redazione:

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

Segreteria di redazione:

ALFREDO D'AMATO
ANTONIO PAGLIONE
FRANCESCA TILGHER

Redazione, Amministrazione e Segreteria:

Via della Frezza, 17 - 00186 ROMA
Tel. 065905-6348-6484-6741
Fax 065905-6315
E-mail: RivistaAvvocatura@inps.it



1

GENNAIO-FEBBRAIO-MARZO 2010

PRIMAPRINT - Viterbo - Via dell'Industria, 71

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: luglio 2011

SOMMARIO N. 1/2010

INDICI		pag.	V
DOTTRINA			
PESSI R.	«Stato sociale e famiglia».	»	1
RIVARA A.	«Il collegato lavoro alla finanziaria e le modifiche in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte degli organi ispettivi».	»	16
SCHOUKENS P. MONSEREZ L.	«Introduzione al coordinamento della sicurezza sociale nell'Unione Europea».	»	31
SGROI A.	«La tutela dei diritti previdenziali nei ricorsi amministrativi».	»	96
<hr/>			
NOTE A SENTENZA			
ANTONELLI C.	«La distribuzione dell'onere probatorio in materia di rapporto di lavoro subordinato e delle conseguenti rivendicazione retributive».	»	116
D'ALOISIO C.	«La tutela previdenziale dei soci di società di persone ed s.r.l. dopo la sentenza della Corte di Cassazione 3240/2010 e l'interpretazione legislativa dell'art. 1, comma 208, l. 662/1996».	»	134
<hr/>			
GIURISPRUDENZA			
CORTE COSTITUZIONALE		»	155
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili		»	164
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili		»	175
TRIBUNALI - Sezioni Civili		»	195
CONSIGLIO DI STATO		»	220
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA		»	222

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

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

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

INDICE DELLE SENTENZE N. 1/2010

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
CORTE COSTITUZIONALE			
(Sentenza)	71/10	26.02.2010	155
(Ordinanza)	60/10	24.02.2010	160
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Unite Civili)	3240/10	12.02.2010	134
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Civili)	6569/10	18.03.2010	164
	5544/10	08.03.2010	166
	4896/10	01.03.2010	169
	2278/10	01.02.2010	171
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Brescia	41/10	28.01.2010	175
Milano	967/09	08.10.2009	178
Milano	654/09	24.07.2009	180
Roma	830/09	04.11.2009	182
Roma	820/09	17.11.2009	187
Venezia	10/09	05.06.2009	191
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Genova	62/10	17.03.2010	195
Genova	48/10	13.01.2010	196
Marsala	409/08	12.05.2008	116
Pavia	33/10	31.03.2010	198
Roma	6644/08	20.05.2009	201
Torre Annunziata	ordinanza	01.03.2010	213
CONSIGLIO DI STATO			
	514/10	04.02.2010	220
CORTE DI GIUSTIZIA U.E.			
(Grande Sezione)	C-555/07	19.01.2010	222
(Seconda Sezione)	C-14/09	04.02.2010	234

INDICE ANALITICO N. 1/2010**CONTRIBUTI**

Contributi - Agenzia di somministrazione lavoro - Lavoratori somministrati - Aliquote contributive - Settore terziario - Applicazione. (pag. 201)

Contributi - Aliquote contributi CUAFF - Settore elettrico - Personale che ha mantenuto l'iscrizione all'Inpdap - Riduzione ex L. n. 338/2000 - Non spetta. (pag. 187)

Contributi - Aliquote contributi di maternità - Settore trasporti - Personale che ha mantenuto l'iscrizione all'Inpdap - Riduzione ex art. 78, comma 1, D.Lgs. n. 151/2000 - Non spetta. (pag. 182)

Contributi - Cartella di pagamento - Accettazione dell'eredità con beneficio di inventario - Iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali nei confronti dell'erede - Legittimità. (pag. 195)

Contributi - Cartella di pagamento - Notifica a società di persone cessata - Omessa impugnativa - Rinotifica ai soci - Obiezioni di merito - Preclusione. (pag. 175)

Contributi - Cartella di pagamento - Opposizione - Vizi formali della cartella - Ricorso ex art. 617 c.p.c. - Termini. (pag. 201)

Contributi - Cartella di pagamento - Opposizione per vizi formali - Ricorso ex artt. 618 bis e 617 c.p.c. (pag. 198)

Contributi - Cartella di pagamento - Società cooperativa - Soci - Non raggiunta prova della natura subordinata delle prestazioni di lavoro - Domanda subordinata di debenza contribuzione ex L. 335/1995 per lavoro coordinato - Accoglimento. (pag. 180)

Contributi - Omesso versamento - Contributi prescritti - Principio di automatismo - Non opera - Costituzione di rendita vitalizia ex art. 13 della legge n. 1338/1962 - Unico rimedio possibile. (pag. 164)

Contributi - Prescrizione quinquennale - Denuncia del lavoratore intervenuta oltre il quinquennio - Non incide. (pag. 198)

Contributi - Soggetti obbligati - Socio amministratore, anche unico, di società a responsabilità limitata - Svolgimento di attività non riconducibile esclusivamente alla carica sociale - Tutela assicurativa - Doppia iscrizione (alla gestione separata e alla gestione degli esercenti attività commerciali) - Relativa controversia - Accertamento giudiziale - Contenuto. (pag. 134)

Contributi figurativi - Maternità - Accredito di periodi di astensione obbligatoria dal lavoro - Limitazione del beneficio, con norma autoqualificata di interpretazione autentica, solo agli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria in servizio alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 151 del 2001 - Asserita irragionevolezza nonché violazione dei principi di tutela della maternità e dell'infanzia e del principio della tutela delle lavoratrici madri - Esclusione - Non fondatezza della questione. (pag. 155)

DISOCCUPAZIONE

Disoccupazione - Indennità ordinaria - Incompatibilità con l'assegno di invalidità - Sussiste - Esclusione. (pag. 166)

INTEGRAZIONE SALARIALE

Integrazione salariale - Trattamento straordinario - Quota t.f.r. maturata e non liquidata - Prescrizione ordinaria. (pag. 171)

LAVORO (Rapporto di)

Lavoro (rapporto di) - Accordo di associazione CEE-Turchia - Decisione n. 1/80 del Consiglio di associazione - Art. 6, n. 1 - Nozione di "lavoratore"- Esercizio di un'attività lavorativa subordinata minore - Condizione relativa alla perdita dei diritti acquisiti. (pag. 234)

Lavoro (rapporto di) - Autonomia o subordinazione - Criteri. (pag. 116)

Lavoro (rapporto di) - Differenze retributive - Prova - Distribuzione onere. (pag. 116)

Lavoro (rapporto di) - Lavoratori somministrati - Rapporto di lavoro subordinato con società somministratrice - Sussiste. (pag. 201)

Lavoro (rapporto di) - Principio di non discriminazione in base all'età - Direttiva 2000/78/CE - Legislazione nazionale in materia di licenziamento che, ai fini del calcolo dei termini di preavviso, non tiene conto del periodo di lavoro svolto prima che il

dipendente abbia raggiunto l'età di 25 anni - Giustificazione della norma - Normativa nazionale contraria alla direttiva - Ruolo del giudice nazionale. (pag. 222)

PENSIONI

Pensioni - Domanda giudiziale di accertamento invalidità e condanna all'attribuzione del bonus contributivo ex art. 80 comma 3 L. 388/2000 - Difetto previa istanza amministrativa all'INPS - Inammissibilità domanda di condanna. (pag. 178)

Pensioni - Indebito - Omessa applicazione della disciplina relativa alla parziale incumulabilità tra pensione e redditi da lavoro autonomo - Sanatoria - Esclusione. (pag. 196)

PRESTAZIONI

Prestazioni - Decadenza - Decorrenza - Dies a quo - Sospensione della decisione sulla domanda di prestazione - Non incide. (pag. 169)

PROCESSO CIVILE

Processo civile - Rito del Lavoro - Appello - Termine di dieci giorni, imposto all'appellante, per la notifica all'appellato del ricorso e del decreto del presidente di nomina del relatore e di fissazione dell'udienza di discussione - Ritenuta improcedibilità dell'appello in caso di inosservanza di detto termine - Asserta lesione del diritto di difesa e del diritto al giusto processo - Erroneità del presupposto interpretativo - Manifesta infondatezza della questione. (pag. 160)

Processo civile - Totalizzazione - Prova dei versamenti effettuati - Grava sul ricorrente - Allegazione in secondo grado - È inammissibile. (pag. 191)

PUBBLICO IMPIEGO

Pubblico Impiego - Dipendente INPS - Procedura selettiva - Giurisdizione A.G.O. - Sussiste - Conferimento della posizione a funzionario C3 in presenza di candidati inquadrati in posizione C4 - Legittimità - Condizioni. (pag. 213)

Pubblico Impiego - Dipendente INPS - Procedura selettiva - Giurisdizione A.G.O. - Sussiste - Conferimento della posizione a funzionario C3 in presenza di candidati inquadrati in posizione C4 - Colloquio con il Nucleo di valutazione - Contrasto del bando con il CCNI 2006 - Esclusione. (pag. 213)

Pubblico Impiego - Infermità per causa di servizio ed equo indennizzo - Infortunio - Rischio improprio - Attività prodromica e strumentale al lavoro o alle modalità della prestazione - pavimentazione insidiosa - assenza di particolari situazioni di pericolo - livello minimo di attenzione. (pag. 220)

ROBERTO PESSI

Professore Ordinario di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso la Facoltà di Giurisprudenza della LUISS “Guido Carli”.

STATO SOCIALE E FAMIGLIA*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La parità uomo-donna nella disciplina comunitaria. – 3. La legislazione nazionale. – 4. La genitorialità. – 5. Le unioni stabili non formalizzate con il matrimonio. – 6. La direttiva sull’orientamento sessuale. – 7. Quadro politico e opzioni nazionali. – 8. I recenti interventi della giustizia comunitaria. – 9. Le sentenze della Corte costituzionale. – 10. Conclusioni.

1. - Premessa

1. È stato chiaro immediatamente a livello legislativo che una parità sostanziale tra uomo e donna non poteva realizzarsi dal punto di vista lavorativo e professionale senza ripercussioni sulla vita personale e soprattutto familiare dei soggetti interessati. Una legislazione dedicata alla famiglia e utile a farne da sostegno ha, pertanto, consentito di assecondare la naturale diversità tra uomo e donna nella loro idoneità alla procreazione e al diverso impegno che da tale ruolo deriva in ambito familiare. In questo caso, più che di discriminazione di genere, si è trattato di istituire una tutela a favore di chi si trova in una situazione di svantaggio che, conformemente all’art. 37 della Costituzione, si pone a tutela della donna nella sua identità.

In questo contesto la famiglia rappresenta il riferimento utilizzato dai legislatori, sia in ambito nazionale, sia in quello comunitario, per valutare, bilanciare e, ove possibile, proteggere i tempi di vita del soggetto, lasciando inalterato il suo investimento lavorativo e la sua speranza di progredire in carriera. Ecco perché la discriminazione di genere è stata, ed è tutt’ora, quella che più di tutte le altre ha attirato l’attenzione dei legislatori, pronti a compensare le diversità tra uomo e donna (ovvero a vietare ed a reprimere le discriminazioni in base al sesso), attraverso interventi correttivi finalizzati al recupero della pienezza dei ruoli per la soddisfazione delle esigenze familiari.

* Relazione svolta al Congresso “Persona, sessualità, procreazione”, Roma, CNR, 21-22 ottobre 2010, in corso di pubblicazione negli atti del Convegno.

Più di recente, ed in particolare dalla sua introduzione con il Trattato di Amsterdam, l'attenzione delle Supreme Corti giurisdizionali nazionali e comunitarie si è soffermata anche su una nuova teorica ipotesi discriminatoria, quella relativa all'orientamento sessuale; un'ipotesi che potrebbe concretizzarsi nella sfera lavorativa (accesso, progressione di carriera, ecc.) ovvero, laddove riferita ad unioni stabili tra soggetti dello stesso sesso, potrebbe investire la stessa nozione di famiglia, al punto di mettere in discussione il fondamento concettuale della sua istituzione.

Logicamente quest'ultima problematica assume a presupposto gli interventi regolativi nazionali e comunitari, ormai consolidati, posti in essere per garantire la parità sostanziale tra uomo e donna nel lavoro e nella famiglia, per il pieno sviluppo della persona e della sua genitorialità.

2. - La parità uomo-donna nella disciplina comunitaria

La produzione normativa europea sulla parità di genere è vasta e spesso interessata da riscritture e ripetitività¹. Le cause sono probabilmente da ricercarsi in una ridotta effettività degli interventi regolativi posti in essere quanto alla concretizzazione della parità, specie nell'accesso al lavoro e nella stabilità dello stesso, nonché ancora nelle progressioni di carriera².

Stando a quanto risulta dalla Relazione sulla parità tra uomini e donne nell'Unione europea per il 2009, presentata il 1° febbraio 2010, lo svantaggio delle donne rispetto agli uomini è confermato anche in termini di povertà, che coinvolge in maniera prevalente le madri isolate e le donne con più di 65 anni, considerando che queste ultime «percepiscono spesso pensioni al minimo di sussistenza per svariate ragioni come la cessazione o l'interruzione dell'attività professionale per dedicarsi alla famiglia o per il fatto di aver lavorato nell'impresa familiare soprattutto in settori come quelli del commercio o dell'agricoltura, senza retribuzione e senza affiliazione alla previdenza sociale» (Considerando E).

(1) Sul tema risale al 1975 la direttiva n. 117 per l'applicazione del principio di parità retributiva tra uomini e donne, al 1976 la n. 207 sulla parità tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, ivi comprese la promozione e l'accesso alla formazione professionale, nonché le condizioni di lavoro e della sicurezza sociale (sostituita dalla direttiva 54/2006), alle quali sono poi seguite nel 1986 la n. 378 sulla parità di trattamento nei regimi professionali di sicurezza sociale e nel 2000 la n. 54 sul principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego. Contemporaneamente, a livello di nuove fonti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 ribadisce il principio di parità tra sessi, non solo nella vita professionale, ma con riferimento anche a quella privata e familiare.

(2) V. SANTUCCI – NATULLO – ESPOSITO – SARACINI, *Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, 2010.

La famiglia e la «libertà di procreazione», del resto, restano un fattore discriminante per la piena realizzazione della parità tra i sessi in ambito lavorativo sia per l'accesso, sia per la diversa gestione del rapporto, sia per la progressione di carriera (v. sentenza Corte Giust. Kalanke C- 450/93) atteso il minore investimento sul lavoro e nel lavoro che la donna, suo malgrado, è nelle condizioni di poter fare. Qualunque intervento teso a ristabilire le pari opportunità e la parità di trattamento non può prescindere, d'altro canto, da un'attenta considerazione delle esigenze di crescita e cura della prole.

Di ciò dà atto incisivamente la relazione sopra chiamata che, nel suo approccio e nelle sue conclusioni, risulta significativamente condizionata dalla presidenza spagnola della Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere, che a sua volta ha trasfuso nel testo l'esperienza già attuata autonomamente a livello interno con la *Ley organica n. 3/2007* sulla parità tra uomo e donna.

Alla linea di intervento prospettata dalla Commissione si è ispirata anche la Risoluzione del Parlamento europeo³ del 10 febbraio 2010 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea. La Risoluzione – che affronta tematiche varie che vanno dalla promozione del lavoro femminile, alla repressione delle molestie sessuali, alla tutela dell'apparato sessuale e riproduttivo – qualifica come “indispensabile” la condizione di condivisione delle responsabilità familiari e domestiche tra uomini e donne (Considerando L); particolare attenzione viene dedicata alle donne che lavorano nel sommerso (ignote anche alle statistiche), anche in ragione della difficoltà (ed il più delle volte della impossibilità) di fruizione dei congedi di maternità e di malattia, di acquisizione dei diritti di pensione e di accesso più in generale alla sicurezza sociale. Il punto 3 della Risoluzione si sofferma poi sulla responsabilità degli Stati nella situazione attuale di crisi economica e si riferisce alla necessità di assicurare il funzionamento dei servizi di custodia dei bambini e di cura degli anziani attesa la loro criticità per il funzionamento della famiglia; ancora la Risoluzione sottolinea come la liberazione dal bisogno si faccia esigenza pressante nei casi di divorzio.

(3) Il Parlamento europeo ha svolto un ruolo molto rilevante nell'ambito della politica di pari opportunità, soprattutto dopo l'istituzione, nel luglio 1984, della Commissione per i diritti della donna. Le sue proposte hanno dato un contributo notevole alla posizione dell'UE nel corso della Conferenza mondiale sulle donne di Pechino (settembre 1995). Occorre ricordare: la Risoluzione del 13 febbraio 1996, memorandum sulla parità di retribuzione per lavoro di uguale valore, in cui si riconosce che le differenze retributive tra uomini e donne per un lavoro di uguale valore sono soltanto uno dei fattori di discriminazione sul mercato del lavoro; la Risoluzione del 17 maggio 1995 che ha proposto un'evoluzione dei diritti legati alla cittadinanza europea introducendo, nel capitolo corrispondente del Trattato CE, il principio della parità di trattamento indipendentemente dalla razza, dal sesso, dall'età, da una menomazione e dalla professione religiosa; il Programma DAPHNE sulle misure per combattere la violenza nei confronti dei bambini, dei giovani e delle donne, nell'ambito del Programma d'Azione 1996-2000 sulla parità di opportunità tra uomini e donne.

Nel 2010 il tema della parità di genere ha visto, oltre alla presentazione da parte della Commissione della c.d. Carta delle donne del 5 marzo 2010, l'emanazione di due direttive: la n. 18/2010 sul *congedo parentale* e la n. 41/2010 *sulla parità di uomini e donne che esercitano un'attività autonoma*; entrambe (sostitutive di precedenti) recano innovazioni normative da attuare entro il 2012. Sempre nel 2010 in ambito nazionale è stata recepita la direttiva n. 54/2006 (sull'attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego) mediante il D.lgs. n. 5/2010, che reca modifiche al D.lgs. n. 198/2006 (c.d. Codice delle pari opportunità), anche in risposta alle sollecitazioni intervenute in ambito comunitario⁴.

La direttiva n. 18/2010 (del 3 marzo 2010) si sofferma sul congedo di maternità e paternità con l'obiettivo di apprestare politiche familiari più incisive rispetto al passato, in particolare in ordine alla condivisione delle responsabilità familiari. Al riguardo la direttiva, che recepisce l'Accordo quadro sul congedo parentale stipulato dalle parti sociali in data 18 giugno 2009, nel ribadire il diritto ai congedi per la nascita e l'adozione dei figli ad entrambi i genitori (e nell'estendere l'area di protezione anche ai rapporti non a tempo pieno ed indeterminato), affronta il tema della "non trasferibilità" (correlato alla specificità dei ruoli dei coniugi) riconoscendo la stessa per almeno uno dei quattro mesi (in conformità all'auspicio contenuto nel Considerando n. 26 della direttiva n. 54/2006).

La direttiva n. 41/2010 (del 7 luglio 2010) interviene, invece, sul lavoro autonomo e sull'imprenditorialità, in particolare promuovendo la libertà e la parità di accesso per le donne, il riconoscimento della tutela per la maternità e l'introduzione di tutele previdenziali per gli altri eventi generatori di bisogno (peraltro consentendo l'opzione tra obbligatorietà e volontarietà, nonché la correlazione delle prestazioni al reddito ovvero alla contribuzione).

Non mancano "annunci" di ulteriori interventi. La presidenza spagnola della Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere, infatti, si è detta pronta a sostenere il progetto di elaborazione di un piano strategico per la realizzazione della parità tra uomo e donna per il periodo 2010 – 2015 coerentemente agli intendimenti esplicitati dal Trio di presidenze che si succederanno in ambito europeo dal gennaio 2010 al giugno 2011 e precisamente Spagna, Belgio e Ungheria.

Ancor più significativamente la Risoluzione del Parlamento europeo, approvata il 20 ottobre 2010, promuove (andando oltre la Raccomandazione della Commissione) una modifica delle legislazioni nazionali che ampli la durata del congedo per maternità sino a 5 mesi e garantisca un congedo di paternità di almeno due settimane, con corresponsione, in entrambi i casi, della retribuzione piena.

(4) Il nostro Codice delle pari opportunità è ora in linea con i programmi comunitari; il diritto alla parità è affermato in tutti i settori: dalla politica alla educazione, dalla carriera alla famiglia, dalla formazione professionale all'accesso al lavoro, dalla tutela per molestie ai rimedi giudiziari per la protezione dalle discriminazioni.

3. - La legislazione nazionale

Il sistema giuridico previdenziale italiano è stato attento alle problematiche del lavoro femminile; pertanto, in via di principio, la diversità di genere non ha alcuna rilevanza ai fini dell'individuazione dei soggetti protetti. Il rilievo specifico del genere interviene, infatti, nelle ipotesi in cui la tutela si indirizzi ad eventi che possono interessare specificamente solo ovvero prevalentemente le donne, come nel caso della maternità o dei congedi per motivi di famiglia, laddove l'attribuzione delle situazioni soggettive ad entrambi i coniugi risulta solo funzionale all'identificazione e protezione (promozione) di doveri di supplenza.

Del resto, anche in materia di rapporto di lavoro, in linea con il disposto dell'art. 37, comma 1, della Costituzione, la legislazione italiana in materia di congedi, contenuta nel D.lgs. n. 151/2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15, l. 8 marzo 2000, n. 53), è ispirata alla tutela della «genitorialità» intesa in senso lato – e quindi non solo dal punto di vista biologico – ed alla protezione del rapporto genitori-figli e non solo di quello madre-figlio. Ciò nel tentativo di ristabilire un equilibrio – seppure *potenziale* – tra i doveri imputabili ai genitori nelle variegate fattispecie in cui si può concretizzare la genitorialità stessa.

Il legislatore, d'altro canto, ha tenuto conto, nell'interesse del bambino, della centralità della procreazione (e del suo proiettarsi come tale anche nell'adozione); da qui l'obbligatorietà per la madre dell'astensione nei mesi che precedono e seguono il parto; e la residualità delle ipotesi del congedo di paternità previsto nel caso di morte o grave infermità della madre ovvero di affidamento esclusivo del minore.

Sulla disciplina di cui al D.lgs. n. 151/2001 non incide significativamente la direttiva n. 18/2010. Infatti la disciplina nazionale aveva già dotato la genitorialità di uno statuto protettivo rafforzato rispetto a quello comunitario. Basti ricordare il congedo parentale di cui all'art. 2, D.lgs. n. 151/2001, definito come astensione facoltativa della lavoratrice o del lavoratore e disciplinato dall'art. 32, che riconosce il diritto di ciascun genitore di astenersi dal lavoro fino al compimento dell'età di otto anni del bambino. Si tratta di un congedo autonomo che spetta ad entrambi i genitori. L'autonomia della disposizione implica che sia la madre sia il padre possano comunque usufruire del relativo diritto entro una quota massima assegnata (fatta eccezione per il caso di assenza di uno dei genitori), indipendentemente dall'utilizzo o dall'assenza del diritto (per le madri non lavoratrici o lavoratrici autonome) da parte dell'altro genitore.

4. - La genitorialità

Lo statuto protettivo della genitorialità è stato ulteriormente ampliato dal giudice delle leggi e dalla giurisprudenza amministrativa ed ordinaria. La Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto del padre ai riposi giornalieri (ex riposi per allattamento), prima in ipotesi particolari (decesso o infermità grave della madre, sent. n. 1/87), poi

a tratto generale (in ragione della interscambiabilità dei ruoli connessa al diffondersi dell'allattamento artificiale, sent. n. 179/93).

A sua volta il Consiglio di Stato, con l'importante pronuncia della VI Sezione (9 settembre 2008, n. 4293), a cui ha fatto seguito la circolare dell'INPS n. 112/2009, ha stabilito (con riferimento ai riposi giornalieri, di cui all'art. 40 del D.lgs. n. 151/2001) che il padre ha diritto alla fruizione dei riposi giornalieri, anche quando la madre non lavoratrice dipendente si trovi nell'impossibilità di dedicarsi alla cura del neonato, perché impegnata in altre attività (ad esempio accertamenti sanitari, partecipazione a pubblici concorsi, cure mediche ed altre ipotesi assimilabili).

La posizione assunta è perfettamente in linea con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia europea nella sentenza *Roca Alvarez* del 30 settembre 2010 (C- 104/09). La Corte, interessata dalla questione pregiudiziale riferita all'interpretazione del principio di parità di trattamento sancito dalla direttiva 76/207, si esprime sancendo la incompatibilità con tale principio della norma spagnola che riconosce il diritto al permesso giornaliero per allattamento anche al padre del neonato solo nella ipotesi in cui la madre sia una lavoratrice dipendente.

Qui l'affermata discriminazione di genere viene eliminata, superando il presupposto fisico (nel caso di specie l'allattamento naturale), ed assumendo a causa della concessione del riposo la valorizzazione del rapporto parentale (concretizzabile anche nell'allattamento artificiale), nonché del suo concretizzarsi nell'assistenza per la crescita del minore (punto 28 sentenza).

Questi "episodi giudiziari" segnalano una rinnovata attenzione alla famiglia come comunità funzionale alla crescita ed allo sviluppo della personalità dei minori procreati o adottati; un'attenzione che coglie la centralità del nucleo familiare e l'importanza di una realizzazione piena della genitorialità.

5. - Le unioni stabili non formalizzate con il matrimonio

La tematica sin qui affrontata ha posto, nel recente passato, il problema dell'estensione o meno dello statuto protettivo della famiglia a quelle unioni stabili non convenzionali, le quali, pur avendo tutte le connotazioni del nucleo familiare "classico", non erano (e non sono) originate da un matrimonio.

Il problema ha molto affaticato la giurisprudenza nazionale e comunitaria, laddove per un verso non esiste un disfavore sociale all'equiparazione degli statuti protettivi, per l'altro risulta difficile (se non impossibile) riconoscere diritti sulla base di circostanze di fatto quali la convivenza (anche in ragione della connessione di alcune prestazioni, specie previdenziali, alla stabilità della stessa, ed ancor più alla sua durata).

In questa prospettiva, molti Paesi dell'Unione europea hanno introdotto metodi

certificativi idonei a garantire prove certe della stabilità e della durata della convivenza, la quale a sua volta in ragione della annotazione su appositi registri è sostanzialmente comparabile al negozio matrimoniale.

Il processo regolativo in atto viene, peraltro, investito da una nuova complessità originata da un fenomeno nuovo (quantomeno in termini di esplicitazione pubblica), ma crescente: quello di unioni stabili composte da due persone dello stesso sesso.

6. - La direttiva sull'orientamento sessuale

La problematica da ultima segnalata apre ad una diversa prospettazione del rapporto tra Stato sociale e famiglia, cui fa riferimento la direttiva n. 2000/78, attuata in Italia mediante il D.lgs. n. 216/2003.

La direttiva affronta il tema delle «preferenze o inclinazioni di ordine sessuale di una persona» e, per tale ragione, essa oltre a coinvolgere la sessualità – mediante condotte, pratiche, espressioni o manifestazioni – incide sulla stessa identità del nucleo familiare nella sua accezione tradizionale, sia in ordine all'estensibilità delle previsioni relative al negozio matrimoniale, sia in merito allo statuto protettivo approntato dallo Stato sociale, tutto costruito sulla diversità di genere, sia (ed ancor di più) in relazione alle tematiche della genitorialità (laddove per queste coppie si avanzino ipotesi di adozione).

Il tema diviene allora quello di stabilire se, laddove si determini un'unione di fatto tra persone dello stesso sesso, si possa ritenere sussistente una discriminazione, quando l'ordinamento non riconosca a questa unione lo *status* di famiglia e/o neghi i diritti riconosciuti ai coniugi (ovvero, ove consentito dalla disciplina nazionale, ai genitori conviventi) nell'ambito del rapporto di lavoro (subordinato o autonomo) e/o di quelli previdenziali.

In proposito la Corte di giustizia, investita della problematica, ha iniziato ad elaborare un primo decalogo regolativo per gli ordinamenti nazionali. Peraltro, lo stesso, in ragione della casistica affrontata, è pressoché esclusivamente riferito alle discriminazioni nell'ambito del rapporto di lavoro (progressioni di carriera, vantaggi salariali, licenziamenti, ecc.), nonché sostanzialmente risolto, in carenza della direttiva n. 2000/78, applicando la disciplina sulle discriminazioni di genere, con un richiamo, quindi, a situazioni soggettive non omogenee ed oggettivamente a difficile comparabilità (C. Giustizia 30/04/1996, C-13/94; 17/02/1998, C-249/96; 07/01/2004, C-117/2001; 27/04/2006, C-423/2004).

Del resto, in coerenza alla difficoltà di evidenziare il presupposto oggettivo (in ragione della connotazione spesso “vocativa” dell'orientamento sessuale e della potenziale instabilità dell'opzione), la direttiva 2000/78 concentra ragionevolmente lo statuto protettivo sul rapporto di lavoro (laddove la discriminazione è riferibile al tempo in cui l'orientamento è presente ed in quella fase consolidato), e non affronta le tematiche

dello Stato sociale, necessariamente correlate alla protezione delle famiglie bisognose, e quindi ancorate al dato della continuità del nucleo nella sua proiezione temporale.

D'altro canto, la direttiva n. 2000/78 interviene in una fase in cui gli ordinamenti nazionali avevano ancora posizioni di prudenza sulla materia dello stato civile, presupposto necessario per qualsiasi allargamento dell'area dei nuclei protetti dai sistemi di *welfare*. Così la stessa esclude dal suo ambito tutti «i pagamenti di qualsiasi genere, effettuati da regimi statali o da regimi assimilabili, inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale».

7. - Quadro politico ed opzioni nazionali

La “prudenza” comunitaria viene ad attenuarsi con il modificarsi delle opzioni nazionali, che in ragione del prevalere di una lettura “laica” dei diritti civili portano molti “storici” Stati dell'Unione europea, anche a matrice culturale cattolica, al riconoscimento, seppur con diverse intensità quanto ai diritti civili ed a quelli sociali, di una sostanziale equiparazione tra famiglie, unioni stabili di coppie di diverso genere, nonché, anche, unioni stabili di coppie dello stesso sesso.

In questa direzione, al di là del caso danese (che dopo aver consentito la registrazione delle coppie di persone dello stesso sesso ha riconosciuto il diritto all'adozione congiunta dal 2009), l'Europa registra molti interventi regolativi, seppur a diversa intensità e con ambiti di riferimento differenziati.

Al riguardo, di grande interesse è l'assetto regolativo individuato in Francia⁵, ispirato all'esigenza di formalizzare le unioni civili non matrimoniali e sostanzialmente indifferente alla composizione della coppia.

(5) In Francia con la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 (*Du pacte civil de solidarité et du concubinage*) è stata introdotta una nuova forma di unione – il *Patto civile di solidarietà* abbreviato in *PACS* – distinta dall'istituto matrimoniale e definito come un contratto tra due persone maggiorenni dello stesso sesso o di sesso diverso, al fine di organizzare la loro vita in comune. Il PACS offre ampia tutela alla convivenza (introduce diritti di rilevanza pubblicistica, regola il rapporto di locazione, contempla misure fiscali e altro). In particolare, il PACS è un contratto, concluso con una dichiarazione congiunta scritta alla cancelleria del *Tribunal d'instance* nella giurisdizione di residenza. Il testo della convenzione è iscritto in un registro tenuto presso la cancelleria. I PACS sono rivolti alle persone che non vogliono contrarre matrimonio e preferiscono utilizzare uno strumento giuridico diverso dal matrimonio civile o religioso, senza però essere prive delle tutele e delle prerogative di cui gode una coppia “regolarmente” unita (assistere il proprio partner in ospedale, partecipare alle decisioni che riguardano la sua salute e la sua vita, lasciare in eredità il proprio patrimonio alla persona con cui si è condivisa l'esistenza, ottenere l'avvicinamento se un partner è extracomunitario e così via). La legge sui PACS, che non garantisce l'adozione, contiene una serie di disposizioni riguardanti i diritti a finalità sociale volti a modificare il codice di sicurezza sociale con la equiparazione del partner legato da *pacte* al coniuge. Tra questi diritti è riconosciuta una integrazione del reddito in caso di morte del partner, mentre il diritto di sostegno familiare si conclude con la conclusione volontaria del *pacte*. I benefici del *welfare* e la riduzione delle tasse si acquisiscono dopo tre anni dalla stipulazione del PACS. Anche il codice di pubblico impiego è stato modificato per i PACS; in particolare è stato previsto che i partner hanno diritto ad ottenere le ferie nello stesso periodo e ad ottenere un posto di lavoro nelle vicinanze l'uno dell'altro.

Al modello francese si ispirano, seppur con connotazioni originali, anche il Belgio⁶ ed il Lussemburgo⁷. Assai più articolate sono le discipline dell'Olanda⁸ e della Spagna⁹, che, seppur in tempi ed in modi diversi, hanno aperto l'istituto del matrimonio a coppie dello stesso sesso.

Complessa è stata poi l'evoluzione dell'ordinamento portoghese; peraltro la disciplina assai originale ha intercettato una pluralità di fenomeni, cercando di contemperare le variegate indicazioni provenienti dalla società civile¹⁰.

(6) In Belgio è riconosciuto il diritto di *Cohabitation légale* dal 13 febbraio 2003 (seppure già dal 2000 era regolamentata la convivenza) senza distinzione di sesso e regolamentata per analogia da alcuni articoli del matrimonio riferiti al diritto di abitazione e alle spese per il sostegno familiare, limitando invece il diritto alla cittadinanza e l'accesso al territorio belga del convivente. Nel 2006 è stata approvata definitivamente la legge che consente alle coppie di persone dello stesso genere sposate o conviventi l'adozione di bambini.

(7) In Lussemburgo è in vigore dal 9 luglio 2004 il *Partenariat légal* che si applica alle coppie indipendentemente dal sesso come indicato dall'art. 2 della legge, e garantisce diritti simili a quelli delle coppie sposate in relazione al welfare e al fisco. In particolare la legge ha modificato il codice delle assicurazioni sociali estendendo al partner diritti in tema di reversibilità e di prestazioni assistenziali in caso di malattia, infortuni sul lavoro, vecchiaia, indigenza o invalidità.

(8) In Olanda il matrimonio è aperto alle coppie dello stesso sesso dal 2001. Per quanto riguarda le unioni civili, già dal 1 gennaio 1998 la legge 5 luglio 1997 permetteva alle coppie dello stesso sesso e di sesso diverso di registrarsi in appositi registri comunali delle unioni civili e ottenere gli stessi diritti delle coppie sposate. L'unione registrata si scioglie per la morte di uno dei partner, per assenza o scomparsa di uno dei partner o per provvedimento di scioglimento del giudice. In caso di separazione è necessario prevedere l'eventuale corresponsione di alimenti al partner che non avesse risorse sufficienti.

(9) In Spagna il matrimonio è aperto alle coppie dello stesso sesso dal 2005. Alcune regioni (*Comunidades autónomas*) del Paese riconoscevano già diritti alle coppie di fatto, di sesso uguale o diverso. È il caso della Catalogna, che il 15 luglio 1998 aveva approvato la legge sulle coppie stabili (Legge 10/1998, *De uniones estables de pareja* - "Legge sulle unioni stabili", entrata in vigore il 23 ottobre dello stesso anno). La legge regola diversi aspetti della relazione di coppia: prevede la responsabilità solidale per le spese domestiche e per alcuni debiti, regola l'uso della casa comune e offre benefici nel caso in cui uno dei partner lavori per il governo catalano. Le coppie dello stesso genere hanno accesso a questa legge rendendo una dichiarazione con un atto notarile.

(10) In Portogallo sono state approvate nel 2001 due leggi che hanno disciplinato, rispettivamente, le situazioni giuridiche della *economia comum* ("economia comune") e delle *União de facto* ("unioni di fatto"). Le due leggi non si escludono a vicenda. Quanto alla prima, la definizione economia *commun* data dalla legge all'art. 2, è "la situazione di persone che vivano in comunione di vitto e alloggio da più di due anni ed abbiano stabilito un genere di vita in comune basato sull'assistenza reciproca o la ripartizione delle risorse". La legge si applica a nuclei di due o più persone purché una di queste sia maggiorenne e prevede diritti riguardo al godimento di ferie, permessi e congedi familiari, diritto di preferenza nei trasferimenti riguardanti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, applicazione del regime delle imposte sul reddito, protezione particolare per la residenza in comune e diritto, nella trasmissione ereditaria, alla casa. L'unione di fatto regolamentata, secondo l'art. 1 "la situazione giuridica di due persone, indipendentemente dal sesso, che vivano un'unione di fatto da più di due anni". I diritti che garantisce la legge sono gli stessi di coloro che vivono in un'economia comune a cui si aggiungono in caso di morte del convivente benefici economici erogati dal sistema della sicurezza sociale e pensione al coniuge superstite. L'unione si scioglie per la morte di uno dei due membri, per il matrimonio di uno dei due membri o per volontà di uno dei due membri. Nell'ultimo caso deve essere avviata la separazione legale affinché possano essere riconosciuti diritti come nel caso della separazione matrimoniale. I diritti garantiti da entrambe le leggi sono limitati rispetto a quelli che offre il matrimonio. L'8 gennaio 2010 il parlamento portoghese ha approvato la proposta di legge per regolarizzare il matrimonio di due persone dello stesso genere, escludendo però la possibilità di adottare figli.

Diversamente, nei casi della Finlandia¹¹, della Germania e dell'Austria¹² dove si è ritenuto più opportuno che l'intervento regolativo fosse mirato alla specificità del fenomeno delle coppie dello stesso sesso. In questa direzione, del resto, si era già precedentemente orientata la Svezia¹³.

Connotazioni proprie ha infine la disciplina del Regno Unito¹⁴, caratterizzata, tra l'altro, da diversità normative in ragione delle differenti sensibilità sociali delle identità nazionali.

Da questo insieme di interventi regolativi operati dagli ordinamenti nazionali ne è scaturita una crescente pressione, seppur promozionale, della Comunità a disciplinare il

(11) In Finlandia è in vigore dal marzo 2002 una legge per le unioni civili tra persone dello stesso sesso che garantisce molti dei diritti che acquisiscono le coppie di persone di diverso genere che contraggono matrimonio civile, a meno che le parti non dispongano diversamente. Tra questi, ad esempio, il diritto di immigrazione per il partner straniero. Sia la registrazione che la dissoluzione dell'unione si ottengono allo stesso modo che per il matrimonio. La convivenza si stipula dinnanzi alle stesse autorità preposte alla celebrazione del matrimonio e lo scioglimento della convivenza fa capo alle disposizioni previste per il matrimonio. Al momento le leggi sulla paternità, sull'adozione e sulla possibilità di usare un nome in comune non si applicano alle convivenze registrate.

(12) Le convivenze registrate (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*) in Germania, introdotte con la legge 16 febbraio 2001 (e in vigore dall'agosto 2001) sono invece riservate solo alle coppie dello stesso sesso. La legge sulla convivenza registrata non equipara a tutti gli effetti la convivenza al matrimonio pur applicando ai conviventi disposizioni analoghe a quelle contenute nel codice civile tedesco per la disciplina del matrimonio. La legge assicura pieno riconoscimento alla coppia dal punto di vista contributivo ed assistenziale; ciascun convivente può beneficiare ed essere inserito nell'assicurazione sulla malattia del compagno e conferisce gli stessi diritti del matrimonio in materia di cittadinanza (procedura agevolata per ottenere la naturalizzazione e diritto al ricongiungimento). L'istituto giuridico è diverso dal matrimonio in materia di filiazione e di adozione. Ai conviventi non è riconosciuto il diritto di adozione congiunta ed inizialmente non permetteva l'adozione dei figli del convivente (tale possibilità è stata introdotta dal 2004). È stata introdotta però, una forma di potestà limitata, tanto che i partner possono essere associati alle decisioni che riguardano la vita quotidiana del bambino e richiedere l'affidamento in caso di morte del genitore naturale. Al convivente superstite, inoltre, sono attribuiti gli stessi diritti successori che il matrimonio conferisce ai coniugi; inoltre la legge prevede pensione di reversibilità, permesso di immigrazione per il partner straniero, reversibilità dell'affitto, nonché di contro l'obbligo di soddisfare i debiti contratti dalla coppia. In Austria la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso genere dopo un lungo iter parlamentare è entrata in vigore il 1° gennaio 2010 e consente la registrazione all'anagrafe, lasciando esclusa la possibilità di contrarre matrimonio e quella di adozione.

(13) Le unioni civili tra persone dello stesso sesso sono regolarizzate in Svezia dal 1994. La legge garantisce molte delle conseguenze del matrimonio, adozione di bambini inclusa. Dopo un lungo iter, il 2 aprile 2009 il parlamento ha approvato il matrimonio anche per le coppie formate da persone dello stesso genere le quali potranno ufficializzare la loro unione anche con la chiesa evangelica luterana, chiesa di maggioranza in Svezia.

(14) Il *Civil Partnership Act*, entrato in vigore nel dicembre 2005 in tutto il Regno Unito, riconosce alle coppie dello stesso sesso la possibilità di vincolarsi in una unione registrata molto simile al matrimonio. I contraenti assumono lo status legale di "civil partners". Sono riconosciute anche le coabitazioni non registrate di partner di sesso diverso o dello stesso sesso, a cui è accordata una varietà di diritti e facoltà. In Inghilterra e Galles le coppie dello stesso sesso possono anche ricorrere all'adozione.

fenomeno (ed a percepirlo in una lettura discriminatoria). La Raccomandazione del 16 marzo 2000 sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea chiede, infatti, agli Stati membri di garantire parità di diritti alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate ed alle coppie dello stesso sesso rispetto alle famiglie tradizionali, con particolare riferimento alla "legislazione fiscale", al "regime patrimoniale", ai "diritti sociali"; la successiva Risoluzione del Parlamento europeo del 4 settembre 2003 invita, poi, gli Stati membri a riconoscere le coppie di fatto ed equiparare il loro *status* a quello dei nuclei familiari formalizzati con il matrimonio, nonché ancora ad attribuirgli il diritto all'adozione.

8. - I recenti interventi della giustizia comunitaria

La graduale ma crescente introduzione negli ordinamenti nazionali di statuti protettivi alle unioni stabili registrate, assimilabili (seppur non omogenee) a quelli della famiglia costituita con il matrimonio, ha investito la giustizia comunitaria (e la Corte europea dei diritti dell'uomo), in qualche misura orientandone il processo decisionale.

La nuova problematica ha interessato in particolare lo Stato sociale; e si è concentrata sul tema "sensibile" delle pensioni indirette e di reversibilità. Un tema, del resto, che è sempre stato fortemente condizionato dall'evolversi della società civile. E' sufficiente qui richiamare la necessità degli interventi della Corte costituzionale per il riconoscimento della prestazione al coniuge superstite di sesso maschile, nonché per la soppressione dei limiti per la nascita del diritto discendenti dalla differenza di età tra i coniugi ovvero dalla durata minima del matrimonio.

Esemplificativa della nuova problematica è la recente sentenza della Corte di giustizia Maruko (01/04/2008, C-276/06). La Corte era chiamata a valutare la legittimità del diniego da parte di un ente previdenziale tedesco della concessione della pensione di reversibilità al coniuge superstite di una unione civile registrata (in conformità alla legge introdotta in Germania in materia nel 2001) formata da due persone dello stesso sesso.

Il giudice comunitario ha ritenuto illegittimo il comportamento dell'ente, in ragione della circostanza che nel codice della previdenza sociale le coppie unite in matrimonio e le unioni civili registrate erano state equiparate proprio in relazione alle prestazioni ai superstiti.

Nella motivazione della Corte, che, per affermare l'illegittimità del diniego, doveva imporre una modifica statutaria all'ente previdenziale convenuto (evidentemente non concretizzabile sulla base dell'ordinamento nazionale evocato), assume peraltro centralità l'affermata presenza in quello statuto di una discriminazione diretta tra unioni formate da coppie di genere diverso ovvero da coppie dello stesso sesso.

Il passaggio argomentativo, tuttavia, non sarebbe di per sé sufficiente a determinare l'effetto (ovvero la concessione della pensione) voluta dal giudice comunitario, perché la discriminazione evocata, investendo la materia dello stato civile, non rientrerebbe nell'ambito di operatività della direttiva n. 2000/78. Ma qui la Corte concretizza l'effetto voluto assimilando (come in altri casi) la materia pensionistica a quella retributiva, così rimodulando lo stesso ambito di operatività della direttiva.

Le conseguenze sono potenzialmente significative. Nei fatti il giudice comunitario rovescia l'impostazione "prudente" della direttiva, che non era intervenuta sulla materia dello stato civile proprio perché presupposto necessario per l'accesso a specifiche prestazioni del *welfare*, e quindi potenzialmente idonea a disarticolare i bilanci nazionali; un'impostazione che, infatti, escludeva dal suo ambito tutti "i pagamenti di qualsiasi genere effettuati da regimi statali o assimilabili inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale".

La "forzatura" del giudice comunitario segnala, peraltro, l'attualità del problema e la necessità di interventi sulle tecniche di coordinamento dei regimi previdenziali nazionali, già affaticati dalla libera circolazione, specie dopo "l'apertura".

E, d'altro canto, le problematiche dello stato civile, dell'orientamento sessuale e delle modificazioni apportabili meccanicamente alla propria identità fisica originaria (qualificabili solo dalla scienza medica come modificazioni di genere) sono centrali in una società che affronta il nuovo millennio con le incertezze e le paure alimentate dall'esistere in un universo, rispetto al quale l'interrogativo investe lo stesso atto della sua creazione.

Al riguardo, può segnalarsi una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ritenuto applicabile l'art. 12 della convenzione (diritto al matrimonio) ad una persona che aveva modificato chirurgicamente il suo sesso; e quindi ha affermato l'illegittimità della normativa del Regno Unito che non consentiva, a seguito dell'intervento chirurgico, il cambiamento dello stato civile, conseguentemente impedendo il matrimonio tra due persone, originariamente dello stesso sesso, ma attualmente di sesso diverso (v. Corte eur. D.U., sentenze 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito e I. c. Regno Unito*).

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sembra in se condivisibile; risulta, infatti, un problema etico (e non normativo) quello della modificabilità definitiva del sesso.

Sotto altro profilo, peraltro, la sentenza evidenzia una problematica di particolare difficoltà; che è quella della parità sostanziale tra situazioni comparabili; entra qui in gioco la possibilità di assimilare genere ed orientamento sessuale, stante il connotarsi spesso come "vocativo" ed "emozionale" del secondo, nonché il suo determinarsi in molte fattispecie come "instabile" e "mobile".

9. - Le sentenze della Corte costituzionale

La particolare “sensibilità” della materia ha indotto il legislatore nazionale ad una particolare “prudenza”. Da qui l’assenza nel nostro ordinamento (certo condizionato dalla fede cattolica) di una regolazione in ordine alle unioni civili anche di coppie di sesso diverso; ad oggi, dunque, deve registrarsi solo un tentativo di un intervento regolativo ispirato al modello francese, peraltro non concretizzato, seppur dopo un vivace dibattito parlamentare; nonché una qualche apertura ad un possibile riconoscimento delle unioni civili da parte degli statuti di alcune Regioni.

Queste previsioni hanno condotto ad alcune pronunce della Corte costituzionale, a seguito di conflitti tra Stato e Regioni. La Corte ha seguito nelle pronunce in materia una linea politicamente neutra.

Nelle tre sentenze tutte del 2004 (n. 372, n. 378 e n. 379) la Corte ha ritenuto inammissibili i ricorsi del Presidente del Consiglio dei Ministri, sostanzialmente ritenendo prive di efficacia giuridica le enunciazioni di principio in materia di unioni civili, in quanto qualificabili solo come “convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell’approvazione dello statuto”.

D’altro canto, osserva la Corte costituzionale, richiamando una sua precedente giurisprudenza (sempre su enunciazioni di principio, ma su altra materia), “tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti. Qui però non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali «a competenza riservata e specializzata», cioè di statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque «essere in armonia con i precetti ed i principî tutti ricavabili dalla Costituzione» (sentenza n. 196 del 2003)».

Allo stato la sola disciplina di riferimento è, dunque, il D.lgs. n. 216/2003, con cui si è recepita la direttiva n. 2000/78, di cui si è già dato conto in precedenza.

Ad essa non risulta possibile richiamarsi per quanto riguarda il tema della parità sostanziale di trattamento nello Stato sociale, laddove la direttiva e la legislazione di ricezione si limitano a preoccuparsi solo delle discriminazioni (religiose, per handicap, per convinzioni personali, per orientamento sessuale) nel rapporto di lavoro in tutte le sue fasi, sia nella dimensione individuale, che collettiva.

Tuttavia, ad essa ci si deve riferire per l’importante indicazione in ordine al modo in cui può concretizzarsi, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, la parità. Giova qui richiamarne la sua formulazione letterale, perché essa consente di avere

alcune linee guida anche sulla materia di cui è stata oggetto questa relazione. Orbene essa afferma come sia necessario «accettare quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima».

10. - Conclusioni

Non è agevole riportare questa indicazione, peraltro chiara, sulla tematica della parità formale e sostanziale tra famiglie ed unioni civili (e in coerenza successiva tra quelle "tradizionali", cioè formate da coppie di diverso genere, e quelle composte da coppie dello stesso genere) nello Stato sociale.

Peraltro, sembra forte il richiamo ad accettare differenziazioni di discipline collegate alla specificità; in questa prospettiva, condizionamenti possono derivare dalla intuibile assonanza tra famiglie ed unioni civili (formalizzate, seppur in modo differenziato rispetto al matrimonio), laddove la coppia sia composta da persone di diverso genere, nonché di contro dalla comprensibile dissonanza quando invece l'unione si caratterizzi per l'identità di sesso dei due componenti.

Malgrado l'assonanza di cui alla prima ipotesi, il legislatore nazionale non ha affrontato in modo sistematico il problema di una assimilazione, seppur parziale, dei due fenomeni (salvo qualche intervento del tutto sporadico e qualche apertura giurisprudenziale in particolari ipotesi di prolungate convivenze stabili).

La realtà è che il tema delle unioni stabili non convenzionali è materia di particolare sensibilità sociale, sensibilità rafforzata nell'ordinamento nazionale per ragioni storiche e culturali che connotano il nostro Paese di proprie specificità.

Questo non vuol dire accantonare un problema che esiste; quanto piuttosto ponderarlo con attenzione; e poi operare con gradualità. Nel merito le indicazioni sui percorsi più coerenti non possono non essere affidati ad altre discipline: il diritto costituzionale, il diritto privato, la scienza medica; e d'altro canto il diritto del lavoro ha già fatto la sua parte.

Resta il complesso problema dello Stato sociale. Qui gli statuti protettivi non possono essere che conseguenza necessitata delle opzioni fatte a monte; non può trascurarsi, tuttavia, il tema della sostenibilità finanziaria. Così qualsiasi ipotesi di ampliamento delle aree dei soggetti protetti deve essere integrata dall'identificazione delle fonti da cui acquisire le risorse disponibili.

In questa prospettiva, esclusi dai vincoli comunitari innalzamenti del debito, ovvero ancor più crescite della spesa previdenziale, nonché ancora improponibili innalzamenti della pressione fiscale sul lavoro non sommerso, non resta che immaginare un progetto redistributivo, che all'ampliamento dei destinatari faccia corrispondere un contenimento generale del livello delle prestazioni e della loro durata.

E, del resto, la prima azione positiva contro qualsivoglia discriminazione è la solidarietà; ed il nostro è un Paese solidale. Il problema è, dunque, solo quella di orientarla verso le fattispecie maggiormente meritevoli di tutela sul piano sociale al fine di garantirne la liberazione dal bisogno.

ANNA RIVARA

Funzionario Ispettivo in servizio presso la Direzione Provinciale del Lavoro di Genova e Professore a contratto presso l'Università di Genova.

**IL COLLEGATO LAVORO ALLA FINANZIARIA E LE MODIFICHE
IN MATERIA DI ESERCIZIO DEL POTERE SANZIONATORIO
DA PARTE DEGLI ORGANI ISPETTIVI¹**

Sommario: 1. - La c.d. maxi sanzione per il lavoro nero: ambito di applicazione. 2. - (segue) ... quantificazione della sanzione, procedura e competenza. 3. - Modifiche in materia di obblighi di comunicazione e informazione. 4. - Le modifiche al sistema sanzionatorio in materia di orario di lavoro. 5. - Dalla prassi alla legge: il verbale di primo accesso ispettivo e il verbale unico di diffida ed illecito.

1. - La c.d. maxi sanzione per il lavoro nero: ambito di applicazione

In attesa di un riordino complessivo dell'apparato sanzionatorio in materia di lavoro, peraltro necessario e ormai urgente al fine di realizzare una maggiore coerenza ed efficacia dell'azione ispettiva, la Legge n. 183 del 4 novembre 2010² introduce una serie di modifiche che in larga parte tendono a ridimensionarne l'impatto, sia sotto il profilo dell'ambito di applicazione sia sotto il profilo dell'entità delle sanzioni.

A partire dalle misure contro il lavoro sommerso infatti, l'art. 4 della Legge n. 183/2010 circoscrive l'ambito applicativo della c.d. maxi-sanzione al solo³ lavoro subordinato prestato alle dipendenze di datori di lavoro privati⁴. La norma viene così

(1) *Le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartiene.*

(2) Legge N. 183 del 4 novembre 2010, Deleghé al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro, in *GU n. 262 del 9 novembre 2010 - Suppl. Ordinario n.243*.

(3) La c.d. maxi-sanzione è disciplinata dall'Art. 3 del D.L. n. 12/2002, recante disposizioni urgenti per il completamento delle operazioni di emersione di attività detenute all'estero e di lavoro irregolare, in *GU n. 46 del 23/02/2002*, convertito con modifiche dalla Legge n. 73 del 23 aprile 2002, in *GU n. 96 del 24/04/2002*.

(4) Anche la Pubblica Amministrazione, fatti salvi gli Enti Pubblici Economici secondo la Circolare del Ministero del Lavoro n. 38 del 12/11/2010, che ha prontamente dettato i primi criteri interpretativi subito prima dell'entrata in vigore della normativa in questione, viene così espressamente esclusa dall'ambito applicativo della c.d. maxi-sanzione.

ricondotta alla sua finalità di contrasto al lavoro nero, originariamente prevista quale contraltare all'agevolazione temporanea della procedura di emersione. La recente modifica riduce notevolmente l'ambito di applicazione oggettivo della c.d. massanzione in quanto lascia fuori tutta l'area delle collaborazioni familiari e soprattutto del lavoro parasubordinato. Il rapporto di lavoro "irregolare" cui si applica la massanzione, a differenza di quanto previsto in precedenza, si applica solo in caso di lavoro dipendente e pertanto occorrerà provare la natura subordinata del rapporto per fondare la legittimità nel merito del provvedimento sanzionatorio⁵.

Il legislatore esclude altresì dall'ambito di applicazione dell'onerosa sanzione il datore di lavoro domestico⁶, probabilmente in ragione del suo carattere di soggetto non imprenditoriale, che non è neanche tenuto agli stessi adempimenti formali degli altri datori di lavoro privati, essendo solo titolare di un obbligo contributivo, ma non anche sostituto d'imposta⁷. Considerato il maggior numero di donne occupate in rapporti di lavoro domestico rispetto agli uomini, tale esclusione potrebbe suscitare qualche perplessità, se valutata in un'ottica di impatto di genere, come impone il nuovo testo dell'art. 1 del D.Lgs. n. 198/2006⁸, in attuazione della Direttiva 2006/54/CE. Tuttavia, analoga previsione di un regime sanzionatorio più lieve in materia di lavoro domestico

(5) Si noti invece che, conformemente a quanto puntualizzato nella soprarichiamata Circolare ministeriale, rimane invariata la nozione di lavoratore irregolare che delimita il campo di applicazione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale. Il testo dell'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008 fa infatti espresso riferimento all'impiego di «personale non risultante dalla documentazione obbligatoria», includendovi quindi sicuramente il personale per il quale non sia stata effettuata la prescritta comunicazione al Centro per l'Impiego, indipendentemente dalla natura subordinata o meno del rapporto di lavoro. L'impiego di tale personale irregolare in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro fa scattare l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale (*cf* da ultimo anche la Circolare del Ministero del Lavoro n. 33/2009 sulla nozione di lavoratore irregolare ai fini dell'adozione del provvedimento di sospensione).

(6) La Circolare del Ministero del Lavoro n. 38/2010 ha precisato che l'esclusione «riguarda soltanto i prestatori di lavoro addetti con continuità al funzionamento della vita familiare (*cf* cncl Lavoro domestico del 13/2/2007) ... e, evidentemente non opera nel caso in cui il datore di lavoro occupi il lavoratore assunto come domestico in altra attività imprenditoriale o professionale».

(7) Degli adempimenti di carattere amministrativo relativi alla costituzione, esecuzione e cessazione del rapporto di lavoro che normalmente incombono sul datore di lavoro privato, il datore di lavoro domestico è tenuto alla redazione e consegna della lettera di assunzione al lavoratore all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro ex art. 4*bis*, comma 2, del D.Lgs. n. 181 del 21/04/2000 e successive modifiche ed integrazioni, alle comunicazioni al Centro per l'Impiego in caso di assunzione e cessazione, rispettivamente previste dagli Artt. 1 e 9*bis*, comma 2 della Legge n. 608 del 28/11/1996, e successive modifiche e integrazioni, e dall'art. 21 della Legge n. 264 del 29/04/1949 e successive modifiche e integrazioni, ma non alla redazione dei prospetti paga mensili di cui agli artt. 1 e 3 della Legge n. 4 del 05/01/1953 e alla tenuta del libro unico del lavoro di cui all'art. 39 comma 1 del D.L. n. 112/2008, convertito con Legge n. 133 del 06/08/2008.

(8) Secondo tale disposizione «L'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività»

si registra anche a livello comunitario nella Direttiva 2009/52/CE⁹, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

In ogni caso comunque, dal 24 novembre 2010, data di entrata in vigore della Legge n. 183, per le ipotesi di lavoro domestico non regolarizzato come per le ipotesi di rapporti di lavoro parasubordinato non risultanti dalla prevista comunicazione obbligatoria, ma “genuini”, l’organo di vigilanza, non trovando applicazione la c.d. maxi-sanzione, provvederà a contestare gli altri illeciti amministrativi riguardanti l’omessa regolarizzazione del rapporto di lavoro, quale ad esempio l’omessa consegna della lettera di assunzione e l’omessa comunicazione al competente Centro per l’Impiego.

Secondo l’interpretazione fornita con Circolare n. 38/2010 la c.d. maxi-sanzione ha natura aggiuntiva rispetto alle altre sanzioni amministrative applicabili in caso di irregolare costituzione del rapporto di lavoro, fatta salva quella riguardante l’omessa comunicazione al competente Centro per l’Impiego, in quanto “assorbita” nella fattispecie più grave prevista dall’art. 4 della Legge n. 183/2010.

Un’altra norma, più di quanto sembra ad una prima lettura, gioca un ruolo fondamentale nella definizione dell’ambito applicativo della c.d. maxi sanzione. L’art. 4 della Legge n. 183/2010, al comma 1 lett b), sostituisce il comma 4 dell’art. 3 del D.L. n. 12/2002 e puntualizza che la maxi-sanzione non si applica in presenza di adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti dai quali emerge la volontà di non occultare il rapporto di lavoro, anche se si tratta di diversa qualificazione.

Tale precisazione costituisce innanzitutto un’opportuna “norma di chiusura” del sistema, che rende coerente il regime sanzionatorio con la nuova definizione del rapporto di lavoro “in nero”, ormai circoscritto alle ipotesi di «impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro». In assenza di espressa previsione in via legislativa infatti il datore di lavoro che avesse omesso di comunicare l’assunzione al Centro per l’Impiego, pur avendo poi provveduto a versare i relativi contributi, sarebbe stato sanzionabile con la c.d. maxi-sanzione in base alla nuova definizione di lavoro “nero”. Il legislatore ha invece voluto evitare di colpire pesantemente un inadempimento che in tale concreta ipotesi perde il suo originario rilievo sostanziale¹⁰.

Muovendo dal nuovo testo del comma 4, per la verità non così esplicito, il Ministero ha portato a compimento il disegno, di certo sotteso all’intervento legislativo, di

(9) Come rileva M.Barbieri, *L’intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell’esperienza italiana*, in RIDL 2010, III, p. 98, la previsione di norme differenti e più lievi nei confronti del datore di lavoro domestico è stata criticata da alcuni parlamentari europei nel dibattito del 3 febbraio 2009 in quanto discriminatoria verso le donne che sono la maggioranza nel settore.

(10) E.Barraco, *Il Collegato lavoro: un nuovo modus operandi per i pratici e, forse, un nuovo diritto del lavoro*, in LG n. 4/2010, p. 35, descrive la norma di cui all’art. 4 comma 3 del DDL n. 1167/2010 (poi approvato senza modifiche sul punto in Legge n. 183/2010) come una prova contraria che il datore di lavoro può fornire per vincere la presunzione di irregolarità del rapporto determinata dall’omessa comunicazione preventiva al Centro per l’Impiego.

garantire in fase applicativa la massima apertura alle condotte di regolarizzazione poste in essere volontariamente dal datore di lavoro. La Circolare n. 38/2010 infatti ritiene si debba escludere dall'applicazione della c.d. maxi-sanzione il datore di lavoro che si "autodenuncia" entro un anno dalla scadenza del primo obbligo contributivo, ossia che, prima di interventi ispettivi o dell'eventuale convocazione per la conciliazione monocratica, regolarizzi integralmente e per l'intera durata il rapporto di lavoro, sotto il profilo amministrativo e contributivo. In tali casi, non applicandosi la c.d. maxi-sanzione, il datore di lavoro resterà ovviamente soggetto alla sanzione per tardiva comunicazione al Centro per l'Impiego e per gli eventuali ulteriori inadempimenti amministrativi. Inoltre, coerentemente a quanto stabilito dall'art. 116, comma 8 lett. b) della Legge n. 388/2000, qualora sia già scaduto l'obbligo contributivo, il datore di lavoro dovrà versare i contributi e le sanzioni civili previsti per l'evasione per il periodo denunciato.

Soffermandosi sul testo del nuovo comma 4, merita altresì riflettere sull'impatto di tale formulazione sulle diverse tipologie di rapporti di lavoro.

Per quanto attiene al rapporto di lavoro dipendente, dalla lettura combinata di tale articolo e della nuova nozione di lavoro "nero" quale impiego di lavoratori senza la preventiva comunicazione obbligatoria, discende chiaramente quanto confermato dalla Circolare del Ministero del Lavoro n. 38/2010. Ossia, in caso di impiego di lavoratori subordinati, l'unica documentazione idonea a comprovare la regolarità del rapporto è costituita dalla preventiva comunicazione al Centro per l'Impiego o dalla prova del versamento dei contributi previdenziali, mentre è irrilevante l'esibizione di altra documentazione quale ad es. il contratto individuale di lavoro o la tessera personale di riconoscimento.

Per quanto attiene ai rapporti di lavoro formalizzati dalle parti quali rapporti di lavoro parasubordinato, ma "riqualificati" quali rapporti di lavoro subordinato in sede di accertamento ispettivo, analogamente a quanto previsto per il rapporto di lavoro dipendente, l'applicazione della maxi-sanzione, in assenza di comunicazione al Centro per l'Impiego, può essere esclusa solo qualora il datore di lavoro abbia preventivamente provveduto agli adempimenti contributivi. In proposito ci si può forse interrogare sulla generica formula «adempimenti contributivi» e sulla sua corrispondenza alla mera iscrizione alla gestione previdenziale o denuncia dell'imponibile, o ancora al vero e proprio pagamento della contribuzione¹¹. Quest'ultima invero sembra essere la lettura accolta dal Ministero del lavoro con la Circolare n. 38/2010, che fa riferimento al «tempestivo versamento alla Gestione separata».

Per quanto attiene invece all'area del lavoro autonomo per il quale non è prevista la comunicazione al Centro per l'Impiego era già sorto nel previgente regime l'interrogativo

(11) Seguendo tale tesi più rigorosa, la c.d. maxi-sanzione sarebbe applicabile nel caso di disconoscimento di un rapporto di associazione in partecipazione, non comunicato preventivamente al Centro per l'Impiego, per il quale risulti l'iscrizione alla gestione separata, ma non risulti alcun versamento contributivo in quanto il lavoratore non ha percepito alcun reddito.

circa l'applicabilità della c.d. maxi-sanzione alle ipotesi di rapporti di lavoro occasionale "riqualificati" come aventi natura subordinata in sede ispettiva e per i quali tuttavia al momento della verifica risultassero effettuati gli adempimenti fiscali, ossia versate le relative ritenute d'acconto. Il nuovo dettato normativo esclude espressamente dall'applicazione della maxi-sanzione solo le ipotesi in cui siano stati effettuati gli «adempimenti contributivi», e non menziona quelli fiscali. Un'interpretazione rigorosa del nuovo comma 4 dell'art. 3 del D.L. n. 12/2002, in quanto deroga alla regola generale e quindi di natura eccezionale, non consentirebbe di attribuire rilevanza in via analogica anche agli adempimenti fiscali, con la conseguente applicazione della maxi-sanzione alle ipotesi di disconoscimento di rapporti di lavoro autonomo occasionale, anche laddove siano già state versate le ritenute d'acconto. Tuttavia, in coerenza con l'orientamento già espresso nella Circolare n. 33/2009, il Ministero del Lavoro abbraccia un'interpretazione più "morbida" della norma, prendendone in considerazione la ratio, che attribuisce particolare rilievo alla volontà del datore di lavoro di non occultare il rapporto di lavoro, qualora sia chiaramente rilevabile dalla dichiarazione dallo stesso compiuta, anche se a meri fini fiscali. Secondo la Circolare n. 38/2010 infatti «il personale ispettivo provvederà ad irrogare la maxi sanzione in assenza della documentazione utile ad una verifica circa la pretesa autonomia del rapporto di lavoro (iscrizione Camera di commercio, possesso di partita IVA, produzione di valida documentazione fiscale precedente all'accertamento)»¹².

La medesima Circolare sembrerebbe invece muoversi in senso opposto rispetto a tale interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione della norma, sempre in tema di lavoro autonomo, con riguardo ai rapporti di lavoro di coadiutori familiari, soci di cooperativa e di ogni altro tipo di società¹³ e prestatori di lavoro accessorio¹⁴. Secondo la Circolare infatti in queste ipotesi, non soggette all'obbligo di comunicazione preventiva al Centro per l'Impiego, «il requisito della subordinazione è dato per accertato – e quindi troverà applicazione la maxi-sanzione – qualora non siano stati effettuati i relativi e diversi adempimenti formalizzati nei confronti della pubblica amministrazione utili a comprovare la regolarità del rapporto di lavoro»¹⁵. L'applicabilità della c.d. maxi-sanzione in queste ipotesi sembrerebbe soggetta ad una sorta di automatismo, in apparente contrasto con il principio dell'onere della

(12) Sempre in coerenza con quanto già indicato dalla Circolare n. 33/2009, l'esclusione dovrebbe essere circoscritta ai soli casi di rapporti di lavoro per i quali sia chiara l'imputazione soggettiva degli adempimenti e pertanto, relativamente al versamento delle ritenute, alle sole ipotesi in cui sia possibile verificare che siano state effettuate a favore dei singoli rapporti di lavoro oggetto di verifica.

(13) Ossia dei soggetti individuati dall'art. 4 comma 1, n. 6 e 7 del D.P.R. n. 1124/1965

(14) Discipinato dagli artt. da 70 a 73 del D.Lgs. n. 276/2003.

(15) In proposito D.Papa, *Nuova maxisanzione per il lavoro nero: prime istruzioni ministeriali*, in Guida al Lavoro n. 46/2010, p. 58 osserva che, rappresentando ormai la Comunicazione al Centro per l'Impiego la "cartina di tornasole" per verificare la regolarità del rapporto di lavoro instaurato, il Ministero ha rilevato la necessità di «chiarire anche se sia o meno applicabile la maxisanzione rispetto a quelle prestazioni lavorative per le quali non è normativamente previsto tale adempimento».

prova che incombe sulla pubblica amministrazione¹⁶. Poiché tuttavia la Circolare prosegue affermando che «è possibile» applicare la maxi-sanzione quando manchino i predetti adempimenti, ossia la comunicazione all'INAIL di cui all'art. 23 del D.P.R. n. 1124/1965 e la comunicazione all'INPS/INAIL per il lavoro accessorio, è probabile che si intendesse semplicemente richiamare l'inapplicabilità della c.d. maxi-sanzione alle ipotesi di "disconoscimento" della reale natura di tali rapporti di lavoro, ossia alle ipotesi in cui in sede ispettiva sia accertata la natura subordinata degli stessi e risulti una precedente comunicazione agli Enti¹⁷. In sintesi, come per qualsiasi altro rapporto di lavoro autonomo, la c.d. maxi-sanzione sarebbe applicabile solo qualora non risulti da altri precedenti adempimenti nei confronti della pubblica amministrazione la volontà del datore di lavoro di non occultare tali rapporti. Un chiarimento sul punto pare in ogni caso opportuno.

2. - (segue) ... quantificazione della sanzione, procedura e competenza

Sul versante del quantum della sanzione, l'intervento di "ridimensionamento" è stato completato inserendo una nuova fattispecie, relativa alla pratica, purtroppo ancora molto diffusa, del periodo di prova "in nero". Qualora il datore di lavoro abbia provveduto a regolarizzare il lavoratore spontaneamente, pertanto prima dell'accesso ispettivo, ma in sede di verifica il periodo regolarizzato risulti comunque successivo all'effettivo inizio della prestazione lavorativa, la sanzione applicabile per il periodo di irregolare occupazione è più bassa di quella "ordinaria" e va da un minimo di 1000 ad un massimo di 8000 euro a lavoratore (e non da 1500 a 12000 euro), maggiorato di 30 euro (e non di 150) a lavoratore per ogni giornata di lavoro prestato "in nero"¹⁸.

Anche le sanzioni civili connesse all'evasione di contributi e premi sono state radicalmente modificate: non includono più il tetto minimo di 3000 euro, che si aggiungeva per ciascun Istituto alle sanzioni previste per l'evasione di contributi e premi, indipendentemente dalla durata accertata del periodo di lavoro "in nero", ma sono fissate nella misura del 50% dei contributi e premi riferiti a ciascun lavoratore irregolare.

(16) Per il lavoro accessorio, considerate le mansioni di carattere elementare che in genere ne costituiscono oggetto, tale obiezione potrebbe forse risultare in parte superabile, o quantomeno temperata, con riferimento al recente orientamento giurisprudenziale (tra le altre, Cass. 30/03/2010, C.App.Firenze 15/01/2010, T.Milano 03/03/2010) secondo il quale la prestazione di attività lavorativa onerosa all'interno dei locali dell'azienda, con materiali e attrezzature proprie della stessa e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato, in relazione alle caratteristiche delle mansioni svolte, comporta una presunzione di subordinazione, che è onere del datore di lavoro vincere. Analoghe considerazioni non possono tuttavia estendersi ai soggetti per i quali vige l'obbligo di comunicazione all'INAIL di cui all'art. 23 del DPR n. 1124/1965.

(17) Sul punto, come per il resto, la recente Nota INAIL n. 8513 del 23/11/2010 si conforma sostanzialmente all'orientamento già espresso dalla Circolare del Ministero del Lavoro n. 38/2010.

(18) La disciplina delle due sanzioni è contenuta rispettivamente nel primo e nel secondo periodo del nuovo comma 3 dell'art. 3 del D.L. n. 12/2002.

Di conseguenza le sanzioni civili risultano oggi proporzionali alla durata accertata del periodo di lavoro “in nero”¹⁹.

Un’ulteriore modifica, di notevole impatto, anche se di non immeditata evidenza, deriva dalla mancata ripetizione nel nuovo testo dell’art. 3 del divieto di applicare la procedura della diffida amministrativa prevista dall’art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004. Anche l’illecito consistente nell’occupazione di lavoratori irregolari sarà quindi diffidabile (eccetto naturalmente per i lavoratori extracomunitari privi del permesso di soggiorno e per i minori non occupabili), con la conseguenza che il datore di lavoro che provvederà a regolarizzare il lavoratore sarà ammesso al pagamento della sanzione nella misura minima.

In tal modo, pur cedendo molto sotto il profilo dell’effetto deterrente della sanzione, il legislatore ha riportato il sistema a coerenza con il concetto di «inosservanze comunque sanabili» di cui all’art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, chiarito dalla Circolare Ministeriale n. 24/2004 che le aveva individuate nelle «violazioni amministrative relative ad adempimenti omessi, in tutto o in parte, che possono ancora essere materialmente realizzabili, anche qualora la legge preveda un termine per l’effettuazione dell’adempimento». Anche proceduralmente dunque, gli illeciti per occupazione di lavoratori irregolari e gli illeciti derivanti dagli inadempimenti amministrativi in genere riscontrabili in tali ipotesi (quali l’omessa consegna della lettera di assunzione nonché, qualora sia scaduto il periodo contributivo, l’omessa consegna della busta paga e l’omessa iscrizione sul libro unico del lavoro) sono tutti diffidabili.

L’applicabilità della procedura di diffida implica altresì un abbassamento della sanzione. Nel caso in cui il datore di lavoro provveda a regolarizzare²⁰ infatti viene ammesso al pagamento della sanzione nella misura minima, ossia 1500 euro per ogni lavoratore, cui vanno aggiunti 37,50 euro per ogni giornata di lavoro irregolare, oppure, in caso di “prova in nero”, 1000 euro per ogni lavoratore, cui vanno aggiunti 7,50 euro per ogni giornata di lavoro irregolare, secondo quanto previsto dalla Circolare n. 38/2010. La medesima Circolare, in considerazione della natura procedurale della disposizione, ritiene altresì applicabile retroattivamente la sola procedura di diffida, e non la disciplina sostanziale, anche agli illeciti commessi prima del 24 novembre 2010, incluse le modalità di calcolo della sanzione in misura ridotta.

Intervenendo a ritracciare i confini della c.d. maxi-sanzione, il legislatore risolve finalmente la spinosa questione del riparto di competenza tra Ministero del lavoro e

(19) Secondo la Circolare n. 38/2010 «Considerata la natura risarcitoria delle sanzioni civili in esame (...) le nuove modalità di calcolo degli importi trovano applicazione» con riferimento agli accertamenti iniziati dopo il 24 novembre 2010, data di entrata in vigore del Collegato lavoro, anche se i relativi inadempimenti si riferiscono a periodi di lavoro irregolare antecedenti.

(20) Secondo l’interpretazione fornita dal Ministero del Lavoro con la Circolare n. 38/2010 la regolarizzazione, che include il versamento contributivo ove sia scaduto l’obbligo, deve avvenire con l’instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e a tempo pieno, o a tempo parziale non inferiore a venti ore settimanali.

Agenzia delle Entrate, e modifica il precedente dettato normativo che attribuiva alla competenza del Ministero del Lavoro l'applicazione della sanzione di cui all'art. 36bis per tutte le ipotesi «constate» dopo il 12 agosto 2006, ovvero dopo l'entrata in vigore della c.d. maxi-sanzione²¹, anche se relative a illeciti commessi antecedentemente. In proposito il nuovo comma 7-bis dell'art. 36-bis del D.L. n. 223/2006 convertito con modifiche, dalla legge n. 248 del 4 agosto 2006²² prevede invece che l'irrogazione della c.d. maxi-sanzione è di competenza del Ministero del Lavoro con riguardo alle sole violazioni «commesse» successivamente al 12 agosto 2006, in coerenza con il principio *tempus regit actum* che regola gli illeciti amministrativi²³.

Peraltro tale problematica non si porrà più dall'entrata in vigore del decreto. L'applicazione della c.d. maxi-sanzione compete infatti a tutti gli organi che esercitano vigilanza in materia di lavoro, fisco e previdenza e pertanto anche agli ispettori dell'Agenzia delle Entrate e degli Enti Previdenziali, che procederanno direttamente a contestarla per le fattispecie da loro stessi rilevate²⁴ e conseguentemente a fare rapporto al Direttore della Direzione Provinciale del Lavoro ex art. 17 della Legge n. 689/1981 al fine dell'emissione della relativa ordinanza di archiviazione o di ingiunzione.

La descritta modifica, da un lato, presenta aspetti positivi per quanto attiene alla programmazione dell'attività ispettiva. Ogni organo di vigilanza potrà infatti autonomamente portare a termine le verifiche sulla regolarità dei rapporti di lavoro, senza che si rischi il ripetersi di accertamenti e dunque la duplicazione tanto "combattuta" dal D.Lgs. n. 124/04. Dall'altro lato, tuttavia, l'attribuzione di questa nuova competenza rischia di creare qualche difficoltà agli Uffici Legali delle Direzioni Provinciali del Lavoro, che dovranno gestire un contenzioso che origina da soggetti esterni all'Amministrazione di appartenenza e, almeno in parte e fino ad oggi, non adusi all'applicazione dell'apparato sanzionatorio amministrativo con i suoi stringenti vincoli formali e sostanziali.

(21) Prima di tale data l'occupazione di personale non risultante da documentazione obbligatoria era punito ai sensi dell'art. 3, comma 3, del D.L. n. 12 del 22/02/2002 convertito, con modificazioni, in Legge n. 73 del 23/04/2002, - recante disposizioni urgenti per il completamento delle operazioni di emersione di attività detenute all'estero e di lavoro irregolare - con la sanzione amministrativa dal 200 al 400 per cento dell'importo per ciascun lavoratore irregolare, del costo del lavoro calcolato sulla base dei vigenti contratti collettivi nazionali, per il periodo compreso tra l'inizio dell'anno e la data di constatazione della violazione (art. 3, comma 3, del D.L. n. 12/2002). Competente alla irrogazione della predetta sanzione era l'Agenzia delle Entrate, con applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 472 del 18/12/1997, e successive modificazioni, ad eccezione del comma 2 dell'art. 16 (art. 3, comma 5, D.L. n. 12/2002).

(22) Il comma 7-bis era stato introdotto dall'art. 1 comma 54 della legge n. 247 del 24 dicembre 2007.

(23) Per un approfondimento circa i profili di successione delle leggi intervenute a sanzionare il lavoro "irregolare", V.Pascazio, *Maxisanzione contro il lavoro sommerso e problemi di regime di diritto intertemporale applicabile*, in LG 2010, p. 895 ss.

(24) In considerazione della natura permanente dell'illecito in questione, la Circolare n. 38/2010 prevede che la competenza includa le condotte iniziate prima del 24 novembre 2010 e continuate successivamente a tale data.

3. - Modifiche in materia di obblighi di comunicazione e informazione

Il legislatore introduce una nuova definizione di «lavoro sommerso» quale lavoro subordinato prestato in assenza della comunicazione preventiva di assunzione. Un'importante semplificazione, tanto più necessaria se si considera che ormai la data di scadenza dell'obbligo di registrazione sul libro unico del lavoro e dell'obbligo contributivo coincidono. Le precedenti Circolari del Ministero del Lavoro invero già avevano sottolineato come, in considerazione della decorrenza degli obblighi di registrazione sul libro unico al 16 del mese successivo a quello di occupazione, la comunicazione al Centro per l'Impiego diventasse la "prova regina" del rapporto di lavoro in nero. In ogni caso, se ve ne fossero stati, l'intervento del legislatore ha risolto definitivamente tutti i dubbi circa la rilevanza o meno dell'adempimento degli obblighi di registrazione sui libri obbligatori ai fini della qualificazione della fattispecie del lavoro "nero".

Nell'apprezzabile intento di valutare le specifiche esigenze organizzative di un determinato settore, quale quello turistico, l'art. 4, comma 2, della Legge n. 183/2010²⁵ detta una disciplina speciale dell'obbligo di comunicazione preventiva, senza tuttavia superare il caposaldo del carattere preventivo della stessa. In caso di assunzioni "urgenti" per sostituzione di personale assente, il legislatore consente al datore di lavoro di effettuare comunicazioni di assunzione prive di qualche dato anagrafico purché dalla comunicazione preventiva risultino chiaramente la tipologia contrattuale e l'identificazione del lavoratore e tali sommarie indicazioni siano integrate nel termine di tre giorni dall'assunzione.

Una piccola modifica è apportata dall'art. 5 della Legge n. 183/2010 all'obbligo di comunicazione delle assunzioni, proroghe, trasformazioni e cessazioni di rapporti di lavoro dipendente nella pubblica amministrazione, il cui adempimento viene spostato al ventesimo giorno dalla data di inizio del rapporto di lavoro o dell'evento modificativo. Tale disposizione in effetti risulta conforme alla ratio della norma nell'ambito del lavoro pubblico dove, considerati i diversi canali d'accesso e la disciplina della formalizzazione di ogni evento modificativo del rapporto, l'obbligo di comunicazione assume più che altro valenza statistica. Analoghe considerazioni in ordine alle modalità di costituzione del rapporto di lavoro (che segue necessariamente le modalità del concorso pubblico e risulta quindi già ispirato a principi di trasparenza e uniformità nei confronti dei candidati) hanno probabilmente mosso il legislatore anche per quanto attiene all'obbligo di informazione del lavoratore, che deve avvenire non all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro, come nel settore privato, ma mediante consegna del contratto o della comunicazione di assunzione entro venti giorni dalla stessa.

Qualche criticità rispetto alla nozione di lavoro "in nero" quale lavoro prestato alle dipendenze senza preventiva comunicazione di assunzione permane per i settori in cui tale comunicazione ha natura successiva, ossia per le agenzie di somministrazione e per le istituzioni scolastiche private. Sul punto il Ministero del Lavoro, con Circolare n. 38/2010 si è espresso nel senso dell'applicabilità della c.d. maxi-sanzione prima della scadenza

(25) Tale disposizione modifica il comma 2 dell'art. 9-bis del D.L. n. 510/1996, convertito, con modifiche, dalla legge n. 608/1996.

del termine per adempiere l'obbligo di comunicazione, alle agenzie di somministrazione, laddove non sia stato formalizzato il rapporto di lavoro per il tramite del contratto di somministrazione o della comunicazione di somministrazione e, alle istituzioni scolastiche private, laddove non risulti documentazione comprovante l'inserimento del lavoratore nella organizzazione didattica o funzionale. Tale lettura suscita qualche perplessità nella misura in cui sembra spingersi oltre la lettera della legge in tema di illeciti amministrativi, nonostante se ne possa comprendere e condividere appieno l'intento antielusivo²⁶.

4. - Le modifiche al sistema sanzionatorio in materia di orario di lavoro

In materia di orario di lavoro il legislatore interviene ancora una volta sulle sanzioni previste dal D.Lgs. n. 66/2003 e già modificate dal D.Lgs. n. 213/2004 e dalla Legge n. 133/2008.

Ne risulta un quadro sanzionatorio considerevolmente ridimensionato, secondo i criteri peraltro in parte anticipati in via interpretativa dal Ministero del Lavoro con la Nota della Direzione Generale dell'Attività Ispettiva del 14 dicembre 2009, che richiamando il dettato dell'art. 18bis, comma 3, del D.Lgs. n. 66/2003, ha ricondotto più violazioni del riposo settimanale ad un'unica violazione per lavoratore nel periodo di riferimento di quattro mesi o del maggior termine stabilito dalla contrattazione collettiva.

Tale modello sanzionatorio impronta tutte le modifiche previste dalla Legge n. 183/2010 con riguardo alle violazioni del superamento dell'orario medio settimanale di quarantotto ore, del riposo giornaliero e settimanale e del diritto alle ferie. Nelle predette ipotesi infatti l'entità della sanzione è sempre graduata a seconda del numero di lavoratori che coinvolge o al suo ripetersi nei periodi di riferimento.

In particolare, con riguardo al superamento delle 48 ore settimanali come media in un periodo di quattro mesi, o nel più lungo periodo stabilito dalla contrattazione collettiva, la nuova disposizione prevede una sanzione da 100 a 750 euro, solo leggermente più elevata della precedente, che però si applicava al singolo lavoratore e al singolo periodo di riferimento, e poteva quindi risultare complessivamente più gravosa per l'azienda che avesse superato tali limiti per una pluralità di lavoratori e/o più di un periodo di riferimento. La nuova disciplina stabilisce invece somme più elevate: tra un minimo di 400 e un massimo di 1500 euro per l'ipotesi in cui la violazione si riferisca a più di cinque lavoratori o ad almeno tre periodi di riferimento; e tra un minimo di 1000 e un massimo di 5000 euro per l'ipotesi in cui la violazione si riferisca a più di dieci lavoratori o si sia verificata in almeno cinque periodi, senza però ammissione al pagamento della sanzione ridotta.

La stessa identica modulazione sanzionatoria è prevista in caso di violazione dell'obbligo di riposo settimanale, calcolabile secondo l'art. 9 del D.Lgs. n. 66/2003 come media nei quattordici giorni. Secondo la nuova disciplina tuttavia l'omessa concessione del riposo è punita come unica violazione, a prescindere dal numero di volte in cui si ripete nell'arco di un periodo di riferimento di quattro mesi, o sei o dodici mesi,

(26) Opportunamente D.Papa, *op.cit.*, p. 58, evidenzia «la volontà del Ministero di far sì che dalla nuova formulazione normativa (...) non rimangano impunte condotte che presentano evidenti profili di illiceità».

ossia del medesimo periodo individuato dalla legge, o dalla contrattazione collettiva per il calcolo dell'orario massimo di lavoro come media settimanale di 48 ore²⁷.

Seguendo un meccanismo analogo, scende significativamente la sanzione prevista per la violazione dell'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 66/2003, con riguardo alla fruizione delle ferie, che era prevista nella misura da 130 a 780 euro per ciascun lavoratore e ciascun periodo di riferimento, e quindi strettamente proporzionata alla lesione del bene tutelato, ossia all'integrità psicofisica del singolo lavoratore, che le ferie sono appunto finalizzate ad assicurare. La sanzione diventa unica, da 100 a 600 euro, con maggiorazioni legate al numero di lavoratori e alla recidiva (da 400 a 1500 euro, se relativa a più di cinque lavoratori o verificatasi in almeno due anni, e da 800 a 4500 euro, con esclusione del beneficio della ridotta, se relativa a più di dieci lavoratori o verificatasi in almeno quattro anni).

Ulteriori modifiche riguardano la sanzione della violazione dell'obbligo di riposo giornaliero previsto dall'art. 7 del D.Lgs. n. 66/2003, che dalla forbice di minimo 105 e massimo 630 euro applicabili per ciascuna violazione per ciascun lavoratore scende alla forbice di minimo 50 e massimo 150 euro, peraltro "calmierata" da tetti massimi cumulativi da applicarsi in caso di pluralità di lavoratori o di violazioni: nel caso la violazione si riferisca a più di cinque lavoratori o si sia verificata in almeno tre periodi di 24 ore la sanzione va da 300 a 1000 euro e da 900 a 1500 euro, senza il beneficio della ridotta, se si riferisce a più di dieci lavoratori o ad almeno cinque periodi di ventiquattro ore.

Dall'esame complessivo del nuovo quadro sanzionatorio emerge un netto allontanamento dalla fondamentale ratio di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori in cui si inquadrano le problematiche relative all'orario di lavoro. Fermo restando l'apprezzabile intento di razionalizzare la materia, il legislatore finisce così per rischiare di compromettere il livello di garanzia richiesto dalla direttiva comunitaria in adempimento della quale è stato emanato il D.Lgs. n. 66/2003. Se il nuovo modello infatti mantiene una certa proporzionalità tra violazione e sanzione nelle fattispecie di minore rilievo, tende invece a privare la disposizione sanzionatoria di una reale efficacia con l'introduzione di un "tetto massimo" per le ipotesi più gravi²⁸.

Infine, il comma 2 dell'art. 7 della Legge n. 183/2010 devolve interamente alla contrattazione collettiva la legittimazione ad introdurre deroghe alla disciplina del riposo giornaliero e settimanale stabilito dall'art. 11 del D.Lgs. n. 271/1999 per la gente di mare. Tali deroghe potranno essere previste dai ccnl stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative e, in mancanza, dai contratti collettivi territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale. Non è più previsto l'intervento del Ministero del Lavoro che, in concorso con il Minsitero dei Trasporti, poteva autorizzare la stipula di contratti

(27) Molto critico sul punto, F.Rivellini, *Riposo settimanale e disciplina sanzionatoria*, in DPL 2010, p. 484 ss.

(28) Per portare un esempio "estremo", ma realistico, ci si può interrogare sul livello di tutela del diritto al riposo giornaliero garantita da una disposizione sanzionatoria che a fronte di violazioni che vengano ripetute per decine e decine di giornate di lavoro nell'anno e per un elevato numero di lavoratori non superi comunque, anche nella misura massima, i 1500 euro.

collettivi in deroga, né la previsione che le deroghe debbano essere contenute. Il nuovo testo fa riferimento alla necessità, non meglio precisata, che i contratti garantiscano «la fruizione di periodi di riposo più frequenti o più lunghi o la concessione di riposi compensativi (...)».

5. - Dalla prassi alla legge: il verbale di primo accesso ispettivo e il verbale unico di diffida ed illecito

Intervenendo anche in materia di esercizio dei poteri ispettivi sul rapporto di lavoro e di competenze degli organi di controllo, il legislatore introduce una regolamentazione delle modalità di verifica e di verbalizzazione diretta a semplificare e a rendere più omogenea l'azione ispettiva sul territorio nazionale²⁹.

A tal fine l'art. 33 della Legge n. 183/2010 estende il potere di diffida di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 agli ispettori e ai funzionari amministrativi degli enti previdenziali, nonché agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria che accertano violazioni in materia di lavoro e legislazione sociale, completando il quadro già tracciato con l'ampliamento della competenza ad irrogare la c.d. maxi-sanzione previsto dall'art. 4 della Legge n. 183/2010.

Proprio tale stretta finalizzazione dell'attività di vigilanza all'individuazione di personale "in nero" emerge chiaramente anche dalle novità riguardanti la fase dell'accesso ispettivo, fino ad oggi "regolato" solo dal codice deontologico³⁰. Il comma 1 dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, come modificato dall'art. 33 della Legge n. 183/2010 prevede infatti che in sede di primo accesso venga redatto un verbale, da rilasciare al datore di lavoro o alla persona presente all'ispezione, contenente un quadro preciso delle operazioni compiute dal personale ispettivo oltre all'identificazione dei lavoratori trovati intenti al lavoro e alla descrizione delle modalità del loro impiego.

Nel verbale devono essere inserite anche le «eventuali dichiarazioni rese dal datore di lavoro o da chi lo assiste», e le richieste documentali necessarie al proseguimento dell'istruttoria, fatto salvo il potere di richiedere ulteriore documentazione e/o informazioni utili a completare la verifica³¹.

Tali modalità di verbalizzazione non differiscono dalla prassi già seguita dagli organi ispettivi delle Direzioni Provinciali del Lavoro e non dovrebbero porre particolari problemi operativi. Di certo tuttavia la scelta di dettagliare per legge gli elementi del verbale espone ad un più alto rischio di contestazioni: eventuali lacune o imprecisioni della

(29) Larga parte delle novità erano già state anticipate nella Direttiva sui servizi ispettivi e le attività di vigilanza del Ministero del Lavoro del 18/09/2008, emanata ai sensi dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 124/2004.

(30) Codice di comportamento ad uso degli Ispettori del lavoro, allegato alla Circolare del Ministero n. 13/2006 e adottato con Decreto del Direttore Generale dell'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro del 20 aprile 2006 per tutto il personale di vigilanza del Ministero e degli Enti, a seguito del Protocollo d'Intesa sottoscritto con INPS e INAIL il 7 aprile 2005.

(31) Non sempre infatti, nell'immediatezza dell'accesso ispettivo è possibile ottenere un quadro completo della realtà produttiva esaminata e conseguentemente formulare tutte le richieste idonee a completare l'accertamento. Particolarmente opportuno è quindi il richiamo all'art. 4 della Legge n. 628/1981 contenuto nel novellato art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004.

verbalizzazione³² potrebbero infatti essere fatte valere, magari anche pretestuosamente, quali vizi procedurali che incidono sulla validità dell'atto finale³³.

Cionondimeno, soprattutto in considerazione della pluralità di soggetti titolati a contestare direttamente illeciti amministrativi in materia di "lavoro nero" a seguito delle modifiche introdotte dalla Legge n. 183/2010, il verbale di primo accesso ispettivo presenta più di un aspetto positivo: in quanto strumento di uniformità d'azione e di corretta e puntuale rilevazione della situazione di fatto riscontrata, garantisce, all'amministrazione, maggiore efficacia nella lotta al sommerso, e al soggetto ispezionato, piena trasparenza nell'esercizio del potere di vigilanza da parte degli organi preposti.

In realtà, le modifiche più rilevanti sul piano sostanziale riguardano la ridefinizione del potere di diffida e delle modalità di contestazione e notifica dei relativi illeciti amministrativi.

Lo strumento della diffida amministrativa viene attivato nel caso in cui il personale ispettivo rilevi inosservanze in materia di lavoro e legislazione sociale dalle quali derivino sanzioni amministrative. Il nuovo testo fa riferimento non solo ad inosservanze di norme di legge, come il previgente, ma anche di contratto collettivo. Sebbene l'adozione del provvedimento si giustifichi solo laddove sia prevista una norma sanzionatoria, la specificazione potrebbe non essere priva di rilievo, volendo forse indicare al personale ispettivo un'area di intervento meno "praticata", ma perfettamente coerente con il quadro già delineato dal D.Lgs. n. 124/2004 con istituti quali la diffida accertativa. Occorrerà tuttavia chiarire se tale riferimento abbia davvero un contenuto innovativo³⁴ e contribuisca ad estendere la competenza ispettiva oltre le rarissime disposizioni che prevedono la sanzionabilità in via amministrativa di disposizioni di contratto collettivo.

Con le modifiche introdotte dalla Legge n. 183/2010 lo strumento della diffida amministrativa, che continua ad essere applicabile alla regolarizzazione delle inosservanze

(32) Penso ad esempio ai casi in cui l'azione ispettiva non sia finalizzata alla mera rilevazione di eventuali prestazioni di lavoro "in nero" (sulla quale invece è chiaramente stato pensato il modello di verbale) oppure non riguardi unità produttive di piccole dimensioni, con conseguente difficoltà e/o impossibilità di identificare tutti i lavoratori presenti e descrivere le relative mansioni espletate al momento dell'accesso. In ogni caso delle specificità dell'accertamento e delle relative modalità di esecuzione si può dar conto nel predetto verbale, prevenendo eventuali obiezioni.

(33) Sul punto, P.Rausei, *Ispezioni, lavoro sommerso e orario di lavoro*, in DPL n. 46/2010, p. 2666, muovendo dalla convinzione che solo gravi incompletezze potrebbero determinare profili di invalidità e nullità della procedura sanzionatoria, osserva altresì che a supporto di tale tesi, considerato il rilievo procedimentale della verbalizzazione ispettiva, si può richiamare il contenuto dell'art. 21-*octies*, comma 2, della Legge n. 241/1990, secondo il quale «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Tale interpretazione, pur nel lodevole intento di salvaguardare l'effettività dell'azione di vigilanza, dimentica tuttavia il principio di specialità della disciplina del procedimento sanzionatorio di cui alla Legge n. 689/1981, rischiando di "resuscitare" l'annosa questione, ormai chiaramente superata dall'orientamento costante e conforme di Cassazione (cfr per tutte Cass.SSUU n. 9591 del 27/04/2006).

(34) In tal senso sembra pronunciarsi P.Rausei, *op.cit.*, p. 2659, osservando che «la norma si volge a considerare il ruolo di completamento "normativo" della contrattazione rispetto alla disciplina legale».

materialmente sanabili, viene ricondotto a maggiore coerenza con l'impianto della Legge n. 689/1981 e anche con l'adozione del c.d. verbale unico con il quale si provvede contestualmente a notificare il provvedimento di diffida e di illecito (cfr infra nel paragrafo). In particolare, il comma 2 prevede la notifica del verbale di diffida al trasgressore e all'obbligato in solido (e non più genericamente alla ditta), ovvero ai soggetti sui quali ai sensi della legge sopracitata grava la responsabilità delle inosservanze contestate e che sono dunque i primi interessati ad una procedura di regolarizzazione che consente di essere ammessi al pagamento della sanzione nella misura del minimo.

Il termine per adempiere è ora fissato direttamente dalla legge in un lasso molto ampio, di trenta giorni, che dovrebbe consentire di provvedere anche alle regolarizzazioni materialmente più complesse. Il legislatore stabilisce altresì in modo espresso anche il termine per il pagamento della sanzione minima, che è di quindici giorni dalla scadenza del termine per la regolarizzazione.

Ai sensi dell'art. 4, comma 5, inoltre il provvedimento di diffida interrompe i termini per la notifica dell'illecito fino alla scadenza del termine fissato per la regolarizzazione o per il pagamento della sanzione minima. L'estensione dell'interruzione del termine per la notifica alla data fissata per il pagamento della sanzione minima sarebbe stata invero particolarmente utile nel regime previgente, laddove l'interruzione valeva a far data dal termine fissato per la regolarizzazione e pertanto i giorni concessi alla ditta per pagare la sanzione minima finivano per "accorciare" il termine effettivo dei novanta giorni per la notifica del verbale di illecito previsto dall'art. 14 della Legge n. 689/1981. La rilevanza di quest'ultima precisazione risulta invero pressoché totalmente assorbita dal nuovo meccanismo di notifica dell'illecito materialmente sanabile previsto dal legislatore. L'esito dell'accertamento ispettivo infatti viene comunicato al trasgressore e ad eventuali obbligati in solido con un unico verbale di diffida e notifica che, per gli illeciti materialmente sanabili, in caso di mancata regolarizzazione e/o pagamento nei termini «produce gli effetti della contestazione e notificazione degli addebiti accertati». Pertanto dalla data in cui decorrono i termini per la notifica dell'illecito (mancata regolarizzazione o mancato pagamento della sanzione minima), interrotti dalla diffida, il verbale di illecito risulterà già notificato ai sensi della nuova procedura.

Nel verbale unico dovranno essere indicati con estrema puntualità anche gli esiti dettagliati dell'accertamento, nonché le fonti di prova degli illeciti rilevati e gli strumenti di difesa e gli organi ai quali proporre ricorso, con specificazione dei termini per l'impugnazione. Si introduce così un obbligo di inserire una motivazione ben precisata in tutti i passaggi dell'iter logico-giuridico che ha condotto all'esito dell'accertamento e un riferimento esaustivo dei riscontri probatori utilizzati, che dovrà tuttavia risultare compatibile con la disciplina dell'accesso agli atti di cui alla Legge n. 241/1990 e pertanto garantire un complesso equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco, dal diritto di difesa del datore di lavoro, al diritto alla riservatezza delle persone coinvolte, all'efficacia dell'azione ispettiva³⁵.

Nonostante il notevole sforzo di semplificazione compiuto dal legislatore potrebbero residuare alcune criticità legate proprio alla stretta procedimentalizzazione imposta dalla Legge

(35) Per una ricostruzione puntuale dei limiti al diritto di accesso agli atti ispettivi, L.C.Natali, *Ispizioni: dichiarazioni del lavoratore e accesso agli atti*, in DPL n. 45/2010, inserto.

n. 689/1981. Il verbale unico di diffida e notifica viene considerato nella prassi quale verbale conclusivo degli accertamenti, peraltro coerentemente al rinnovato contenuto dello stesso. La natura di tale verbale quale fase necessariamente definitiva dell'accertamento, sebbene non prevista espressamente dall'art. 33, pare infatti connaturata alla struttura dello stesso specificata nel dettaglio dal legislatore. L'eventuale scelta di rinviare sempre e comunque tutte le contestazioni alla chiusura definitiva dell'ispezione con la notifica del verbale unico potrebbe porsi in contrasto con la disciplina degli illeciti amministrativi, che dispone la notifica dell'illecito entro novanta giorni dal momento in cui lo stesso viene accertato, nonché con l'opportunità di diffidare immediatamente il trasgressore alla regolarizzazione delle inosservanze di volta in volta accertate, per evitare ulteriore nocumento al/ai lavoratori o allo stesso datore di lavoro, anche sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie. Si tratta tuttavia di problematiche auspicabilmente superabili in sede di orientamento e organizzazione dell'attività di vigilanza, nonché di gestione delle concrete specificità che di volta in volta occorre affrontare sul piano operativo³⁶.

Rimane indubbio in ogni caso il notevole effetto di semplificazione e velocizzazione dell'attività di accertamento rappresentato dal verbale unico. Il personale ispettivo risolve così con un unico adempimento tutti i passaggi obbligatori previsti dalla Legge n. 689/1981 e dal D.Lgs. n. 124/2004, dalla diffida, alla diffida ora per allora, all'ammissione al pagamento della sanzione nella misura minima, alla contestazione dei relativi illeciti³⁷, con una conseguente riduzione delle problematiche legate alle relative notifiche.

Certo il meccanismo del verbale unico è necessariamente complesso nella formulazione in ragione delle peculiarità della disciplina degli illeciti amministrativi e richiede un'introduzione "accompagnata" presso gli operatori, che consenta di mettere a pieno frutto i fondamentali obiettivi di semplificazione, trasparenza, uniformazione e snellimento dell'attività ispettiva che è diretto a perseguire. Con il verbale unico, che ha già dato buoni frutti in alcune realtà locali dove è stato sperimentato, si compie peraltro un passo ulteriore e da tempo annunciato nell'azione di rinnovamento della funzione della vigilanza iniziata con il D.Lgs. n. 124/2004.

(36) In proposito, P.Rausei, *op.cit.*, p. 2657, muovendo dall'orientamento già espresso dalla Cassazione nella sentenza n. 18347 del 01/12/2003, sembra ritenere che il mutato quadro normativo, che si pone in un'ottica di semplificazione amministrativa finalizzata a consentire al datore di lavoro ispezionato una migliore e più puntuale difesa, dovrebbe indurre ad individuare il *dies a quo* per il computo del termine di notifica degli illeciti amministrativi di cui all'art. 14 della Legge n. 689/1981 nella data in cui il funzionario ispettivo ha la conoscenza che gli consente di giustificare la redazione del rapporto al Direttore della Direzione provinciale del lavoro per *tutti* gli illeciti rilevati (*NdR il corsivo è mio*).

(37) Proprio con riguardo alla duplice valenza di diffida e notifica di illecito del verbale unico potrebbe tuttavia emergere la necessità di mettere a punto la prassi applicativa tenendo conto di evenienze, probabilmente rare, ma non escludibili a priori, quali l'inidoneità della regolarizzazione effettuata dal datore di lavoro a seguito della diffida. Mi riferisco al caso in cui l'ispettore rilevi la non conformità dell'adempimento al contenuto della diffida e pertanto non si possa ritenere che il datore di lavoro abbia provveduto alla regolarizzazione. Nonostante la nuova procedura non richieda alcun atto ulteriore poiché la diffida vale già come notifica di illecito, in tale ipotesi, al fine di garantire la massima trasparenza dell'azione amministrativa per il destinatario del provvedimento, sarebbe forse opportuno assicurare una prassi operativa uniforme che preveda la redazione di un verbale di acquisizione della documentazione prodotta e dia atto dell'inottemperanza, richiamando pertanto l'efficacia di notifica dell'illecito del verbale già notificato.

PAUL SCHOUKENS & LIEVEN MONSEREZ*

INTRODUZIONE AL COORDINAMENTO DELLA SICUREZZA SOCIALE NELL'UNIONE EUROPEA**

Sommario: 1. - Introduzione. 2. - Premessa storica. 3. - Panoramica sul Regolamento di coordinamento CE 883/2004. 3.1. - La funzione del Reg. CE 883/2004: coordinamento dei sistemi di sicurezza sociali nazionali. 3.2. - Fonti giuridiche. 3.3. - La struttura del Regolamento 883/2004. 4. - Disposizioni generali del Regolamento 883/2004. 4.1. - Ambito di applicazione del Regolamento 883/2004. 4.1.1 - Ambito di applicazione "ratione personae". 4.1.2. - Campo di applicazione ratione materiae. 4.1.3. - Ambito territoriale di applicazione. 4.2. - Parità di trattamento. 4.2.1. - Discriminazione diretta e indiretta. 4.2.2. - Parità di trattamento per prestazioni, reddito, fatti o avvenimenti. 4.3. - Tutela dei diritti quesiti (principio di esportabilità). 4.4. - Tutela dei diritti in corso di acquisizione (totalizzazione dei periodi). 4.4.1. - Ratio sottesa al principio. 4.4.2. - Calcolo del pro-rata e il principio di favorevolezza (c.d. principio Petroni). 4.5. - La sovrapposizione di prestazioni. 5. - Determinazione della legislazione applicabile. 5.1. - Regole generali. 5.1.1. - Applicabilità di una sola legislazione. 5.1.2. - La legislazione applicabile alle persone subordinate ed autonome. 5.1.3. - La legislazione applicabile ai pubblici dipendenti. 5.1.4. - La legislazione applicabile alle persone non attive professionalmente. 5.1.5. - Il principio dell'applicabilità di una sola legislazione è minacciato? 5.2. - Il distacco dei lavoratori. 5.2.1.- Distacco dei lavoratori subordinati. 5.2.2. - Distacco dei lavoratori autonomi. 5.2.3. - Il distacco in base all'articolo 16 (1) del Reg. 883/2004. 5.3. - L'esercizio di attività professionali in due o più stati membri. 5.3.1. - Esercizio simultaneo di attività subordinata. 5.3.2. - Esercizio contemporaneo di attività lavorative autonome. 5.3.3. - Esercizio contemporaneo di attività subordinate e autonome. 5.3.4. - Esercizio contemporaneo di attività in veste di pubblico dipendente e di altre attività professionali. 5.3.5. - Come distinguere il distacco dalle specifiche regole di designazione per l'esercizio contemporaneo di attività in diversi Paesi? 6. - Brevi lineamenti sul coordinamento dei rischi sociali. 6.1. - Assistenza sanitaria e malattia. 6.1.1. - Assistenza sanitaria. 6.1.2. - Prestazioni di malattia in denaro. 6.2. - Invalidità. 6.3. - Pensioni di vecchiaia, e superstiti. 6.4. - Prestazioni di disoccupazione. 6.5. - Prestazioni familiari. 7. - Il principio di buona amministrazione.

* Paul Schoukens, docente di Social Security Law nella Catholic University di Leuven e Coordinatore generale dell'Istituto Europeo di Sicurezza Sociale. Lieven Monserez: avvocato specializzato in diritto del lavoro e della sicurezza sociale.

** La traduzione del presente articolo, che per certi versi rappresenta l'aggiornamento di un precedente lavoro pubblicato sulla rivista (vedi Informazione Previdenziale, n.3 del 2009, p. 557), è stata curata dall'avv. Lucia Orsingher dell'Ufficio legale di Bolzano.

1. - Introduzione

Nel momento in cui le persone iniziano a spostarsi oltre i confini nazionali i diversi sistemi di sicurezza sociale iniziano a porsi reciprocamente in conflitto. Per superare ciò occorrono accordi internazionali che provvedano al coordinamento delle normative nazionali di sicurezza sociale. Nell'ambito dell'Unione europea tali accordi di coordinamento sono ancora più necessari. Uno dei maggiori obiettivi dell'UE è la promozione della libera circolazione dei cittadini europei ed in particolare dei soggetti professionalmente attivi. Senza un appropriato mezzo di coordinamento tale libera circolazione sarebbe seriamente ostacolata. La Corte di Giustizia della Comunità europea ha sottolineato in più occasioni che la libera circolazione costituisce il principale obiettivo del Regolamento di coordinamento e di conseguenza ne condiziona le linee interpretative (interpretazione teleologica del Regolamento di coordinamento)¹. Anche ciò legittima una discriminazione in senso positivo per il lavoratore migrante, comportando la possibilità di ricevere un trattamento migliore che non nel caso in cui non fosse migrato in un altro stato (vedasi sotto la descrizione del principio *Petroni* o principio di *favorevolezza*).

A partire dal 1 maggio 2010 l'attuale struttura del coordinamento in materia di sicurezza sociale si rinviene nel Regolamento 883/2004² e nel suo Regolamento di esecuzione 987/2009³. Proprio perché queste misure di coordinamento sono state adottate in forma di regolamento europeo sono legalmente valide ed efficaci senza la ratifica da parte dei Parlamenti nazionali. Inoltre le disposizioni dei Reg. 883/2004 e 987/2009 sono self-executing. Poiché le disposizioni dei Reg. 883/2004 e 987/2009 sono finalizzate alla libera circolazione delle persone (professionalmente attive), devono essere interpretate alla luce di tali principi.

Questo tipo di interpretazione viene meno quando, ad esempio, ci si occupa di convenzioni bilaterali e multilaterali concluse tra due o più Stati. In questi casi il fine è di risolvere conflitti tra legislazioni, dovuti a differenti sistemi nazionali di sicurezza sociale e non tanto quella di promuovere una libera circolazione di soggetti tra gli stati.

Sebbene lo scopo delle normative di coordinamento sia limitato - coordinano o adeguano soltanto i vari regimi di sicurezza sociale, quando le persone oltrepassano

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

(2) Reg. (CE) n. 833/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004 concernente il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, *GU L* 30 aprile 2004, 166, 1 mod. dal Reg. (CE) n. 988/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, 16 settembre 2009 che modifica il Regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e determina il contenuto dei relativi allegati. Verrà indicato da qui in poi come il "Regolamento di base".

(3) Regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, che stabilisce le modalità di applicazione del Regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, *GU L* 30 ottobre 2009, 284,1.

le frontiere, senza però armonizzare tali sistemi - esse sono diventate una parte assai complessa della legislazione europea. Non va dimenticato il fatto che esse coordinano i regimi di sicurezza sociale dei 27 Stati Membri dell'UE⁴. Sapendo che ogni Stato ha i propri schemi organizzativi, dipendenti dalla categoria di persone e/o lavoratori protetti, non dobbiamo sorprenderci della natura altamente tecnica dei Regolamenti.

Infine i Reg. 883/2004 e 987/2009 devono coordinare in modo reciproco le disposizioni nazionali riguardanti l'ambito di efficacia territoriale dei regimi di sicurezza sociale, in modo che gli assicurati non incorrano, secondo le discipline nazionali, né in una carenza di tutela né in un inappropriato cumulo di tutele. Per raggiungere tale obiettivo nei Reg. 883/2004 e 987/2009 sono applicati i seguenti principi in tema di coordinamento, sulla falsariga di come erano stati applicati dai regolamenti precedenti, i Reg. 3 e 4 ed i Reg. 1408/71, e 574/72:

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

Questi principi di coordinamento sono poi stati elaborati in norme concrete. Le disposizioni di carattere sostanziale relative al coordinamento sono reperibili nel Reg.883/2004, nominato per questo motivo "Regolamento di base"⁵. Il Reg. 987/2009, invece, stabilisce come le disposizioni di carattere sostanziale debbano essere applicate, motivo per il quale il Reg. 987/2009 è chiamato anche "Regolamento di applicazione"⁶.

2. - Premessa storica

I Reg. di coordinamento sono essenziali per un effettivo potenziamento della libera circolazione dei cittadini in Europa. Di conseguenza non deve sorprendere che uno dei primi regolamenti approvati dalla Comunità Economica Europea si occupasse proprio della questione del coordinamento della sicurezza sociale⁷. Con l'allargamento della

(4) L'applicazione territoriale dei Reg. di coordinamento si estende al di là dell'ambito europeo. La sua portata include non solo l'intera area economica europea ma anche gli stati dell'EFTA (Norvegia, Liechtenstein e Islanda). Oltre a questi Paesi essi sono applicabili anche al sistema di sicurezza sociale della Svizzera, che è stata l'ultimo Stato ad aver aderito alle regole di coordinamento europee, sulla base di una convenzione bilaterale con la CE (Stati membri). Per approfondimenti vedasi sotto, in tema di ambito di efficacia territoriale.

(5) Art.1 (1) (a) del Reg. di applicazione

(6) Art. (1) (b) del Reg. di applicazione. Vd. anche art. 89 del Reg. di base.

(7) Reg. (CEE) del Consiglio n. 3, 25 settembre 1958, *GU* 16 dicembre 1958, 30, 561 e Reg. n. 4 che ha stabilito le modalità applicative del Reg. n. 3, *GU* 16 dicembre 1958, 30, 597.

Comunità europea ad altri Stati membri (Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca hanno aderito alla Comunità Economica Europea nel 1973) i Reg. di coordinamento furono nuovamente riscritti agli inizi degli anni '70. Da quel momento i Regolamenti 1408/71⁸ e 574/72⁹ costituirono la base del coordinamento della sicurezza sociale nell'UE sino al 1 maggio 2010, quando il Reg. 883/2004 ed il suo Reg. di applicazione 978/2009 divennero applicabili.

I Reg. 1408/71 e 574/72 sono stati spesso modificati¹⁰, soprattutto con adattamenti, essenzialmente al fine di estendere l'ambito applicativo del Regolamento di coordinamento. Importanti, per esempio, sono state le inclusioni

- dei lavoratori autonomi (Reg. 1390/81);
- dei regimi speciali per i dipendenti pubblici (Reg. 1606/98);
- degli studenti nel caso in cui non fossero coperti direttamente o indirettamente – in qualità di familiari – dal Reg. 1408/71 (Reg. 307/99);
- dei cittadini di stati terzi (Reg. 859/2003).

A causa del crescente numero di regimi di sicurezza sociale da tenere in considerazione, dell'organizzazione molto diversa dei sistemi previdenziali fra gli stati membri, dell'aumento delle pronunce (non sempre coerenti) della Corte europea di giustizia sull'interpretazione del Reg. 1408/71, i Reg. di coordinamento divennero degli strumenti normativi alquanto complessi. Già nel 1992 il Consiglio europeo, durante un summit a Edimburgo, richiese una drastica semplificazione e modernizzazione dei regolamenti. Si temeva che gli strumenti, attraverso i quali si doveva supportare ed anche promuovere la libera circolazione delle persone, non fossero abbastanza conosciuti tra le popolazioni europee; e se conosciuti non fossero applicati a causa della loro complessità. Dopo aver consultato i relativi stakeholders (portatori di interessi), tramite conferenze nazionali¹¹, la Commissione CE pose in essere nel 1998 una proposta di regolamento¹² per semplificare e modernizzare i Reg. CE 1408/71 e 574/72. Sei anni dopo, il 29 aprile 2004, a due giorni dall'allargamento a 10 nuovi Stati membri, fu adottato dal Consiglio e dal Parlamento Europeo un nuovo regolamento in tema di coordinamento (Reg. 883/2004)¹³,

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

(9) Reg. (CEE) n. 574/72 del Consiglio, 21 marzo 1972, che stabilisce le modalità di applicazione del Regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, *GU L* 27 marzo 1972, 74, rettificato con Reg. (CEE) n. 2001/83, *GU L* 22 agosto 1983, 230,86 per estendere il Reg. n. 574/72 ai lavoratori autonomi.

(10) Il Reg. 1408/71 è stato modificato 39 volte (R. CORNELISSEN, "50 years of European social security coordination", *EJSS*, 2009, 1-2,11)

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

(12) COM (1998) 779 finale, *GU C* 12 febbraio 1998, 38,1

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

in sostituzione del Reg. 1408/71. Esso è entrato in vigore, assieme al proprio Regolamento di applicazione 987/2009, dal 1 maggio 2010¹⁴.

I Reg. 1408/71 e 574/72 non diventeranno subito obsoleti. Rimarranno rilevanti per un lungo periodo. Pes. la normativa di sicurezza sociale applicabile, per come sancita dal Titolo II del Reg. 1408/71 (vd. sotto), continuerà ad essere applicata inizialmente sino a che la situazione rimarrà inalterata, anche se normalmente, ai sensi del Reg. 883/2004, una persona sarebbe soggetta alla legislazione di sicurezza sociale di un altro stato membro¹⁵. Inoltre i Regg. 1408/71 e 574/72 definiranno per il momento le questioni incidenti sui sistemi di sicurezza sociale degli stati membri dell'Area Economica Europea ma che non sono membri dell'UE (p.es. Norvegia, Liechtenstein e Islanda), sino a quando questi stati non aderiranno ai nuovi Reg. di coordinamento. Infine la situazione inerente la sicurezza sociale dei cittadini di stati terzi che si spostano, deve essere ancora valutata secondo i "vecchi" Regolamenti 1408/71 e 574/72: come verrà chiarito in seguito, l'ambito di applicazione "*ratione personae*" del Reg. 883/2004 riguarda solo i cittadini UE e pertanto esclude i cittadini di stati terzi che circolano tra i territori degli stati membri dell'UE.

Nella trattazione che segue, il coordinamento di sicurezza sociale verrà spiegato in base ai nuovi Regg. 883/2004 e 987/2009. Solo in via eccezionale verrà fatto riferimento ai Regg. 1408/71 e 574/72, in modo da capire meglio l'evoluzione (storica) delle regole indicate e/o nel caso in cui la situazione di sicurezza sociale di un certo gruppo di persone sia ancora disciplinata dai "vecchi" Regolamenti.

3. - Panoramica sul Regolamento di coordinamento CE 883/2004

3.1. - La funzione del Reg. CE 883/2004: coordinamento dei sistemi di sicurezza sociali nazionali

La legislazione sulla sicurezza sociale europea è stata elaborata seguendo due diverse tecniche: coordinamento e armonizzazione. Il Reg. 883/2004 è uno strumento di coordinamento all'interno dell'UE.

Può essere definita come coordinamento, la tecnica usata per eliminare elementi di legislazione nazionale che, in situazioni transnazionali, danno luogo a imperfezioni o a cumuli nei confronti dei beneficiari; oppure, in senso più lato, le tecniche che mirano a garantire i diritti di sicurezza sociale a persone migranti e rispettive persone a carico. Il coordinamento influenza quegli elementi della legislazione nazionale volti a delimitare l'applicabilità della legge nazionale da parte della legge straniera (ambito territoriale dei regimi di sicurezza sociale).

(14) Reg. (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, 16 settembre 2009, *GU L* 30 ottobre 2009, 284,1

(15) Art. 87 del Reg. di base. Anche se l'interessato può chiedere di essere coperto dalla legislazione applicabile ai sensi del Reg. di base invece che continuare ad essere coperto ai sensi della legislazione applicabile secondo il Reg. 1408/71.

P.es. alcune legislazioni nazionali di sicurezza sociale escludono il pagamento delle pensioni, se l'interessato soggiorna stabilmente fuori dal paese. Ciò pone in posizione di svantaggio soprattutto le persone che migrano, quando tornano nel loro paese di origine: queste persone rischiano di perdere i diritti al trattamento pensionistico maturati nel paese dove hanno trascorso una (gran) parte della loro vita professionale quali lavoratori migranti. Per questo motivo i Regolamenti di coordinamento stabiliscono l'esportabilità delle prestazioni di sicurezza sociale, ponendo nel nulla la norma nazionale che proibisce il pagamento delle pensioni oltre confine. Un altro esempio che riguarda le persone migranti è costituito dai lunghi periodi di attesa o dai periodi di assicurazione che vengono richiesti alle persone per il riconoscimento di una prestazione. Il sistema di coordinamento vi fa fronte con una tecnica di cumulo dei periodi di copertura nei vari sistemi degli stati membri. In questo modo periodi di occupazione o di assicurazione in altri stati membri devono essere considerati, quando è necessario attendere un periodo di attesa per accedere ad una determinata prestazione. Un sistema di coordinamento quindi mira a tutelare i diritti acquisiti delle persone socialmente assicurate, quando esse si spostano da un sistema di sicurezza sociale di uno stato ad un altro.

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

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

3.2 - Fonti giuridiche

Il diritto comunitario sul coordinamento ha due categorie di fonti, la legislazione primaria e la legislazione secondaria. Per quanto riguarda la prima categoria, vengono in considerazione gli articoli che concernono la libera circolazione delle persone

(professionalmente attive) (articoli 21, 45, 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, d'ora in poi indicato come TFUE), nonché ciò che costituisce il fondamento legale del coordinamento (articolo 48 TFUE). La legislazione secondaria si rinviene soprattutto nei Reg. 883/2004 e 987/2009.

Gli articoli 45, 49 e 56 TFUE garantiscono la libera circolazione dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi. Tali libertà permettono ai cittadini europei di cercare lavoro in ogni Stato membro, di spostarsi, a tal proposito, in ogni Stato membro, di fissare la residenza in ogni Stato membro e di fermarsi, dopo la cessazione del lavoro, in ogni Stato membro. L'articolo 21 TFUE si riferisce, in generale, alla libera circolazione dei cittadini all'interno del territorio degli Stati membri: "ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi." Anche la libera circolazione di soggetti non attivi professionalmente è stata sottoposta a condizioni e, a tal proposito, esaurientemente regolamentata¹⁶. Il diritto di soggiorno dei cittadini degli Stati membri e dei loro familiari, i quali beneficiano di tale diritto in virtù di altre disposizioni, è garantito a condizione che godano di una copertura assicurativa sanitaria sufficiente e dispongano di sufficienti mezzi di sostentamento. In altre parole, alle persone non attive economicamente è permesso esercitare il diritto di libera circolazione solo nel momento in cui non diventano un peso a carico del Paese ospitante (per quanto riguarda l'assistenza sociale e i programmi di assistenza sanitaria). Come già osservato sopra, le norme di coordinamento sono state tradizionalmente limitate alle persone attive professionalmente che circolano (e circolavano) sul territorio europeo. Gradualmente anche le persone non attive (come gli studenti) sono state incluse nel loro ambito di applicazione *ratione personae*. Nella sua più recente versione, il Reg. di coordinamento 883/2004 copre infine tutti i soggetti che siano socialmente assicurati e che si muovano (legalmente) tra uno o più Stati membri dell'UE.

L'articolo 48 TFUE (ex articolo 42 del Trattato CE) contiene l'obbligo per il Consiglio di adottare un sistema di coordinamento in materia di sicurezza sociale, attraverso un regolamento. Cosa necessaria per realizzare effettivamente la libertà di circolazione dei lavoratori. Se un lavoratore si sposta da un Paese ad un altro, ciò implica non solo il mutamento della disciplina lavoristica applicabile, ma anche della normativa di sicurezza sociale. Mutamenti che possono comportare svantaggi a causa della territorialità del sistema nazionale di sicurezza sociale (vedi sopra).

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

Un problema inerente la precedente base giuridica dei regolamenti di coordinamento europei, p.es. l'articolo 42 del Trattato CE, consisteva nel fatto che trattava espressamente solo il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale dei "lavoratori". Quest'ultimo concetto era da intendersi in modo restrittivo e quindi andava riferito ai soli lavoratori salariati. L'articolo 42, originariamente, fu ideato per supportare la circolazione dei lavoratori, come prevista dall'articolo 39 del Trattato CE, predecessore dell'attuale articolo 45 TFUE. Quando gradualmente fu introdotta e si sviluppò negli Stati membri dell'UE la protezione sociale per i lavoratori autonomi, crebbe in proporzione anche la necessità di coordinare tali situazioni. Infatti, in assenza di un coordinamento di sicurezza sociale, i lavoratori autonomi rischiavano di veder infrangersi il loro diritto di circolare liberamente nel mercato integrato europeo. In particolare risultavano seriamente ostacolati il diritto di stabilire un'attività non salariata in un altro stato e la libera circolazione di servizi dovuta ad attività libero-professionali¹⁷. Di conseguenza, l'estensione dei Reg. 1408/71 e 574/72 ai lavoratori autonomi ha dovuto basarsi sull'art. 352 TFUE (ex art. 308 del Trattato CE), norma di valenza generale¹⁸, che richiede l'unanimità.

L'art. 48 TFUE si occupa attualmente del coordinamento di ambedue i sistemi di sicurezza sociale, sia quello per i lavoratori dipendenti che quello per i lavoratori autonomi. Esso sancisce: "*Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano in materia di sicurezza sociale le misure necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori, attuando in particolare un sistema che consenta di assicurare ai lavoratori migranti dipendenti e autonomi e ai loro aventi diritto.*". Una procedura simile può essere seguita per modificare il contenuto dei regolamenti europei di coordinamento ed adattarli all'evolversi dei sistemi di sicurezza sociale sia dei lavoratori dipendenti che di quelli autonomi. Ma ora il problema si è spostato nei confronti di un altro gruppo: le persone professionalmente non attive.

Il fondamento normativo per includerle nell'ambito del Regolamento di coordinamento non è l'art. 48 TFUE, ma l'art. 21 (3) TFUE: "*Agli stessi fini enunciati al paragrafo 1 e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tale scopo, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, può adottare misure relative alla sicurezza sociale o alla protezione sociale. Il Consiglio delibera all'unanimità*

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

(18) Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo.

previa consultazione del Parlamento europeo.” Ciò comporta che per modificare i Regolamenti di coordinamento, con riferimento ad una norma di legge relativa a cittadini economicamente non attivi, è richiesta l'unanimità del Consiglio, mentre è sufficiente una maggioranza qualificata per modificare una norma relativa a lavoratori dipendenti o autonomi (art. 48 TFUE)¹⁹. Il cambiare le regole di coordinamento per tutte le persone interessate richiederà così l'unanimità di tutti gli stati membri dell'UE.

3.3. - La struttura del Regolamento 883/2004

Il Reg. 883/2004 è costituito da sei titoli. Il primo titolo contiene le norme di carattere generale. Le norme necessarie per determinare la legislazione di sicurezza sociale applicabile si trovano nel Titolo II. Disposizioni specifiche relative a varie categorie di prestazioni sono previste nel Titolo III.

Il Titolo IV è la base normativa della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e per il Comitato consultivo per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. La Commissione amministrativa tratta tutte le problematiche amministrative e di interpretazione derivanti dal Reg. 883/2004 o dal suo Reg. di applicazione 987/2009. Le questioni amministrative o di interpretazione sono oggetto di c.d. decisioni della commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Tali decisioni forniscono una valida guida specialmente alle istituzioni di sicurezza sociale deputate all'applicazione dei Regolamenti di coordinamento. Peraltro esse non sono giuridicamente vincolanti, in quanto l'interpretazione giuridica della legislazione europea è rimessa esclusivamente alla Corte europea di giustizia²⁰. Inoltre la Commissione amministrativa deve, tra le altre cose, agevolare l'applicazione uniforme del diritto comunitario di sicurezza sociale e promuovere e sviluppare la collaborazione tra gli Stati membri e le loro istituzioni in materia di sicurezza sociale²¹. Il Comitato consultivo può formulare pareri, nonché proposte, in vista dell'eventuale revisione dei Reg. di coordinamento, da sottoporre alla Commissione della Comunità europea o alla Commissione amministrativa²².

Il titolo V contiene disposizioni varie. Infine il Titolo VI stabilisce le disposizioni transitorie e finali. I Titoli I, II, III e IV saranno analizzati nel prosieguo del presente articolo.

(19) Però, qualora uno Stato membro si opponga ad una modifica prevista dei Regolamenti di coordinamento, può sempre chiedere che la questione venga rimessa al Consiglio europeo se “*un progetto di atto legislativo ... l'ede aspetti importanti del suo sistema di sicurezza sociale, in particolare per quanto riguarda il campo di applicazione, i costi o la struttura finanziaria, oppure ne altera l'equilibrio finanziario*”. Il Consiglio europeo decide esclusivamente all'unanimità.

(20) Vd. p.es. CGE 10 febbraio 2000, Fitzwilliam, causa C-202/97, *Racc.* 2000, I-883.

(21) Art. 72 del Regolamento di base.

(22) Art. 75 del Regolamento di base.

4. - Disposizioni generali del Regolamento 883/2004

Il primo Titolo del Reg. 883/2004 contiene le “disposizioni generali” (artt. 1 - 10). Esse stabiliscono le definizioni ed i termini (art. 1), sanciscono l’ambito di applicazione “*ratione personae*” (art. 2), nonché “*ratione materiae*” (art. 3) e regolano le relazioni tra il Reg. 883 e altri strumenti di coordinamento (art. 8). Tutte queste disposizioni saranno esaminate nel primo paragrafo di questo capitolo (4.1).

Le disposizioni del Titolo I si riferiscono a principi generali di coordinamento, come quelli della parità di trattamento o di non discriminazione (artt. 4 e 5), la protezione dei diritti acquisiti, l’abolizione delle clausole di residenza e quindi l’esportabilità delle prestazioni (art.7) e la tutela dei diritti in corso di acquisizione, permettendo la totalizzazione dei periodi assicurativi in modo da ampliare i diritti di sicurezza sociale. Tali principi generali verranno trattati nei successivi tre paragrafi (da 4.2. a 4.4.).

Infine le “disposizioni generali” disciplinano le dichiarazioni sull’ambito di applicazione del regolamento tra stati membri (art. 9) e introducono regole tendenti ad evitare un cumulo di prestazioni (art.10). Queste regole anticumulo verranno prese in considerazione nel quinto paragrafo del presente capitolo (4.5.).

4.1. - Ambito di applicazione del Regolamento 883/2004

4.1.1. - Ambito di applicazione “*ratione personae*”

L’ambito di applicazione “*ratione personae*” dei Reg. di coordinamento si è costantemente evoluto per garantire ulteriore tutela alle persone assicurate. Il Reg. 883/2004 ora si riferisce a tutti i cittadini degli stati membri dell’UE, che si muovono o si sono mossi all’interno dell’UE e sono o sono stati soggetti alla legislazione di sicurezza sociale di uno stato membro dell’UE. Ciò costituisce un’esplicita espressione della convergenza tra sistemi di coordinamento con lo sviluppo in tema di cittadinanza europea, che promuove la libera circolazione di ogni cittadino dell’UE, senza intralci di sorta e a prescindere da qualsiasi obbligo inerente una capacità economica²³.

Cittadini UE socialmente assicurati che si spostano tra stati membri

Prima di tutto il Reg. 883/2004 si applica ai cittadini di uno stato membro dell’UE che sono o sono stati soggetti alla legislazione di sicurezza sociale di uno o più stati membri dell’UE e che si spostano o si sono spostati fra gli Stati membri dell’UE. La circolazione all’interno di un singolo stato membro (p.es. tra 2 regioni di questo stato) non è condizione sufficiente per ricadere nell’ambito applicativo del Reg. 883/2004.

(23) Y. JORENS e F. VAN OVERMEIREN, “General principles of coordination in Regulation 883/2004”, *EJSS*, 2009, 1-2,53.

Il Reg. 883/2004 si riferisce esplicitamente ai cittadini comunitari. I cittadini di stati terzi pertanto non sono direttamente coperti dal Reg. 883/2004 (vd. sotto).

Assicurati in via primaria, familiari a carico e superstiti

Anche se il Reg. di coordinamento include tutti i cittadini dell'UE socialmente assicurati, bisogna comunque distinguere ancora tra assicurati in via principale e familiari a carico degli assicurati in via primaria. Le norme di coordinamento sono differenti per questi due gruppi. I familiari a carico p.es. possono contare solo su alcune disposizioni in tema di assistenza sanitaria e prestazioni familiari. Quindi i familiari ed i superstiti di cittadini europei, i quali si spostano o si sono spostati assieme al cittadino comunitario in un altro stato membro, sono garantiti dal Reg. 883/2004, pur venendo assoggettati a specifiche disposizioni di coordinamento.

Per dare una definizione al termine "familiare", si fa riferimento alla relativa legislazione nazionale (art. 1, lett. i Reg. 883/2004). In tale sede si legge che, per familiare, si intende qualsiasi persona definita o riconosciuta come familiare oppure designata come componente il nucleo familiare dalla legislazione in base alla quale sono erogate le prestazioni. Se la legislazione di uno Stato membro non distingue i familiari dalle altre persone alle quali tale legislazione è applicabile (p.es. in caso di una prestazione di sicurezza sociale riconosciuta a chiunque risieda nel paese, indipendentemente dal fatto che l'interessato lavori o sia a carico di un lavoratore) il coniuge, i figli minori e i figli maggiorenni a carico sono considerati familiari²⁴.

L'assicurato in via principale è colui che è professionalmente attivo o che è stato professionalmente attivo e che ora fruisce di prestazioni. Anche in questo caso è necessario distinguere tra categorie professionali, soprattutto tra lavoratori salariati, autonomi e pubblici dipendenti. Come si vedrà più chiaramente sotto, nella descrizione del Titolo II (determinazione della legislazione applicabile) e del Titolo III (norme di coordinamento specifiche relative ai rischi), vi sono norme di coordinamento diverse per tali gruppi. Analogamente ai familiari, tali concetti si riportano, per quanto riguarda i loro concreti contenuti, alla legislazione nazionale in cui sono (o sono state) esercitate le attività (vd. art. 1, lett. a) e d) Reg. 883/2004).

Cittadini di paesi terzi

Per quanto concerne i cittadini di paesi terzi, p.es. soggetti che non hanno la cittadinanza di uno degli stati membri dell'UE, va fatta una distinzione tra tre categorie. La prima è formata

(24) L'art. 1 (lett.i) e comma 2) del Regolamento di base. Qualora, secondo la legislazione applicabile, una persona sia considerata familiare o componente il nucleo familiare soltanto quando convive con la persona assicurata o il pensionato, si considera soddisfatta tale condizione se l'interessato è sostanzialmente a carico della persona assicurata o del pensionato (art. 1 lett. i) e comma 3 del Reg. di base).

dagli apolidi²⁵ e dai rifugiati²⁶, che sono o sono stati soggetti alla legislazione di sicurezza sociale di uno stato membro UE, che si spostano o si sono spostati all'interno dell'UE e che risiedono in uno stato membro UE (vale a dire che devono soddisfare un criterio di residenza). Il Reg. 883/2004 è applicabile sia a loro che ai loro familiari e superstiti.

In secondo luogo i componenti il nucleo familiare di un cittadino comunitario, un apolide o un rifugiato che si spostano o si sono spostati con esso in un altro stato membro sono comunque garantiti dal Regolamento, indipendentemente dalla loro nazionalità. In altre parole i Reg. di coordinamento trattano nella stessa maniera sia i familiari a carico non appartenenti all'UE che quelli comunitari.

In terzo luogo vi sono gli altri cittadini di stati terzi: (per il momento) non possono invocare il Reg. 883/2004. Però alcuni di loro possono contare sui Regg. 1408/71 e 574/72, anche dopo il 1 maggio 2010. Possono far ciò in base al Reg. 859/2003²⁷, che ha esteso l'applicazione del Reg. 1408/71 al gruppo dei cittadini di stati terzi. I cittadini di stati terzi devono soddisfare alcuni requisiti per invocare il Reg. 859/2003. Innanzitutto devono soggiornare regolarmente (ed essere assicurati) in uno dei paesi dell'UE. Un cittadino russo che va a lavorare in Lettonia ma mantiene la propria residenza in Russia, non rientra, p.es., nel campo di applicazione *ratione personae* del Reg. 1408/71. Ma soggiornare (legalmente) nell'UE non basta. Deve esserci un elemento di connessione che coinvolga almeno due Stati membri²⁸. Un cittadino russo che soggiorna e lavora in Lettonia non può usufruire del Reg. di coordinamento. Nel momento in cui è coinvolto in un conflitto di legislazione di sicurezza sociale, che riguardi almeno un altro Stato membro europeo può appellarsi al Reg. 1408/71 (ad esempio, il cittadino russo che risiede e lavora in Lettonia e che viene distaccato in Lituania per alcuni mesi). Ciò in applicazione del principio generale, secondo il quale il diritto comunitario è inapplicabile alle situazioni che rimangono confinate all'interno di un solo stato membro UE²⁹. Logica vuole che ciò sia tanto più valido per i cittadini di paesi terzi, che risiedono in uno degli Stati membri.

Il fondamento giuridico utilizzato per l'estensione del Reg. 1408/71 ai cittadini di paesi terzi è l'articolo 79 TFUE (ex art. 63 par. 4 del Trattato CE) che autorizza l'Unione europea ad adottare le misure necessarie a definire i diritti e le condizioni, in base ai quali i cittadini di stati terzi, regolarmente soggiornanti in uno stato membro dell'UE, possono soggiornare in altri stati membri (quale parte del Titolo avente ad oggetto visti, asilo e

(25) Il termine "apolide" ha il significato attribuitogli nell'articolo 1 della convenzione di New York del 28 settembre 1954 relativa allo status degli apolidi (art. 1 lett. h) del Regolamento di base).

(26) Il termine "rifugiato" ha il significato attribuitogli nell'articolo 1 della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati.

(27) Reg. del Consiglio (CE) n. 859/2003 del 14 maggio 2003, che estende le disposizioni del Regolamento (CEE) n. 1408/71 e del Regolamento (CEE) n. 574/72 ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità, GU L, 20 maggio 2003, 124, 1.

(28) Su tale argomento vedasi: CGE, 22 settembre 1992, Petit, causa C-153/91, *Racc.* 1992, I-4973 e CGE, 11 ottobre 2001, Khalil, causa C-95/99, *Racc.* 2001, I-7413.

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

immigrazione del TFUE). Problematica a tal riguardo è l'applicazione asimmetrica da parte degli stati membri UE delle misure adottate sulla base di tale capo. In merito a tali misure alcuni Paesi hanno il diritto di non aderire, mentre altri devono esplicitamente dichiarare se vogliono esservi vincolati, aderendovi. Con riferimento all'applicazione del Reg. 859/2003, la Danimarca non ha aderito, l'Irlanda e il Regno Unito, invece, vi hanno aderito. Come conseguenza nei suoi rapporti con gli altri stati europei, la Danimarca può continuare a escludere i cittadini di Paesi terzi dall'applicazione dei Reg. 1408/71 e 574/72.

La Commissione europea ha fatto una proposta per estendere l'applicazione del nuovo Reg. di coordinamento 883/2004 ai cittadini di stati terzi³⁰. La proposta non è ancora stata approvata dal Consiglio, per divergenza di opinioni riguardo al principio di parità di trattamento e all'esportabilità delle pensioni in stati non membri dell'UE³¹. Inoltre per il Trattato di Lisbona ora il Parlamento europeo svolge un ruolo importante nel processo decisionale, dal momento che il procedimento legislativo è stato convertito nella codecisione; in altre parole il ruolo del Parlamento non si limita più ad una funzione consultiva³².

4.1.2. - Campo di applicazione *ratione materiae*

Per quanto concerne l'ambito applicativo *ratione materiae* il Reg. 883/2004 non contiene grandi cambiamenti rispetto al Reg. 1408/71. Vi è un "quasi *status quo*"³³.

I tradizionali rischi di sicurezza sociale

Il regime di coordinamento si riferisce anzitutto a tutti i "tradizionali" rischi di sicurezza sociale. Ai sensi dell'articolo 4 del Reg. 1408/71, le prestazioni relative a vecchiaia, invalidità, superstiti, infortuni sul lavoro, malattie professionali, malattia, maternità e disoccupazione e le prestazioni familiari vanno intese come prestazioni di sicurezza sociale. Il Reg. 883/2004 all'art. 3, comma 1, ha ripreso integralmente tutti questi rischi "tradizionali", aggiungendone alcuni di nuovi.

Le nuove tipologie di prestazioni di sicurezza sociale

Sono state aggiunte alla lista solo due "nuove" fattispecie di prestazioni di sicurezza sociale, le prestazioni di paternità e le prestazioni di pensionamento anticipato. Il Reg. 883/2004

(30) Commissione europea, Proposta di regolamento del Consiglio che estende le disposizioni del Regolamento (CE) n. 883/2004 e del Regolamento (CE) n. [...] ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità, Bruxelles 23 luglio 2007, COM (2007) 439.

(31) 2947a sessione del Consiglio dell'Unione europea, Occupazione, Politica sociale, Salute e Consumatori, 8-9 giugno 2009, comunicato stampa, pag.10.

(32) Commissione europea, Ripercussioni dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona sulle procedure decisionali interistituzionali in corso, Bruxelles 11 dicembre 2009, COM (2009) 665 def./2, pag. 24 dell'All. 4.

(33) Y. JORENS e F. VAN OVERMEIREN, "General principles of coordination in Regulation 883/2004", *EJSS*, 2009, 1-2,56.

garantisce le prestazioni di paternità solamente se assimilate alle prestazioni di maternità, le quali erano già tutelate dai regolamenti europei di sicurezza sociale³⁴. Ciò comporta che sono considerate solo le prestazioni di paternità erogate durante i primi mesi di vita del neonato³⁵.

Le prestazioni di pensionamento anticipato sono definite nei seguenti termini “tutte le prestazioni in denaro diverse dalle indennità di disoccupazione e dalle prestazioni anticipate di vecchiaia, erogate a decorrere da una determinata età ad un lavoratore che abbia ridotto, cessato o sospeso le attività professionali, fino all’età alla quale egli ha diritto alla pensione di vecchiaia o a quella di pensionamento anticipato e il cui beneficio non è subordinato alla condizione di porsi a disposizione degli uffici del lavoro dello Stato competente”³⁶. Sennonché l’inclusione delle prestazioni di pensionamento anticipato nell’ambito applicativo *ratione materiae* del Reg. 883/2004 non deve essere sopravvalutata, visto che il Reg. ha a che fare con i sistemi normativi di sicurezza sociale. Molti degli esistenti regimi di pensionamento anticipato sono basati su accordi collettivi tra le parti sociali. Inoltre nel Titolo III del Reg. di coordinamento non sono state sviluppate regole di coordinamento specifiche per questa fattispecie. In altre parole solo i principi generali di coordinamento, per come sanciti nel Titolo I, possono essere applicati alla categoria ibrida delle prestazioni di pensionamento anticipato.

Rischi inclusi e rischi esclusi

Le prestazioni di sicurezza sociale, che non possono essere collegate a nessuno dei rischi elencati nell’art. 3, par. 1 Reg. 883/2004, non sono ricomprese nel campo di applicazione *ratione materiae*. La Corte ha stabilito che la distinzione tra prestazioni escluse dall’ambito applicativo *ratione materiae* del Reg. 883/2004 e quelle che vi rientrano, è basata essenzialmente sugli elementi costitutivi della singola prestazione, sulle sue finalità e sulle condizioni in base alle quali la stessa è oggetto di tutela, e non per il fatto di essere qualificata come tale dalla legislazione nazionale. Alla fine si esamina, per l’applicazione della disciplina di coordinamento, se la prestazione corrisponde ai criteri essenziali di ciò che è considerato una prestazione di sicurezza sociale. A tal proposito è fondamentale il possibile collegamento con uno dei tradizionali rischi elencati nell’articolo 3, par.1.

Per far un esempio, in diverse occasioni³⁷, la Corte decise che per l’applicazione dei Regg. di coordinamento le prestazioni assistenziali potevano essere considerate parte

(34) Art. 3, par. 1 (b) del Regolamento di base “*le prestazioni di maternità e di paternità assimilate*”.

(35) Punto 19 del preambolo del Regolamento di base.

(36) Art. 1 (x) del Regolamento di base.

(37) CGE, 5 marzo 1998, Molenaar, causa C-160/96, *Racc.*, I-843; CGE, 8 marzo 2001, Jauch, causa C-215/99, *Racc.*, 2001, I-1901; CGE, 31 maggio 2001, Leclere e Deaconescu, causa C-43/99, *Racc.*, 2001, I-4265; CGE, 21 febbraio 2006, Hosse, causa C-286/03, *Racc.*, 2006, I-1771; CGE, 18 ottobre 2007, Commissione contro Parlamento europeo e Consiglio, causa C-299/05, *Racc.*, 2007, I-8695; CGE, 1 aprile 2008, Governo della Comunità francese e Governo vallone / Governo fiammingo, causa C-212/06, *Racc.*, 2008, I-1683; CGE, 16 luglio 2009, von Chamier-Glisczinski, causa C-208/07, non ancora pubblicata.

dell'evento malattia. La prima pronuncia in tal senso fu data nella causa *Molenaar*. La Corte sancì che le prestazioni erogate nell'ambito dell'assicurazione sociale tedesca potevano essere qualificate quali prestazioni di malattia e di conseguenza sono garantite dai Regolamenti di coordinamento. Nell'ottica della Corte esiste una chiara connessione, in quanto le prestazioni assicurative tedesche hanno l'obiettivo di integrare le prestazioni dell'assicurazione malattia al fine di migliorare le condizioni di salute e di vita delle persone dipendenti da altrui assistenza³⁸. Per la stessa ragione la Corte considerò come le prestazioni in denaro garantite dalla cassa previdenziale fiamminga (*zorgverzekering*) fossero da considerare come prestazioni di malattia³⁹. In tal modo la Corte introdusse un nuovo rischio, il quale sin dall'inizio era garantito all'interno degli stati membri e nel *corpus* del Reg. 1408/71 ed ora del Reg. 883/2004⁴⁰.

Assistenza sociale

Come tale, l'assistenza sociale è esclusa dall'applicazione del Reg. 883/2004 (art. 3, par.5, Reg. 883/2004)⁴¹. Tuttavia, poiché diventa sempre più difficile differenziare l'assistenza sociale dalle "vere" prestazioni di assicurazione sociale, la Corte di Giustizia Europea ha dovuto enucleare criteri aggiuntivi, per ridelineare il campo applicativo *ratione materiae*⁴². Come già fatto presente, secondo l'opinione della Corte di Giustizia, è essenziale che la prestazione riguardi uno dei rischi elencati nell'articolo 3 del Regolamento. Se, ad esempio, una prestazione assistenziale può essere collegata a uno dei tradizionali rischi in elenco, fa parte del Reg. 883/2004; la Corte ha aggiunto, tuttavia, riguardo alle prestazioni di assistenza sociale, che esse possono diventare parte della normativa di coordinamento solo nel momento in cui un diritto soggettivo alla prestazione, esercitabile in forza di legge, sia garantito dalla legislazione nazionale. La normativa di coordinamento non è applicabile a quelle prestazioni (di assistenza sociale) garantite sulla base di valutazioni personali e discrezionali.

Come conseguenza di tale giurisprudenza il Reg. 883/2004 non è applicabile alle prestazioni generali di assistenza sociale che, senza riferimenti a un rischio sociale (di

(38) Punto 24 della sentenza della CGE, 5 marzo 1998 nella già citata causa *Molenaar*.

(39) Punto 20 della sentenza della CGE 1 aprile 2008 nella già citata causa *Governo della Comunità francese e Governo vallone / Governo fiammingo*

(40) Vd. anche V. PASKALIA, "Co-ordinatio of social security in the European Union: an overview of recent case law", *CML Rev.*, 2009, 1189-1194.

(41) Dal campo di applicazione *ratione materiae* del Reg. 883/2004 (art. 3 (5) Reg. 883/2004 come mod. dall'art. 1 (4) del Reg. 988/2009) sono esclusi anche: l'assistenza medica e quelle prestazioni per le quali uno Stato membro si assume la responsabilità per i danni alle persone e prevede un indennizzo (p.es. quelle a favore delle vittime di guerra e di azioni militari o delle loro conseguenze, le vittime di reato, di omicidio o di atti terroristici, le vittime di danni causati da agenti dello Stato membro nell'esercizio delle loro funzioni, o le persone che abbiano subito un pregiudizio per motivi politici o religiosi o a causa della loro discendenza).

(42) CGE, 22 giugno 1972, Frilli, causa 1/72, *Racc.*, 1972, 457 e CGE, 27 marzo 1985, Hoeckx, causa 249/83, *Racc.* 1985, 982.

cui all'elenco dell'art. 3), provvedono a fornire un sostentamento minimo a persone in situazione di bisogno. È applicabile, invece, a regimi di assistenza relativi a specifiche categorie di persone, come l'assistenza per la disoccupazione e pensionistica, almeno quando l'accesso a tali prestazioni sia basato su un diritto soggettivo, riconosciuto da un atto legislativo.

Per completezza, va rammentato che vi sono ulteriori strumenti comunitari che si occupano del coordinamento dei regimi generali di assistenza sociale. L'articolo 7 del Reg. CE 1612/68, p.es., vieta qualsivoglia discriminazione fondata sulla nazionalità di un lavoratore comunitario in riferimento a tutti i vantaggi sociali e fiscali. In altre parole, in base a tale Regolamento, il principio di non-discriminazione concerne anche i regimi generali di assistenza sociale che provvedono a fornire un sostentamento minimo a persone (lavoratori) in situazione di bisogno⁴³. Infine va considerato anche il concetto di cittadinanza europea, la quale può comportare che le prestazioni di assistenza sociale debbano venir pagate a favore di un cittadino di uno stato membro, non attivo economicamente, che si sposta in un altro stato membro⁴⁴.

Prestazioni speciali in denaro di carattere non-contributivo

Grazie al collegamento con i rischi tradizionali, un numero crescente di prestazioni assistenziali è stato fatto rientrare nel campo di applicazione del Reg. di coordinamento. Alcuni Stati membri avevano difficoltà ad accettare l'idea di applicare le regole di coordinamento a tali prestazioni. In modo particolare fu considerata inaccettabile la possibilità di esportare prestazioni, connesse alle condizioni finanziarie e di vita della persona in stato di bisogno. Di conseguenza, nel 1992, fu aggiunta una nuova categoria di prestazioni al Regolamento di coordinamento: le c.d. "prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo". Tali prestazioni ricadono nell'ambito applicativo *ratione materiae* del Reg.⁴⁵, ma sono assoggettate ad alcune specifiche regole di coordinamento, per quanto riguarda la loro esportabilità (vd. sotto).

In pratica sembra essere estremamente difficile definire esattamente cosa debba essere considerato come prestazione speciale non-contributiva e quindi quali prestazioni non siano esportabili in base a questo specifico regime di coordinamento.

Le prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo devono conformarsi ai seguenti requisiti:

- devono presentare le caratteristiche tanto delle prestazioni tradizionali in materia di sicurezza sociale, quanto di quelle relativa all'assistenza sociale⁴⁶. Ciò comporta che, a parte il riferimento ad uno degli eventi elencati dall'art. 3 (connessione alla sicurezza

(43) Vd. p.es. CGE, 27 marzo 1985, causa 249/83, Hoeckx, *Racc.*, 1985, 982.

(44) Vd. p.es. CGE, 20 ottobre 2001, causa C-184/99, Grzelczyk, *Racc.*, I-6193; ed anche P.SCHOUKENS, "Europe at struggle with social welfare", *European Law Journal*, Vol. 13, N. 3, 2007, 424-433.

(45) Art. 3 (3) del Regolamento di base.

(46) Art. 70 (1) del Regolamento di base.

sociale tradizionale), lo stato di bisogno diventa fondamentale affinché venga garantita la prestazione (connessione all'assistenza sociale). D'altro lato tali prestazioni non sono interamente assimilabili con uno degli eventi elencati nell'ambito dell'applicazione *ratione materiae* del Reg. 883/2004; se così fosse, la prestazione rientrerebbe nei rischi convenzionali del Reg. di coordinamento, ricadendo di conseguenza sotto l'egida delle normali norme di coordinamento del Reg. 883/2004. Le prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo sono "speciali" proprio perché si collocano tra la sicurezza sociale tradizionalmente intesa e l'assistenza sociale.

- sono intese a fornire copertura in via complementare, suppletiva o accessoria dei rischi corrispondenti ai settori di sicurezza sociale tradizionali e a garantire, alle persone interessate, un reddito minimo di sussistenza, in relazione al contesto economico e sociale dello Stato membro interessato⁴⁷. Le prestazioni intese a fornire unicamente la protezione specifica dei portatori di handicap, strettamente collegate al contesto sociale del predetto soggetto nello Stato membro interessato, sono ritenute comunque "prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo"⁴⁸.

- Il finanziamento di tali prestazioni deriva esclusivamente dalla tassazione obbligatoria intesa a coprire la spesa pubblica generale. Le condizioni per la concessione e per il calcolo delle prestazioni non dipendono da alcun contributo da parte del beneficiario. Decisiva a tal proposito è la completa assenza di qualsiasi versamento contributivo per finanziare tale regime di sicurezza sociale⁴⁹.

- Infine gli stati membri devono inserire un elenco delle prestazioni che considerano prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo nell'allegato X. Del Reg. 883/2004.

E' importante, anche se non ha carattere assoluto e decisivo, un accertamento delle fonti di reddito prima di erogare la prestazione.

Un criterio determinante per stabilire se le prestazioni siano prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo è quello di verificare se siano finalizzate a garantire ai beneficiari un reddito minimo di sussistenza, in considerazione del contesto economico e sociale dello Stato membro dove soggiornano. I limiti all'esportabilità delle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo, ai sensi dell'art. 70 Reg. 883/2004 (vd. sotto), sono fondati sulla considerazione che tali prestazioni costituiscono una manifestazione di solidarietà propria di un determinato stato membro. Lo stato della comunità solidaristica cui la persona appartiene, deve anche sopportare la responsabilità di garantirle un reddito minimo di sussistenza. Non rientra in questa fattispecie il caso in cui le prestazioni mirino a supportare una persona con bisogni particolari, che richiedono costi supplementari, come servizi o assistenza medica⁵⁰.

(47) Art. 70 (2) (a) (i) del Regolamento di base.

(48) Art. 70 (2) (a) (i) del Regolamento di base

(49) CGE, 8 marzo 2001, causa C-215/99, Jauch, *Racc.*, I-1901.

(50) H. VERSCHUREN, "Special non-contributory benefits in Regulation 1408/71, Regulation 883/2004 and the case law of ECJ", *EJSS*, 2009, 224.

Nonostante tali criteri, forniti dai precedenti giurisprudenziali della CGE, e nonostante la Commissione europea e la dottrina diano alcune linee guida nel definire l'accezione di queste prestazioni speciali, va ammesso che l'applicazione pratica degli stessi è tutt'ora circondata da una notevole incertezza. Infatti, tanto per fare un esempio, cosa significa esattamente "stare tra la vera e propria sicurezza sociale e l'assistenza sociale", quando questi due concetti sono tutt'altro che chiari all'interno degli stessi sistemi di sicurezza sociale nazionali? Anche a voler fare il tentativo di delineare più chiaramente il concetto di prestazioni speciali di carattere non contributivo si rischia comunque che tale categoria porti continuamente a problemi interpretativi⁵¹.

Regimi legislativi di sicurezza sociale

I Reg. di coordinamento si applicano solo a regimi di sicurezza sociale normati. L'articolo 3 menziona: "tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale" [...]. Secondo l'articolo 1, let. 1 il termine "legislazione" indica le leggi, i regolamenti, le altre disposizioni statutarie e ogni altra misura di applicazione riguardanti i settori e i regimi di sicurezza sociale rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae*. Di conseguenza non si riferisce a regimi basati su accordi collettivi di lavoro od altri accordi sindacali, né a regimi non pubblici, volontari od obbligatori, complementari, sindacali, professionali o individuali. Il Regolamento esclude esplicitamente disposizioni derivanti da accordi sindacali che siano state o meno oggetto di una decisione delle autorità pubbliche che le renda vincolanti o che ne estenda l'ambito di applicazione (art. 1, lett. 1 Reg. 883/2004). Solo a determinate condizioni uno Stato può, con una specifica dichiarazione, assoggettare tali regimi all'applicazione delle norme di coordinamento. L'Unione Europea, tuttavia, emanò nel 1998 una direttiva per i regimi complementari non fondati su atti legislativi, che fece un modesto passo avanti verso il coordinamento degli stessi. Per quanto riguarda almeno le pensioni complementari, gli Stati membri devono salvaguardare alcuni principi generali, costruiti soprattutto attorno al fatto di non ostacolare la libera circolazione di lavoratori e di capitali⁵².

Modalità di finanziamento della sicurezza sociale

La normativa di coordinamento è, in teoria, applicabile a tutti i regimi legislativi, sia generali che speciali, finanziati su base contributiva o anche non contributiva. Come tale, la modalità di finanziamento non è rilevante per comprendere se il Reg. 883/2004 sia applicabile a un regime contributivo o non. Con l'eccezione dello speciale *status* delle

(51) Vd. V. PASKALIA, "Co-ordination of social security in the European Union: an overview of recent case law", *CML Rev.*, 2009, 1188-1196; H. VERSCHUREN, "Special non-contributory benefits in Regulation 1408/71, Regulation 883/2004 and the case law of ECJ", *EJSS*, 2009, 217-234.

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

prestazioni speciali di carattere non contributivo, il presente Regolamento non presta molta attenzione al lato economico del coordinamento. Tuttavia una delle questioni consiste nel vedere sino a che punto arrivi il raggio d'azione del Reg. di coordinamento, considerando il lato finanziario della sicurezza sociale. I regimi di sicurezza sociale non garantiscono solo prestazioni; anzi contributi e tributi vengono aumentati al fine di avere sufficienti mezzi finanziari per erogare le prestazioni necessarie. Ora il coordinamento della sicurezza sociale considera entrambe i lati della sicurezza sociale: le prestazioni ed il loro finanziamento. Tuttavia con riferimento al finanziamento vi è un chiaro limite: non si estende ai tributi, presi in considerazione dai trattati che mirano ad evitare una doppia imposizione fiscale.

Oggi nell'UE il panorama del finanziamento nell'ambito della sicurezza sociale è alquanto diversificato. Principalmente è basato su un misto di contribuzione e finanziamento fiscale (dal budget generale). Oltre a ciò alcuni stati membri hanno iniziato ad introdurre, per finanziare il loro sistema di previdenza sociale, le cosiddette "tecniche alternative" con caratteristiche sia dei tipici sistemi contributivi di sicurezza sociale sia di quelli su base fiscale (ad esempio, l'IVA sociale, l'imposta sociale sulle macchine aziendali, tassa di crisi imposta per finanziare il deficit nella sicurezza sociale, imposta sui premi assicurativi delle vetture...). I suddetti tributi devono essere considerati contributi di previdenza sociale o tasse? In altre parole a tali tributi è applicabile il Reg. di coordinamento o si deve applicare il diritto internazionale tributario?

La Corte di Giustizia si è già confrontata con il problema di delinearne, da un punto di vista finanziario, tali fattispecie nei casi CSG⁵³ e CRDS⁵⁴. In questi casi la Corte ha stabilito che vi deve essere un elemento di collegamento tra i tributi in questione e le leggi che disciplinano i settori di previdenza sociale, elencati nell'ambito *ratione materiae* del Regolamento (art.3), e che tale collegamento deve essere diretto e sufficientemente rilevante. Il collegamento può consistere nel saldare precedenti debiti inerenti la sicurezza sociale ovvero nella parziale sostituzione di precedenti contributi. In entrambi i casi la Corte ha respinto l'idea che tali prelievi, per essere considerati ai sensi del Reg. di coordinamento quale contributo di sicurezza sociale, dovessero dare diritto a qualcosa identificabile direttamente come una prestazione.

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

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

Qualche dubbio sorse in relazione alle possibili conseguenze delle decisioni della Corte circa la natura dei tributi. Una prima questione si pose sull'applicabilità di tale decisione solo ad imposte connesse a redditi da lavoro (sostitutivi) o se potesse avere un campo applicativo più vasto. Il problema nacque allorquando la principale *res controversa* sottoposta alla Corte trattava solo di tributi alternativi, posti sulle retribuzioni e di tributi incombenti su prestazioni di sicurezza sociale dei lavoratori migranti⁵⁵. Pronunce più recenti mostrano comunque come non debba essere seguita un'interpretazione restrittiva. Anche se il tributo non è connesso a attività lavorativa, in senso stretto, può comunque essere considerato un contributo per la sicurezza sociale ai sensi del Reg. di coordinamento. Determinante è infatti l'interconnessione con la sicurezza sociale e non tanto la base reddituale sulla quale viene calcolata l'imposta⁵⁶.

Ulteriori questioni riguardano l'applicabilità di questa pronuncia. In particolare causano problemi applicativi tributi non collegati all'identità della persona assicurata socialmente, ma solo a beni che questa persona può acquistare e consumare. Come, p.es. nel caso di accise applicate o di imposte addizionali sul valore aggiunto per alcolici, tabacchi, assicurazioni, premi etc. finalizzate al finanziamento della sicurezza sociale in paesi come il Belgio, La Francia o la Grecia. La Corte a tutt'oggi non ha ancora deciso chiaramente circa l'applicabilità del Reg. di coordinamento a tali contributi. Da una lettura più approfondita, si potrebbe però arrivare alla conclusione che tributi non incidenti su redditi da lavoro o su fattispecie analoghe, ma inclusi nel prezzo di beni e servizi che una persona può o meno acquistare sul libero mercato non sono da considerare quali contributi di sicurezza sociale ai sensi del Reg. di coordinamento sociale 883/2004⁵⁷. In altre parole, in linea con la vera accezione del concetto di "contributo", i prelievi che non sono imposti obbligatoriamente a carico di un soggetto, ma sono inclusi nel prezzo di beni o servizi fruibili sul mercato, non possono essere considerati contributi di sicurezza sociale. Tale conclusione è peraltro l'unica praticabile: non sarebbe possibile p.es, liberare un fumatore olandese, assicurato socialmente, il quale compra un pacchetto

(55) H, VERSCHUEREN, *Funding of social security and Regulation (EEC) 1408/71* in uno scritto presentato alla conferenza su "Meeting the challenge of change" a Noordwijk, 30 e 31 ottobre 1997, Nos. 7-8.

(56) CGE 8 marzo 2001, Commissione c. Germania, causa C-68/99, *Racc.*, 2001, I-1865; CGE 26 maggio 2005, Allard c.RSVZ, causa C-249/04, *Racc.*, 2005, I04535 e CGE 9 marzo 2006, Piatowski, causa C-493/04, *Racc.*, 2006, I-2369. Mentre le prime due cause hanno confermato la giurisprudenza della Corte europea di giustizia sul punto, l'ultima riguarda un tributo che, strettamente parlando, non è connesso ad attività lavorativa (p.es. imposta su azioni e/o richieste giudiziali e attivi di bilancio).

(57) Vedasi per maggiori dettagli sul tema : D. PIETERS, "What is a social security contribution and what is a tax?" in: *Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa: Festschrift für Professor Bernd Baron von Maydell*, Boecken, W., Ruland, F. and Steinmayer, H.-D. (eds.), Herman Luchterhand Verlag, Neuwied/Kriftel, 2002, pp.515-529 e D.PIETERS e P.SCHOUKENS, "EU-coördinatie van socialezekerheidsbijdragen en belastingen", in: A. VAN REGENMORTEL, e.a.(eds.), *sociale Zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge, Die Keure, 2007,555-606. La causa relativa alla *Künstlersozialabgabe* tedesca è di particolare interesse qui. CGE 8 marzo 2001, Commissione c. Germania, causa C-68/99, *Racc.*, 2001, I-1865.

di sigarette in Belgio, dalle imposte applicate per la sicurezza sociale, semplicemente perché non è assicurato in Belgio e quindi non tenuto a versare la contribuzione di sicurezza sociale belga.

Ciò mostra come in questo campo alcune problematiche rimangano senza risposta, problematiche che purtroppo non hanno trovato soluzione alcuna neppure all'interno del Reg. 883/2004.

Rapporto tra il Regolamento di coordinamento e gli strumenti internazionali di coordinamento

L'obiettivo originario del Regolamento è creare uno strumento multilaterale di coordinamento, al quale i cittadini europei possano fare riferimento direttamente, quando fanno uso del loro diritto di spostarsi nel territorio europeo. Di conseguenza questo strumento multilaterale fu introdotto in sostituzione dei trattati di sicurezza sociale bilaterali, che gli Stati membri stipulavano tra loro. A causa della loro natura bilaterale tali strumenti non garantivano un'applicazione veloce del principio di libera circolazione all'interno dell'Unione Europea. Per questa ragione l'articolo 8 del Reg. 883/2004 sancisce che il Regolamento di coordinamento sostituisce le disposizioni di qualsiasi convenzione di sicurezza sociale che vincoli due o più Stati membri⁵⁸. La Corte di Giustizia Europea si discostò fino a un certo punto da tale principio fondamentale. Nel caso *Rönfeldt*⁵⁹ la Corte stabilì che, nel caso in cui una persona, esercitando il proprio diritto di libera circolazione, viene a trovarsi, applicando un trattato bilaterale, in una situazione migliore che con la soluzione prevista dalle norme di coordinamento, il trattato bilaterale deve avere la precedenza. L'argomentazione si basò sul fatto che, applicando il Regolamento 1408/71, che ha preceduto il Reg. 883/2004, i lavoratori migranti non potevano trovarsi, nell'ambito della sicurezza sociale, di fronte a un risultato peggiore di quello previsto in un trattato bilaterale, operativo in precedenza tra gli Stati membri. La Corte affermò: "Infatti, se è vero che la sostituzione del Regolamento n. 1408/71 alle disposizioni delle convenzioni previdenziali stipulate fra Stati membri ha una portata tassativa, essa non può indurre a misconoscere lo scopo degli (ex) articoli dal 48 al 51 del Trattato CEE [ora artt. da 45 a 48 TFUE]; cosa che avverrebbe se i lavoratori che hanno esercitato il loro diritto di libera circolazione dovessero perdere vantaggi previdenziali loro garantiti in precedenza sia dalla sola normativa nazionale sia dall'azione congiunta della normativa nazionale e delle convenzioni internazionali vigenti fra due o più Stati membri in materia di previdenza sociale." Stabilendo ciò, la Corte seguì un suo *modus operandi* alquanto controverso, già applicato nel caso *Petroni*⁶⁰: il Reg. 1408/71 non può avere come conseguenza il privare il lavoratore migrante di un

(58) Le eccezioni a tale disposizione sono elencate nell'Allegato II al Reg. 883/2004. Il contenuto dell'Allegato II è determinato dal Reg. 988/2009.

(59) CGE, 7 febbraio 1991, *Rönfeldt*, causa C- 227/89, *Racc.* 1991, I-323.

(60) CGE, 21 ottobre 1975, *Petroni*, causa 24/75, *Racc.* 1975, 1149.

risultato migliore, assicurato dalla sola applicazione della legislazione nazionale in tema di sicurezza sociale, (vedi sotto per ulteriori commenti su questo caso). Di conseguenza le amministrazioni di sicurezza sociale devono continuamente paragonare il risultato cui danno luogo i (vecchi) trattati internazionali con quello previsto dal Reg. 1408/71. La Corte di Giustizia Europea, quando alcuni anni dopo decise che comparare il Reg. europeo di coordinamento e i trattati bilaterali era necessario solo se la circolazione dei lavoratori da uno Stato ad un altro avesse avuto luogo prima dell'entrata in vigore del Reg. 1408/71, sembrò capire di aver inficiato il carattere multilaterale e omogeneo del Reg. 1408/71 con il caso *Rönfeldt*⁶¹. Con tale decisione furono in qualche modo limitati gli effetti del procedimento *Rönfeldt*.

4.1.3 - Ambito territoriale di applicazione

Va menzionato che a partire dal 1 maggio 2010 i Reg. 833/2004 e 987/2009 vincoleranno i 27 stati membri dell'Unione europea. Però non saranno vincolanti dalla stessa data per i paesi che formano, assieme agli stati membri dell'UE, l'Area economica europea (AEE). Vale a dire che i Reg. 1408/71 e 574/72 continueranno ad applicarsi alla Norvegia, al Liechtenstein ed all'Islanda sino a che i Reg. 883/2004 e 987/2009 saranno dichiarati applicabili anche a questi paesi. Analoga situazione vi è con la Svizzera, con la quale (gli stati de) l'UE ha stipulato un separato accordo sulla libera circolazione delle persone tra le due entità⁶². Si può comunque ritenere che i Reg. 883/2004 e 987/2009 saranno a breve applicabili all'interno dell'intera AEE.

4.2 - Parità di trattamento

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

L'impatto della legislazione UE su questo tipo di clausole è chiaro. Uno dei pilastri del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea consiste nel principio fondamentale che vieta ogni discriminazione fondata sulla nazionalità (vd. art. 18 e ss. TFUE). Riguardo alla sicurezza sociale questo principio è sancito espressamente dall'articolo 4 del Reg. 883/2004, il quale prevede che le persone alle quali si applica il Regolamento sono soggette agli stessi obblighi e godono delle stesse prestazioni di cui alla legislazione di ciascuno Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato.

(61) CGE, 9 novembre 1995, Thévenon, causa C-475/93, *Racc.*, 1995, I-3813.

(62) Accordo sulla libera circolazione delle persone da un lato tra la Comunità europea ed i suoi stati membri e dall'altro con la Confederazione elvetica, *GU L* 30 aprile 2002, 45.6.

4.2.1. Discriminazione diretta e indiretta

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il principio di parità di trattamento è stato fatto oggetto di ampia interpretazione, vietando non solo l'aperta discriminazione fondata sulla nazionalità, ma anche forme celate di discriminazione che, applicando altri criteri distintivi, di fatto ottengono lo stesso risultato (vedi ad esempio i casi *Pinna*⁶³). In altre parole non sono concesse né forme dirette, né forme indirette di discriminazione. Se le prestazioni familiari vengono esportate con il livello (più basso) dello Stato dove i familiari risiedono, uno Stato adotta un comportamento discriminante per i cittadini stranieri anche quando le stesse regole si applicano in modo equivoco ai propri cittadini, i cui familiari risiedono in un altro Stato UE. Benché non vi sia nessun riferimento, per l'applicazione di tali norme, alla (elemento proibito) nazionalità, l'esito è discriminatorio quando, relativamente parlando, sono molti di più i cittadini stranieri, rispetto ai propri cittadini, ad essere posti di fronte a tale riduzione delle prestazioni familiari (vedi i citati casi *Pinna*)⁶⁴.

4.2.2. Parità di trattamento per prestazioni, reddito, fatti o avvenimenti

Il legislatore europeo ha rinforzato il principio della parità di trattamento aggiungendo un nuovo articolo, il 5, nel Reg. di coordinamento che garantisce l'assimilazione di fatti ed avvenimenti. A prescindere da alcuni espliciti riferimenti nelle concrete norme di coordinamento, il Reg. 1408/71 non conteneva di per sé una clausola generale di assimilazione delle fattispecie. Perciò, escludendo alcuni casi eccezionali, come l'assimilazione dei periodi di assicurazione, gli Stati membri non erano generalmente obbligati a riconoscere la stessa efficacia giuridica ad eventi che si verificavano in un diverso Stato membro.

La mancanza di una norma generale avente ad oggetto l'assimilazione di fatti ed avvenimenti è stata affrontata in passato dalla Corte di Giustizia Europea⁶⁵. La Corte stabilì che nei casi in cui gli Stati non considerino gli effetti giuridici di determinati avvenimenti semplicemente perché verificatisi in un altro Stato membro, ciò deve considerarsi contrario al principio generale di parità di trattamento. Il nuovo articolo 5 del Reg. 883/2004 fa propri questi precedenti giurisprudenziali e stabilisce, in via generale, che gli Stati sono obbligati ad attribuire la stessa efficacia giuridica ad avvenimenti verificatisi in un altro Stato membro (lett. b), così come sono obbligati a riconoscere lo stesso effetto giuridico

(63) CGE, 15 gennaio 1986, *Pinna I*, causa 41/84, *Racc.* 1986, 1 e CGE, 2 marzo 1989, *Pinna II*, causa 359/87, *Racc.* 1989, 585.

(64) Il punto 8 del preambolo del Regolamento di base enfatizza il carattere fondamentale del principio di parità di trattamento e mette anche in chiaro che questo principio è inteso a combattere forme indirette di discriminazione come quelle fondate sulla residenza: "Il principio generale della parità di trattamento è di particolare importanza per i lavoratori che non risiedono nello Stato membro in cui lavorano, compresi i lavoratori frontalieri".

(65) P.es. CGE, 18 aprile 2002, *Duchon*, causa C-290/00, *Racc.*, 2002, I-3567.

alle prestazioni di sicurezza sociale o ad altri redditi che siano previsti o garantiti in un altro Stato membro (lett. a)⁶⁶. Un esempio di tale assimilazione si ha, ad esempio, col servizio militare, che in alcuni Paesi comporta un prolungamento del periodo per cui viene pagata una prestazione per l'orfano. Se tale servizio è effettuato in un altro Stato membro, ciò non deve comportare la sospensione del termine di pagamento di tale prestazione, da parte dello Stato. L'altra parte della norma sull'assimilazione sancisce che lo stesso effetto deve essere attribuito alla regola di sicurezza sociale, quando l'esito di quest'ultima dipende dal reddito o da entrate sostitutive del reddito; in altre parole, se la fonte di reddito (sostitutiva) provenga da un altro Stato membro, deve ugualmente essere presa in considerazione per l'eventuale riconoscimento o calcolo della prestazione.

4.3 - Tutela dei diritti quesiti (principio di esportabilità)

Uno dei più importanti principi di coordinamento è quello della tutela dei diritti acquisiti, il quale garantisce in modo perfetto l'esportabilità delle prestazioni. La relativa base per il coordinamento di sicurezza sociale all'interno del Trattato (art. 48 TFUE) richiama direttamente tale principio: "Il Parlamento europeo e il Consiglio [...] attuando un sistema che consenta di assicurare ai lavoratori migranti dipendenti e autonomi e ai loro aventi diritto [...] il pagamento delle prestazioni alle persone residenti nei territori degli Stati membri."

Il Consiglio, per il suo importante ruolo a livello legislativo, è stato obbligato ai sensi dell'art. 48 TFUE a fissare un quadro normativo per coordinare i sistemi di sicurezza sociale degli stati membri. Quadro che dovrebbe assicurare, tra l'altro, l'esportabilità delle prestazioni di sicurezza sociale.

Un lavoratore che si sposta da uno Stato all'altro senza poter esportare le prestazioni, perderebbe i diritti e le aspettative acquisite nel sistema di previdenza sociale dello Stato membro, presso il quale era iscritto in precedenza. La Corte di Giustizia Europea quindi rilevò come il principio di esportabilità piena e illimitata delle prestazioni in denaro "garantisce ai lavoratori migranti il pieno godimento di determinate prestazioni in denaro, pensioni, e altri sussidi acquisite in virtù della legislazione di uno o più Stati membri, anche se gli interessati risiedono in uno Stato membro diverso da quello in cui si trova l'ente debitore. Scopo di tale disposizione è quello di garantire all'interessato il diritto di fruire di dette prestazioni anche se egli trasferisce la propria residenza in un altro Stato membro, ad esempio nel suo paese d'origine."⁶⁷ Secondo la Corte di Giustizia lo scopo dell'illimitata esportabilità delle prestazioni è "di favorire la libera circolazione dei lavoratori, tutelando gli interessati contro gli svantaggi che potrebbero derivare dal trasferimento della loro residenza da uno Stato membro ad un altro"⁶⁸.

(66) Il punto 9 del Preambolo del Regolamento di base rileva: "In varie occasioni la Corte di giustizia si è pronunciata sulla possibilità di assimilare prestazioni, redditi e fatti. Questo principio dovrebbe essere adottato esplicitamente e sviluppato, rispettando comunque il contenuto e lo spirito delle sentenze giurisdizionali."

(67) CGE 7 novembre 1973, Smieja, proc. 51/73, *Racc.*, 1973, 1213.

(68) CGE, 10 giugno 1982, Caracciolo, proc. 92/82, *Racc.*, 1982, (2213), 2224.

L'articolo 10, par. 1, Reg. 1408/71 si occupava esclusivamente dell'esportabilità delle prestazioni in denaro di lungo periodo. L'art. 7 del Reg. 883/2004 rinforza il principio di esportabilità, stabilendo che è applicabile, in via generale, a tutte le prestazioni in denaro, il che significa che tali prestazioni "non sono soggette ad alcuna riduzione, modifica, sospensione, soppressione o confisca in ragione del fatto che il beneficiario o i familiari risiedono in uno Stato membro diverso da quello in cui si trova l'istituzione debitrice". Tuttavia sono ancora possibili deroghe al principio di esportabilità. Il principio di esportabilità non viene ancora pienamente applicato alle prestazioni di disoccupazione (vd. sotto) e alle prestazioni speciali di carattere non contributivo.

4.4 - Tutela dei diritti in corso di acquisizione (totalizzazione dei periodi)

Il Reg. 883/2004 non tutela solo i diritti quesiti ma mira a garantire anche i diritti in via di acquisizione.

4.4.1 - *Ratio* sottesa al principio

L'attuale Reg. di coordinamento prescrive la totalizzazione dei periodi di assicurazione, occupazione o residenza compiuti sotto la legislazione di vari Stati membri. Questi periodi, se necessari, sono tenuti in conto per l'acquisizione del diritto alla prestazione sotto la legislazione di uno Stato membro diverso, rispetto a quello in cui sono stati completati. Un lavoratore che richiede una pensione di vecchiaia dopo aver lavorato per 14 anni in Spagna e 4 in Germania non soddisfa né le condizioni della legislazione spagnola per riconoscere il diritto alla pensione (sono necessari 15 anni di assicurazione in Spagna per aver diritto a una pensione), né le condizioni della legislazione tedesca per ottenere una pensione tedesca (non ha lavorato per un minimo di 5 anni in Germania). Il Reg., per evitare effetti impeditivi in relazione all'idoneità dei periodi, prevede la totalizzazione dei periodi di assicurazione, occupazione o residenza compiuti negli Stati membri⁶⁹.

La totalizzazione dei periodi è prevista dall'art. 6 del Reg. 883/2004. Questa regola generale è applicabile a tutti gli eventi elencati nel Regolamento di coordinamento. Nel Reg. 1408/71 erano state dettate regole diverse rispetto alla totalizzazione per ogni tipo di prestazione. Il Reg. 883/2004, nel sostituire a tutte queste diverse regole una sola, è più semplice nella formulazione rispetto al Reg. 1408/71. Una delle finalità più rilevanti del nuovo Reg. 883/2004, la semplificazione, si è così realizzata.

(69) La connessione tra la tutela dei diritti in corso di acquisizione e la totalizzazione dei periodi di assicurazione, occupazione, attività autonoma o residenza è posta dai punti 13 e 14 del Preambolo del Regolamento di base in questo senso: "(13) Le norme di coordinamento devono garantire alle persone che si spostano all'interno della Comunità, nonché ai loro aventi diritto e ai superstiti, il mantenimento dei diritti e dei vantaggi acquisiti o in corso d'acquisizione. (14) Questi obiettivi devono essere raggiunti, in particolare attraverso la totalizzazione dei periodi presi in considerazione dalle diverse legislazioni nazionali ai fini dell'apertura e del mantenimento del diritto alle prestazioni e per il calcolo di queste, nonché mediante l'erogazione delle prestazioni alle diverse categorie di persone coperte dal presente Regolamento."

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

4.4.2. - Calcolo del pro-rata e il principio di favorevolezza (c.d. principio *Petroni*)

La totalizzazione viene applicata a tutti i settori della sicurezza sociale. Per quei regimi relativi a prestazioni di lungo termine (come le pensioni di vecchiaia, invalidità e per i superstiti) è associata al principio di ripartizione o calcolo del *pro-rata*. Nel caso di una carriera professionale realizzata in diversi Stati membri, sarà importante capire quale Stato pagherà e quale importo per la prestazione di lungo periodo. Per le persone che hanno avuto una carriera professionale mista, svoltasi in diversi Stati membri, viene applicato il metodo del *pro-rata*. In relazione al periodo di assicurazione conclusosi nello Stato, ogni Stato membro paga una parte della prestazione finale (*pro-rata*). L'applicazione della tecnica del *pro-rata*, tuttavia, ha dato luogo a situazioni piuttosto complesse, specialmente nell'ambito pensionistico, e più precisamente con riferimento alle regole anti cumulo europee e/o nazionali, p.es. le regole finalizzate ad evitare sovrapposizioni di prestazioni per lo stesso periodo temporale, che devono (o meno) essere prese in considerazione.

Le complicanze in ambito pensionistico sono dovute in misura considerevole al rispetto del "principio di *favorevolezza*", detto anche "principio *Petroni*"⁷⁰. Questo principio, nella sua forma più semplice, sancisce come il coordinamento non possa sfociare per il beneficiario in una situazione peggiore, rispetto alla situazione risultante dalla mera applicazione della legislazione nazionale. Deve essere fatta una comparazione tra il risultato cui porta l'applicazione della legge nazionale da un lato e il risultato determinato dall'applicazione delle originarie regole di calcolo del *pro rata*, dall'altro lato. Il soggetto ha diritto all'importo più elevato tra i due, in ogni paese. Come conseguenza di tale principio, il calcolo degli importi pensionistici dovuti nei vari Stati membri dove la persona ha lavorato è ora estremamente complicato (vd. anche sotto).

Vorremmo limitare i nostri commenti ponendo dei punti interrogativi in riferimento al principio di *favorevolezza*. Infatti ha senso sviluppare un intero sistema di coordinamento proprio per servire la libertà di circolazione delle persone e dei servizi e come parte della politica sociale dell'UE, per poi indebolire il sistema ogni

(70) CGE 21 ottobre 1975, proc. 24775, *Racc.*, 1975, 1149.

volta che i calcoli portano a una manciata di euro in più sulla base della legislazione nazionale? Il meccanismo di coordinamento deve essere considerato nella sua totalità. E se il “principio di favorevolezza” è così importante, perché non applicarlo anche alle prestazioni di disoccupazione o alla determinazione dello Stato competente? Sappiamo che la Corte di Giustizia ha dato una risposta a queste domande ⁷¹, ma la risposta rimane, ai nostri occhi, poco convincente e alquanto artificiosa. Il principio di *favorevolezza* verrà analizzato in prosieguo negli altri settori della sicurezza sociale.

4.5. - La sovrapposizione di prestazioni

In situazioni di attività lavorative che si svolgono oltre confine e che quindi comportano l'applicazione consecutiva o simultanea di regole dei regimi di sicurezza sociale di diversi stati membri, vi è il rischio che una persona debba confrontarsi con le norme anticumulo nazionali. Un'applicazione combinata di tali norme può portare ad una situazione dove la persona migrante finisce per perdere una parte significativa dei suoi diritti. P.es. una persona che diventa vedova probabilmente avrà titolo a una pensione di reversibilità; nel momento in cui questa persona acquisisce il diritto ad una propria pensione, ci si chiede fino a che punto la normativa nazionale anticumulo con lo scopo di ridurre un cumulo ingiustificato tra pensione di reversibilità e pensione di anzianità, può essere applicata. Se si applicassero tutte le norme anticumulo nazionali interessate, si arriverebbe ad una situazione di detrimento (perdita di diritti eccessiva) per la persona migrante.

L'art. 10 del Reg. 883/2004 prevede ora come punto di partenza che il Regolamento stesso, “non conferisce né mantiene, salvo disposizioni contrarie, il diritto a fruire di varie prestazioni di uguale natura relative ad uno stesso periodo di assicurazione obbligatoria”. Così le norme anticumulo nazionali possono, secondo le modalità specificate nel Reg. di coordinamento ⁷², essere applicate alle prestazioni che provengono da periodi assicurativi di diverse persone (p.es. pensione di vecchiaia fondata sul proprio periodo assicurativo e pensione di reversibilità basata sul periodo assicurativo del partner deceduto). Tuttavia non si applicano le regole anticumulo nel momento in cui le prestazioni sono relative ad un unico ed uguale periodo assicurativo. Tale principio è sviluppato ulteriormente nei capitoli sul coordinamento che si occupano dei rischi vari (Tit. III: per le pensioni vedasi p.e.s. gli artt. 53-55 Reg. 883/2004).

5. Determinazione della legislazione applicabile

Negli artt. 11 – 16 (Titolo II) del Reg. 883/2004 sono fissate le regole fondamentali per determinare quale sia la legislazione applicabile di sicurezza sociale di uno stato

(71) CGE 19 giugno 1980, Testa, Maggio e Vitali, proc. riuniti 41, 121 e 796/79, *Racc.*, 1980, 1979.

(72) Per le pensioni vedasi p.e.s. gli artt. 53-55 Reg. 883/2004.

membro. Per accertare quale legislazione di sicurezza sociale debba essere applicata, è necessario stabilire prima di tutto a quale particolare categoria di persone appartenga l'interessato, in quanto le regole per determinare la legislazione applicabile differiscono tra lavoratori dipendenti e autonomi, pubblici dipendenti e cittadini non attivi professionalmente⁷³.

5. 1. - Regole generali

5.1.1. - Applicabilità di una sola legislazione

Le regole fissate negli articoli 11-16 del Reg. 883/2004 sono finalizzate a garantire che non si verifichi né una duplicazione né una mancanza di tutela⁷⁴. Sono fissate per prevenire l'applicazione simultanea di due o più legislazioni di sicurezza sociale, ma anche per evitare che le persone migranti subiscano una perdita da un sistema ad un altro, quando nella combinazione dei requisiti richiesti dai differenti sistemi nazionali risulti in concreto la totale mancanza di un sistema che possa essere applicato⁷⁵. Per questo motivo l'art. 11 (1) del Reg. 883/2004 sancisce che solo uno stato è competente: "Le persone alle quali si applica il presente Regolamento sono soggette alla legislazione di un singolo Stato membro. Tale legislazione è determinata a norma del [Titolo II]".

Le norme per determinare la legislazione che deve essere applicata hanno un effetto sia esclusivo sia vincolante. Per effetto esclusivo si intende che una persona, alla quale viene applicato il Reg. 883/2004, è soggetta alla legislazione di un solo Stato membro. In modo da escludere la possibilità di applicare simultaneamente altri regimi di sicurezza sociale di paesi non competenti (in base alla normativa nazionale). Inoltre il regime di sicurezza sociale designato andrà applicato indipendentemente dai requisiti territoriali di tale sistema ("effetto vincolante"). Lo stato individuato come competente deve garantire i diritti di quella persona, anche se secondo il proprio ambito di applicazione territoriale non vi sarebbe tenuto⁷⁶.

(73) Vi sono anche regole particolari per le persone che ricevono indennità di disoccupazione e che risiedono in un stato membro diverso da quello competente (art.11 (3)(c) del Regolamento di base), per quelle che vengono chiamate o richiamate alle armi o al servizio civile in uno stato membro (art. 11 (3) (d) del Regolamento di base) e per gli agenti ausiliari delle Comunità europee (art. 15).

(74) Il punto 15 del Preambolo del Regolamento di base recita: "È necessario assoggettare le persone che si spostano all'interno della Comunità al regime di *sicurezza sociale di un unico Stato membro*, in modo da evitare il sovrapporsi di legislazioni nazionali applicabili e le complicazioni che ne possono derivare.

(75) Y.JORENS e F.VAN OVERMEIREN, "General principles of coordination in Regulation 883/2004", *EJSS*, 2009, 1-2,72.

(76) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, "The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2, 82.

5.1.2. - La legislazione applicabile alle persone subordinate ed autonome

Come sotto la vigenza del Reg. 1408/71, le regole per determinare la legislazione applicabile per i lavoratori subordinati o autonomi, fissate nel Reg. 883/2004, si fondano sul principio della *lex loci laboris*, vale a dire il principio del luogo dove la persona esercita la propria attività lavorativa. L'art. 11, par. 3, lett.a) sancisce chiaramente che una persona che esercita un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato membro.

Il punto di partenza per determinare lo stato membro competente, sia per i soggetti subordinati che per quelli autonomi, rimane così quello che si applica il sistema di sicurezza sociale del paese in cui la persona subordinata o autonoma lavora. Ai sensi dell'art. 11 (3)(a) del Reg. 883/2004 “una persona che esercita un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato membro”. Il principio della *lex loci laboris* è tutt'ora considerato come regola generale: normalmente si sottostà al sistema di sicurezza sociale dello stato membro in cui l'interessato svolge la propria attività subordinata o autonoma⁷⁷. È necessario derogare a detta norma generale solo in situazioni specifiche che giustificano un diverso criterio di applicabilità⁷⁸.

Lavoratori subordinati

Nell'ambito del Reg. 883/2004, un lavoratore subordinato è chiunque svolga o abbia svolto qualsiasi attività considerata tale ai fini dell'applicazione della legislazione di sicurezza sociale dello stato membro in cui è esercitata l'attività in questione. Di conseguenza va presa in considerazione la legislazione di sicurezza sociale dello stato membro interessato, per determinare se tale normativa e quindi anche il Reg. 883/2004 considerino il soggetto in questione come lavoratore subordinato. Ciò è stato confermato dalla Corte europea di giustizia: per «attività subordinata» si dovrebbero intendere le attività lavorative che sono considerate tali ai sensi della normativa previdenziale dello Stato membro nel cui territorio le dette attività vengono svolte. Il fatto che l'interessato possa essere classificato in modo diverso dal diritto del lavoro dello stato membro non comporta che la persona non sia considerata comunque quale subordinata ai fini dell'applicazione del Reg. 883/2004⁷⁹.

(77) Punto 17 del Preambolo del Reg. 883/2004.

(78) Punto 18 del Preambolo del Reg. 883/2004.

(79) Ai sensi dell'art. 1 lett. a del Reg. 883/2004 si intende per “attività subordinata”, “qualsiasi attività o situazione assimilata considerata tale ai fini dell'applicazione della legislazione di sicurezza sociale dello Stato membro in cui è esercitata l'attività in questione o in cui esiste detta situazione”. Vedasi anche in tal senso: CGE, 30 gennaio 1997, De Jaeck, causa C-390/94, *Racc.*, 1997, I -461 e CGE, 30 gennaio 1997, Hervein e Hervillier n.1, causa C-221/95, *Racc.*, 1997, I-609.

Lavoratori autonomi

Quanto sopra è valido anche per i lavoratori autonomi. Nell'ambito del Reg. 883/2004 lavoratore autonomo è chiunque sia o sia stato coperto quale persona autonoma da un sistema di sicurezza sociale di uno stato membro⁸⁰. Di conseguenza si dovrebbe intendere per "attività autonoma" qualsiasi attività considerata tale ai fini dell'applicazione della legislazione di sicurezza sociale dello Stato membro, in cui è esercitata l'attività in questione⁸¹.

Nel caso in cui la qualificazione delle attività svolte si ponga in maniera diversa tra le normative degli stati membri (attività "subordinate" in uno stato, dove tali attività ai sensi della legislazione di un altro stato sono svolte da "lavoratori autonomi") la Corte ritiene che ogni stato abbia la competenza per qualificare le attività che si svolgono sul proprio territorio⁸².

5.1.3. - La legislazione applicabile ai pubblici dipendenti

Per i pubblici dipendenti il punto di partenza nel determinare lo stato membro competente è diverso. Un pubblico dipendente è soggetto alla legislazione dello Stato membro al quale appartiene l'amministrazione da cui egli dipende (art.11 (3)(b) del Reg. 883/2004). Ed è sempre la legislazione dello stato membro, cui appartiene l'amministrazione dalla quale la persona in questione appartiene, che stabilisce se una persona va considerata quale pubblico dipendente o no (art. 1 (d) del Reg. 883/2004).

5.1.4. - La legislazione applicabile alle persone non attive professionalmente

Il Reg. 883/2004 detta un principio generale per individuare la legislazione applicabile alle persone che non sono più professionalmente attive. Ciò è una diretta conseguenza dell'estensione dell'ambito di applicazione *ratione personae* del nuovo Reg. al gruppo dei soggetti non attivi professionalmente (art.2 Reg. 883/2004). Il Reg. 883/2004 si applica in via generale a tutti i cittadini degli stati membri, a tutti gli apolidi e rifugiati (come ai loro familiari e superstiti) che sono o sono stati soggetti alla legislazione previdenziale di uno o più Stati membri. Di conseguenza il Reg. 883/2004 estende il proprio ambito di applicazione alla categoria dei soggetti non attivi⁸³.

(80) Ai sensi dell'art. 1 lett.b del Reg. 883/2004 si intende per: "attività autonoma", qualsiasi attività o situazione assimilata considerata tale ai fini dell'applicazione della legislazione di sicurezza sociale dello Stato membro in cui è esercitata l'attività in questione o in cui esiste detta situazione".

(81) CGE , 30 gennaio 1997, De Jaeck, causa C-390/94, *Racc.*, 1997, I-461 e CGE, 30 gennaio 1997, Hervein e Hervillier n.1, causa C-221/95, *Racc.*, 1997, I-609.

(82) CGE, 30 marzo 2000, Banks, causa C-178/97, *Racc.*, 2000, I-2005.

(83) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, " The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2, 94.

Lex loci domicilii

Le persone non professionalmente attive⁸⁴ sono soggette alla legislazione previdenziale del paese in cui risiedono (art. 11 (3)(e) Reg. 883/2004). Per residenza si intende il luogo in cui una persona risiede abitualmente (art.1 (j) Reg. 883/2004). Alcuni elementi sulla base dei quali determinare la residenza, sono previsti nell'art. 11 (1) Reg. 987/2009, il Regolamento di applicazione, nel caso in cui si verifichi una divergenza di opinioni tra stati membri sul dove uno specifico individuo possa avere la propria residenza⁸⁵. Questi criteri fanno sì che gli stati membri interessati possano stabilire, di comune accordo, dove sia da ritenersi situato il centro degli interessi della persona in questione e quindi la sua residenza. Tale problema va risolto sulla base di una valutazione globale di tutte le informazioni disponibili relative a fatti pertinenti, inclusi i sette criteri menzionati sopra. Nel caso in cui le istituzioni coinvolte non raggiungano un accordo, la volontà della persona, quale risulta da tali fatti e circostanze, in particolare le ragioni che la hanno indotta a trasferirsi, è considerata determinante per stabilire il suo luogo di residenza effettivo (art. 11 (2) Reg. 987/2009).

Persone professionalmente non attive

Altra questione è chi vada considerato come professionalmente non attivo per l'applicazione del Titolo II del Reg. 883/2004. Il Reg. di coordinamento non dà una definizione di tale gruppo, ma fornisce un inizio di definizione nell'art. 11 par. 2. Ivi è previsto che "Ai fini dell'applicazione del presente titolo, le persone che ricevono una prestazione in denaro a motivo o in conseguenza di un'attività subordinata o di un'attività lavorativa autonoma sono considerate come se esercitassero tale attività. Ciò non si applica alle pensioni di invalidità, di vecchiaia o di reversibilità né alle rendite per infortunio sul lavoro, malattie professionali, né alle prestazioni in denaro per malattia che contemplano cure di durata illimitata." Persone che possono essere considerate come professionalmente non attive sono, p.es., i disoccupati che non ricevono o non ricevono

(84) La lettera della norma è "qualsiasi altra persona che non rientri nelle categorie di cui alle lettere da a) a d)", dove le lettere si riferiscono alle categorie dei lavoratori subordinati, degli autonomi, dei dipendenti pubblici, dei disoccupati che risiedono in uno stato membro diverso da quello competente e persone chiamate o richiamate alle armi o al servizio civile.

(85) I criteri sono i seguenti:

- durata e continuità della presenza nel territorio degli stati membri in questione;
- la natura e le caratteristiche specifiche di qualsiasi attività esercitata dal soggetto interessato, in particolare il luogo in cui l'attività è esercitata abitualmente, la stabilità dell'attività e la durata di qualsiasi contratto di lavoro
- situazione familiare e i legami familiari del soggetto
- esercizio di attività non retribuita da parte dell'interessato
- per gli studenti, fonte del loro reddito
- alloggio, in particolare quando permanente
- stato membro nel quale si considera che la persona abbia il domicilio fiscale.

da molto tempo un'indennità di disoccupazione (sono considerate non attive finché non trovano, si spera, un nuovo lavoro), oppure persone che non hanno mai lavorato per qualsiasi ragione (grave disabilità, nessuna necessità di finanziarsi)⁸⁶.

Il principio della *lex loci domicilii* non è automaticamente applicabile a tutte le persone che hanno cessato un'attività professionale a causa di eventi sopravvenuti (malattia, disoccupazione, maternità etc.). Solo le persone che fruiscono di prestazioni di lungo periodo (pensioni di invalidità, di vecchiaia, ...) sono considerate professionalmente non attive e quindi soggette all'applicazione della *lex loci domicilii*. Al contrario le persone in temporaneo congedo per malattia rimangono professionalmente attive, come coloro che interrompono le loro attività per congedo parentale se subordinati (o autonomi) prima di andare in congedo. Analogamente per coloro che diventano disoccupati e ricevono un'indennità di disoccupazione⁸⁷.

Inoltre persone che dipendono da un soggetto professionalmente attivo (sulla base di diritti derivati), per accedere ad un regime previdenziale, rimangono collegate al lavoratore subordinato o autonomo che è a capo della famiglia. P.es. uno studente, che dipende dai propri genitori, continuerà a essere soggetto allo stesso regime di previdenza sociale dei suoi genitori (quali lavoratori subordinati o autonomi). Invece se uno studente non dipende più dalla sua famiglia e deve contare su un giusto reddito per finanziarsi gli studi, p.es. una prestazione, può essere considerato come non attivo e quindi essere soggetto al sistema previdenziale del paese di residenza.

Riassumendo, si può affermare che il principio di residenza è diventato una regola generale per determinare la legislazione applicabile per persone non attive. In rapporto al Reg. 1408/71 non è più una regola residuale, da applicarsi solo se nessun altro stato fosse competente in base alla propria legislazione nazionale. Tuttavia la nuova regola non ha perso del tutto il carattere residuale, visto che il gruppo delle persone non professionalmente attive va interpretato restrittivamente⁸⁸.

5.1.5. - Il principio dell'applicabilità di una sola legislazione è minacciato?

Come già osservato, le regole per determinare la legislazione applicabile hanno sia un effetto esclusivo sia un effetto vincolante. Secondo l'effetto vincolante, il regime di sicurezza sociale designato va applicato indipendentemente dai requisiti territoriali di

(86) ADMINISTRATIVE COMMISSION FOR THE COORDINATION OF SOCIAL SECURITY SYSTEMS, Note esplicative, Non active persons, versione del 25 novembre 2009, da consultarsi via <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=70&policyArea=24&subCategory=26&country=0&year=0&advSearchKey=&mode=advancedSubmit&langId=en> (data di consultazione 1 marzo 2010).

(87) Con l'eccezione di quei disoccupati che risiedevano in uno stato membro diverso da quello in cui hanno lavorato. In questo caso l'art. 65 Reg. 883/2004 indica come competente per il pagamento dell'indennità di disoccupazione lo stato di residenza. Vd. sotto, in tema di disoccupazione.

(88) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, "The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2, 95.

tale sistema. L'effetto vincolante comporta anche che il sistema previdenziale di altri stati membri, diversi da quello designato, deve astenersi dall'applicare la propria normativa. Di conseguenza solo lo stato competente può imporre contributi previdenziali. Gli altri stati membri non possono imporre il pagamento di contribuzione previdenziale, neppure se ciò comporta una tutela sociale suppletiva⁸⁹. Lo stesso principio è valido per le prestazioni: vanno considerate solo la legislazione e le prestazioni dello stato membro designato nei confronti della persona cui sia applicabile il Reg. 883/2004. Lo scopo del Titolo II di entrambi i Reg. 1408/71 e 883/2004⁹⁰ sta per l'appunto nel garantire che la persona interessata sia assoggettata al regime previdenziale di un solo stato membro, evitando l'applicazione di più sistemi normativi nazionali. L'indicazione dello stato competente ci allontana tuttavia dal problema del se tale sistema sia sufficientemente vantaggioso per la persona migrante in rapporto al livello della tutela previdenziale assicurata.

Il principio, secondo il quale va applicata solo una legislazione previdenziale, è stato messo a repentaglio dalla sentenza della Corte di giustizia europea nella causa *Bosmann*⁹¹. I fatti sottostanti a tale causa sono i seguenti: la sig.a *Bosmann*, cittadina belga, residente in Germania, accudisce da sola i suoi due figli. Ha diritto agli assegni familiari tedeschi per il fatto di risiedere in Germania. Tuttavia, dopo che ha iniziato ad esercitare un'attività professionale retribuita nei Paesi Bassi, il versamento di detti assegni le è stato negato. Le autorità tedesche hanno ritenuto che, in applicazione del Titolo II del Reg. di coordinamento, divenisse applicabile esclusivamente il regime delle prestazioni familiari olandese; secondo il loro punto di vista non dovevano essere più erogate prestazioni tedesche. Tuttavia la sig.a *Bosmann* non può comunque beneficiare di alcuna prestazione nei Paesi Bassi: entrambi i figli della sig.a *Bosmann* hanno un'età superiore a quella prevista dalla normativa olandese per l'erogazione di tali prestazioni. Secondo la Corte di giustizia europea una situazione, nella quale un lavoratore migrante perda il suo diritto alle prestazioni familiari nel proprio stato di residenza, senza acquisire un corrispondente diritto nello stato membro di occupazione è incompatibile con il principio cardine della libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE). Il lavoratore migrante non deve né perdere diritti a prestazioni di previdenza sociale né subire una riduzione dell'importo delle stesse per il fatto di aver esercitato il diritto alla libera circolazione che gli è riconosciuto dal Trattato. Pertanto il fatto che, in linea di principio, sia applicabile alla sig.a *Bosmann* solo la normativa di sicurezza sociale dei Paesi Bassi in virtù del Reg. di coordinamento, non esclude la continuazione dei pagamenti delle prestazioni familiari tedesche. Secondo la Corte, le autorità tedesche devono continuare a corrispondere le prestazioni familiari alla sig.a *Bosmann* in quanto questa soddisfa la condizione principale per il riconoscimento del diritto: la residenza in Germania con i due figli.

(89) CGE, 5 maggio 1977, *Perenboom*, causa 102/76, *Racc.*, 1977, 815.

(90) CGE, 12 giugno 1986, *Ten Holder*, causa 302/84, *Racc.*, 1986, 1821.

(91) CGE, 20 maggio 2008, *Bosmann*, causa C-352/06, *Racc.*, 2008, I-2837.

Come si può conciliare questa sentenza della causa *Bosmann* con il principio cardine del Reg. di coordinamento, secondo il quale solo una legislazione di sicurezza sociale è applicabile? Alcuni autori sono dell'opinione che la Corte sia totalmente in conflitto con l'effetto vincolante della singola legislazione previdenziale applicabile. Nell'ottica dei citati autori il meccanismo di base del Reg. di coordinamento verrebbe seriamente distorto se la Corte continuasse a seguire la stessa direzione inaugurata con la causa *Bosmann*⁹². Altri autori hanno una posizione più pragmatica⁹³. Il principio, secondo cui solo una legislazione previdenziale va applicata, deve garantire che le complicità che dovessero emergere dall'applicazione simultanea di diversi sistemi di sicurezza sociale non abbiano un effetto pregiudizievole sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'UE (vd. sopra). In una situazione nella quale lo spostarsi non porta a situazioni complicate, il principio secondo il quale un solo stato è competente diventa meno rilevante. Ma in quest'ottica pragmatica rimane il problema del criterio della complessità? Una situazione al limite quando si può definire complicata e quando no? E chi decide se sia o meno complicata?

Un analogo caso, che dà adito a dubbi sulla solidità del principio di un'unica legislazione, si trova nella causa *Governo della Comunità francese e Governo vallone / Governo fiammingo*⁹⁴. In questo caso la CGE ha considerato la perdita potenziale di prestazioni quale conseguenza del cambiamento dello stato competente, come un ostacolo al principio di libera circolazione. Benché la causa non tratti direttamente le regole sulla determinazione dello stato competente, presenta alcune somiglianze con l'effetto dell'applicazione del principio secondo il quale solo uno stato è competente. La causa si occupava dell'assicurazione assistenziale fiamminga, che, parlando in via generale, si applica solo a persone residenti nel territorio fiammingo e non nei territori belgi dove si parla francese.

Senonché il legislatore fiammingo, per conformarsi al corpus del Reg. di coordinamento, aveva già adattato l'ambito di applicazione *ratione personae*, includendo le persone che lavorano in territorio fiammingo anche se residenti in altro stato membro. La Corte statò che le regole per beneficiare dell'assicurazione assistenziale fiamminga contravvenivano al principio di libera circolazione, in quanto una persona che avesse fatto uso del proprio diritto a spostarsi in Belgio poteva perdere il diritto alle predette prestazioni assistenziali spostandosi dalle Fiandre alla Vallonia. E' interessante quanto statuito dalla Corte al punto 48: "Lavoratori migranti che esercitino o intendano esercitare un'attività di lavoro dipendente o autonomo in una di tali due regioni, infatti, potrebbero

(92) D.MARTIN e J.-P.LHERNOULD, "Conflit de lois en matière de sécurité sociale: la C.J.C.E. vient-elle d'inventer le concept de la législation subsidiairement compétente?", *J.T.T.*, 2008, 345-347.

(93) V. PASKALIA, "Co-ordination of social security in the European Union: an overview of recent case law", *CML, Rev.*, 2009, 1212-1213; A.VAN DER MEI e G. ESSERS, "Inbreuk op de exclusieve werking van Verordening (EG) nr. 1408/71 inzake de coördinatie van sociale zekerheid", *NTER*, 2009, 4, 147-152.

(94) CGE, 1 aprile 2008, causa C-212/06, *Racc.*, 2008, I-1683.

essere dissuasi dall'esercitare la propria libertà di circolazione e di abbandonare il loro Stato membro di origine per risiedere in Belgio dal fatto che la loro istallazione in alcune parti del territorio belga comporterebbe la perdita della possibilità di beneficiare di prestazioni alle quali, altrimenti, avrebbero potuto aver diritto.”

In altri termini, il fatto che i lavoratori dipendenti o autonomi interessati si trovino nella situazione di subire la perdita del beneficio dell'assicurazione ovvero una limitazione della scelta del luogo della loro residenza è, quantomeno, suscettibile di ostacolare l'esercizio dei diritti conferiti dagli artt. 45 TFUE e 49 TFUE. Peraltro questo tipo di pericolo, comportante la perdita di diritti, costituisce una conseguenza strutturale, quando uno si sposta tra vari sistemi di sicurezza sociale (indipendentemente dal fatto che ciò si verifichi all'interno dell'Unione europea o di uno stato federale)? In altre parole, quando in virtù dell'applicazione del Reg. 883/2004, una persona si sposta in un altro stato ed è assoggettata ad un nuovo regime previdenziale e di conseguenza anche ad un sistema meno sviluppato (vale a dire che garantisce un minor numero di eventi) rispetto al sistema cui prima apparteneva, questa situazione va considerata come un ostacolo al principio di libera circolazione? Un esempio potrebbe essere quello del lavoratore che si sposta in uno stato privo di un regime specifico per gli infortuni sul lavoro o le malattie professionali, provenendo da uno stato che invece copre tali eventi. O in alternativa una persona che si sposta in uno stato con un regime previdenziale molto meno sviluppato (quanto a diritti e livello di prestazioni) rispetto allo stato di provenienza (p.es. una persona che si sposta da uno stato, con un regime per i pubblici dipendenti specifico e articolato, in altro stato dove un regime analogo non esiste, essendo i pubblici dipendenti assicurati nella “normale” assicurazione dei lavoratori subordinati). Con le proprie conclusioni nella causa assicurativa fiamminga, la Corte di Giustizia sembra aver aperto uno spiraglio per cambiare questa politica dell'astenersi dal comparare i risultati dei vari sistemi. In assenza di un criterio chiaro che renda possibile una comparazione tra sistemi (cos'è bene e cos'è meglio?) la CGE ha aperto un vaso di Pandora dove la regola, secondo la quale uno ed un solo stato deve essere competente, competenza fissata secondo criteri chiari e ben definiti, è messa in pericolo. O per dirla diversamente, l'ossessione di garantire ad ogni migrante il miglior risultato possibile, sta mettendo all'angolo in maniera crescente il principio della certezza del diritto.

5.2 - Il distacco dei lavoratori

In base alle disposizioni sul distacco, applicabili sia ai lavoratori subordinanti che agli autonomi, è possibile inviare lavoratori per un (breve) periodo in un altro Stato membro, al fine di compiere del lavoro, lasciandoli però assicurati con il sistema di sicurezza sociale del Paese di origine⁹⁵. L'applicazione del principio della *lex loci laboris* non sembra appropriato per la situazione dei lavoratori distaccati, subordinati o autonomi,

(95) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, “The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.”, *EJSS*, 2009, 1-2, 82.

in quanto comporterebbe il loro assoggettamento a un diverso regime previdenziale ogni volta che inizino a lavorare in un altro paese, con tutte le difficoltà che ne deriverebbero (come i vincoli o le complessità burocratiche⁹⁶, una “ricostruzione” alquanto complicata dell’intera carriera professionale per stabilire quale paese sia responsabile per il pagamento della prestazione (o di quale parte della stessa), la possibile perdita di periodi assicurativi, ammontanti a meno di un anno, per il calcolo delle pensioni di vecchiaia⁹⁷, etc.). Se si analizza la normativa in tema di distacco per i lavoratori subordinati ed autonomi bisogna considerare anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea⁹⁸.

5.2.1 - Distacco dei lavoratori subordinati

In conformità all’articolo 12, par. 1, lett. a) del Reg. 883/2004 “La persona che esercita un’attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccata, per svolgervi un lavoro per suo conto, in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un’altra persona⁹⁹”.

(96) Il punto 2 dei considerando della decisione n. A2 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale del 12 giugno 2009 riguardante l’interpretazione dell’art. 12 del reg. (CE) n. 883/2004 sulla legislazione applicabile ai lavoratori distaccati ed ai lavoratori autonomi che lavorano temporaneamente al di fuori dello stato competente (d’ora in poi richiamata come la decisione sul distacco) sancisce che “*Tali disposizioni mirano quindi ad evitare, ai lavoratori ai datori di lavoro e agli enti di sicurezza sociale, possibili complicazioni amministrative derivanti dall’applicazione della regola generale di cui all’art. 11 paragrafo 3, lettera a) del suddetto regolamento, quando è di breve durata il periodo di occupazione in uno Stato membro diverso da quello in cui l’impresa ha la sua sede legale o domicilio o da quello in cui il lavoratore autonomo abitualmente esercita la sua attività*”.

La decisione sul distacco può venir consultata al seguente indirizzo di rete: <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=70&policyArea=24&subCategory=26&country=0&year=0&advSearchKey=&mode=advancedSubmit&langId=en> (data di consultazione 1 marzo 2010).

(97) Gli stati membri non sono tenuti ad erogare pensioni di vecchiaia se la durata dei periodi completati sotto la propria legislazione sia inferiori all’anno e se, tenuto conto soltanto di questi periodi, nessun diritto alle prestazioni è acquisito in virtù di detta legislazione (art. 57 Regolamento di base).

(98) CGE 5 dicembre 1967, Van der Vecht, causa 19/67, *Racc.*, 1967, 345; CGE, 17 dicembre 1979, Manpower, causa 35/70, *Racc.*, 1970, 1251; CGE, 12 luglio 1973, Hakenberg, causa 13/73, *Racc.*, 1973, 935; CGE, 16 febbraio 1995, Calle Grenzshop, causa C-425/93, *Racc.*, 1995, I-269; CGE, 10 febbraio 2000, Fitzwilliam, causa C-202/97, *Racc.*, 2000, I-883; CGE, 30 marzo 2000, Banks, causa C-178/97, *Racc.*, 2000, I-2005; CGE, 9 novembre 2000, Plum, causa C-404/98, *Racc.*, 2000, I-9379; CGE, 26 gennaio 2006, Herbosch Kiere, causa C-2/05, *Racc.*, 2006, I-1079.

(99) Per un’analisi approfondita del distacco dei lavoratori e dei problemi ad esso associati: J.BUELENS, “Detaching en sociale zekerheid: zegening van de markt of sociale dumping?”, in A.VAN REGENMORTEL, H.VERSCHUEREN e V. VERVLIET (ed.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema’s*, Bruges, Die Keure, 2007, 433-479; H.VERSCHUEREN, “Sociale zekerheid en detachering binnen de Europese Unie. De zaak Herbosch Kiere: een gemiste kans in de strijd tegen grensoverschrijdende sociale dumping”, *BTSZ*, 2006, 403-449.

Prima condizione: la durata del distacco

Una delle condizioni fondamentali posta dall'articolo riguarda la durata del distacco. In altri termini il distacco è possibile solo per un periodo massimo di 24 mesi. Va notato che tale periodo massimo di 24 mesi non è altro che un prolungamento del periodo di distacco previsto dal Reg. 1408/71, in cui il distacco era possibile inizialmente per un periodo di 12 mesi. Peraltro se la durata del lavoro da effettuare si prolungava oltre l'iniziale durata prevista di 12 mesi, per circostanze imprevedibili, la legislazione di sicurezza sociale del primo Stato membro rimaneva applicabile fino al compimento di tale lavoro, e ciò per un periodo massimo di ulteriori 12 mesi. In caso di prolungamento lo stato che accoglieva il lavoratore doveva comunque dare il proprio consenso (articolo 14, par.1, lett. b) Reg. 1408/71). Se si effettua un confronto con il Reg. 883/2004, ora lo stato membro ospitante non viene per niente coinvolto, stante il fatto che lo stato di origine, p.es. lo stato membro dal quale è distaccato il lavoratore subordinato, può immediatamente "concedere" un distacco sino a 24 mesi tutti insieme.

Lo stato ospitante deve essere comunque informato del (prossimo) distacco. L'art. 15 (1) del Regolamento di applicazione 987/2009 stabilisce che il datore di lavoro deve informare la competente istituzione dello stato membro da cui origina il distacco "se possibile preventivamente". L'istituzione competente dello stato di origine, che invia il lavoratore, deve poi informare "senza indugio" l'istituzione competente dello stato ospitante. E' comunque possibile iniziare il procedimento di distacco in via retroattiva, p.es. dopo che il dipendente è già stato inviato nell'altro stato membro¹⁰⁰.

Seconda condizione: divieto del chain-posting

Il lavoratore distaccato non può essere inviato in sostituzione di un lavoratore già precedentemente distaccato. Di conseguenza non è permesso porre in essere un invio, senza soluzione di continuità, di lavoratori distaccati (a catena) per lo svolgimento delle stesse attività all'estero.

Oltre a ciò, una volta che il lavoratore ha terminato il suo periodo di distacco non può più essere autorizzato alcun nuovo periodo di distacco per lo stesso lavoratore, per la stessa impresa e per lo stesso stato membro, se non dopo il decorso di almeno due mesi a partire dalla data in cui è terminato il precedente periodo di distacco. E' comunque possibile derogare a tale principio in presenza di specifiche circostanze¹⁰¹. Lo spazio di almeno due mesi tra distacchi che riguardano lo stesso lavoratore, la stessa impresa e lo stesso stato membro sembra coprire non soltanto la situazione in cui il dipendente è distaccato presso la stessa ditta per la stessa occupazione o lavoro. Ma sembra riguardare anche la situazione in cui il dipendente è distaccato presso la stessa ditta, ma per un'altra occupazione o lavoro.

(100) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, "The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2,96.

(101) Punto.3 (b) della decisione sul distacco.

Terza condizione: un periodo di assicurazione previdenziale prima del distacco

In terzo luogo è prevista la condizione che il lavoratore distaccato sia stato assicurato, da un punto di vista previdenziale, prima che venga disposto il distacco. L'art. 12 (1) del Reg. 883/2004 prevede che il lavoratore subordinato “rimane soggetto alla legislazione” dello stato membro da cui è stato inviato. Ciò sembra comportare che, prima del suo distacco, l'interessato doveva essere stato soggetto alla legislazione previdenziale del paese dal quale è stato distaccato. In linea generale si ritiene che il lavoratore debba essere soggetto alla legislazione previdenziale dello stato che lo invia, per almeno un mese prima del distacco¹⁰².

La Corte di giustizia europea ha stabilito in passato che era possibile per un'impresa “affittare” un lavoratore da inviare immediatamente in un altro stato membro. Tale possibilità fu creata in origine per la situazione particolare delle agenzie di lavoro interinale che, per definizione, mettevano personale a disposizione di altre compagnie¹⁰³. Il problema si poneva relativamente al se tale giurisprudenza poteva essere altresì applicata in casi in cui l'impresa distaccante non era un'agenzia di lavoro temporaneo. La Corte di giustizia europea aveva imboccato tale strada nel caso *Plum*, ammettendo che ogni impresa potesse affittare persone da inviare immediatamente in un altro paese¹⁰⁴.

Il legislatore europeo ha però limitato la possibilità di applicare tale precedente giurisprudenziale. L'art. 12 del Reg. 883/2004 dice chiaramente che la persona rimane soggetta alla legislazione, implicando che ciò deve essere già avvenuto e per un certo periodo di tempo. L'art. 14 (1) del Reg. di applicazione conferma ciò: “Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 1, del Regolamento di base, per «persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente la sua attività ed è da questo distaccata per svolgervi un lavoro per suo conto in un altro Stato membro» si intende anche una persona assunta nella prospettiva di tale distacco in un altro Stato membro, purché, immediatamente prima dell'inizio del rapporto di lavoro in questione, la persona interessata fosse già soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro è stabilito.” Questo significa implicitamente che la persona, prima di venir distaccata, doveva essere professionalmente attiva fin dall'inizio e per un periodo minimo nello stato d'invio¹⁰⁵. In altri termini una persona affittata per essere immediatamente inviata in un altro stato membro deve rimanere un'eccezione, dove la necessità di ciò andrà valutata caso per caso¹⁰⁶.

(102) Punto 1, par.4 della decisione sul distacco. Periodi più brevi richiederanno una valutazione caso per caso, che tenga conto di tutti gli altri fattori in causa.

(103) Vedasi le sopraccitate sentenze della CGE nelle cause *Manpower* e *Fitzwilliam*.

(104) Vedasi la sopraccitata sentenza della CGE nella causa *Plum*. P.SCHOUKENS e D. PIETERS, “The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.”, *EJSS*, 2009, 1-2, 84.

(105) Al minimo un mese: vedi il sopraccitato punto 1, par.4 della decisione sul distacco.

(106) Punto 1, par.4 della decisione sul distacco.

Quarta condizione: un legame organico con il datore di lavoro distaccante

Una quarta fondamentale condizione riguarda il rapporto che deve sussistere tra il datore di lavoro distaccante ed il dipendente distaccato (legame organico). L'art. 12 (1) del Reg. 883/2004 sancisce che il dipendente debba svolgere un lavoro "per conto del suo datore di lavoro" nello stato ospitante. Ciò comporta che il dipendente distaccato deve mantenere qualche collegamento con il proprio datore di lavoro durante il distacco. E' questa connessione o questo "legame organico" che legittima la fattispecie del distacco e il permanere dell'assicurazione previdenziale presso lo stato da cui il lavoratore proviene.

La Corte di giustizia europea ha chiarito cosa debba intendersi per "legame organico"¹⁰⁷. Per quanto riguarda tale concetto, tra l'impresa, stabilita nel paese di provenienza, ed il lavoratore, distaccato in un altro stato membro, deve rimanere una connessione, cioè un "legame organico"¹⁰⁸. Per stabilire l'esistenza di tale connessione vanno valutate tutte le condizioni di impiego del lavoratore, per accertare che quest'ultimo sia subordinato all'impresa distaccante. Fra gli altri possono essere presi in considerazione i seguenti elementi: responsabilità nell'assunzione, contratto di lavoro, retribuzione, competenza nel licenziamento e potere di determinare la natura della prestazione¹⁰⁹.

Quinta condizione: svolgimento di attività significative nello stato distaccante

Per le aziende che prendono personale per poi distaccarlo direttamente all'estero (ad esempio, le agenzie di collocamento temporaneo), la Corte di giustizia europea ha stabilito l'obbligo per tali soggetti di provare lo svolgimento di attività significative nel Paese dal quale viene distaccato il personale. Questa ulteriore richiesta, sviluppata dalla Corte, sembrò essere necessaria per contrapporsi al fenomeno di *post-box office*, dove i dipendenti vengono mandati in continuazione in altri Stati membri (specialmente nei Paesi con alta richiesta di manodopera e alti costi di sicurezza sociale)¹¹⁰. Per stabilire se un'impresa di collocamento temporaneo eserciti abitualmente attività significative nel territorio dello Stato membro in cui ha sede, l'ente competente di quest'ultimo

(107) Vedasi la sopracitata sentenza della CGE nella causa Plum. P.SCHOUKENS e D. PIETERS, "The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2, 84.

(108) Il requisito del "legame organico" risulta letteralmente nel punto 1 par.2 della decisione sul distacco "il lavoro sarà considerato svolto per conto del datore di lavoro dello Stato di invio se accertato che il lavoro è stato eseguito per quel datore di lavoro e che persiste il legame organico tra il lavoratore ed il datore di lavoro che lo ha distaccato".

(109) La giurisprudenza della Corte di giustizia europea sul "legame organico" è stata fatta propria in primis nella decisione n. 181 sul distacco e successivamente nella decisione n. 2 sul distacco della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Vd. punto 1, par.3 della decisione sul distacco.

(110) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, "The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2, 84 -85.

è tenuto ad esaminare il complesso dei criteri che caratterizzano le attività svolte da quest'impresa¹¹¹. Nel novero di questi criteri rientrano in particolare il luogo della sede dell'impresa e della sua amministrazione, l'organico del personale amministrativo addetto rispettivamente nello Stato membro di stabilimento e nell'altro Stato membro (o negli altri stati membri) in cui i lavoratori sono distaccati. Sono rilevanti anche il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti e quello in cui sono stipulati per la maggior parte i contratti con i clienti, la legge applicabile ai contratti di lavoro stipulati dall'impresa con i suoi lavoratori, da un lato, e con i suoi clienti, dall'altro. Va poi considerato il fatturato realizzato durante un periodo sufficientemente rappresentativo in ciascuno stato membro interessato. La Corte non ha ritenuto questo elenco esaustivo, poiché la scelta dei criteri deve essere adeguata a ciascun caso specifico¹¹².

La giurisprudenza della Corte di giustizia europea è stata poi ripresa dal legislatore europeo. Il distacco di lavoratori dovrebbe essere intrapreso usualmente solo da quei datori di lavoro che esercitano abitualmente le proprie attività nello stato membro, dal quale i lavoratori sono distaccati (art. 12 (1) Reg. 883/2004). Ciò comporta che questi datori di lavoro svolgono normalmente attività sostanziali, diverse dalle mere attività di gestione interna, nel territorio dello Stato membro in cui sono stabiliti, tenendo conto di tutti i criteri che caratterizzano le attività svolte dall'impresa in questione. I criteri applicati devono essere adatti alle caratteristiche specifiche di ciascun datore di lavoro e alla effettiva natura delle attività svolte (art.14 (2) Reg. 978/2009). Tutti i criteri sopra enunciati, che sono stati enucleati dalla Corte di giustizia europea, come il luogo in cui si trova la sede e l'amministrazione dell'impresa, andranno esaminati in questo contesto¹¹³.

Sesta condizione: divieto di mettere a disposizione di altri il lavoratore distaccato

Non è permesso mettere a disposizione di un'altra impresa, diversa da quella presso la quale il lavoratore è stato distaccato, il lavoratore distaccato¹¹⁴. Tale divieto è fondato sulla preoccupazione che in una situazione così complessa non vi sarebbe più alcun legame organico tra il datore di lavoro distaccante ed il lavoratore distaccato. Di conseguenza non è raffigurabile il distacco di un lavoratore subordinato nelle seguenti tre situazioni¹¹⁵:

- Quando l'impresa presso la quale il lavoratore è stato distaccato lo mette a disposizione di un'altra impresa dello stato membro in cui essa ha sede;
- Quando il lavoratore distaccato presso uno stato membro è messo a disposizione di un'altra impresa con sede in un altro stato membro;

(111) Osservazione 42 della sentenza Fitzwilliam.

(112) Osservazione 43 della sentenza Fitzwilliam.

(113) Punto 1 par.5 della decisione sul distacco.

(114) J.BUELENS, "Detaching en sociale zekerheid: zegening van de markt of sociale dumping?", in A.VAN REGENMORTEL, H.VERSCHUEREN e V. VERVLIET (ed.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Bruges, Die Keure, 2007, 451.

(115) Punto 4 della decisione sul distacco.

- Quando il lavoratore è assunto in uno stato membro per essere distaccato da un'impresa con sede in un secondo stato membro presso un'impresa in un terzo stato membro.

Il datore di lavoro distaccante può comunque distaccare il lavoratore presso una o più imprese situate in uno stesso stato membro, sino a quando l'attività svolta dal lavoratore distaccato continui ad essere svolta per conto dell'impresa di invio¹¹⁶. Ciò che non è ammesso è che l'azienda ricevente distacchi a sua volta il lavoratore distaccato, ovvero che un lavoratore distaccato in uno stato membro venga inviato in un secondo stato membro mentre il suo primo periodo di distacco era ancora in corso.

5.2.2. - Distacco dei lavoratori autonomi

Il distacco non è limitato ai lavoratori subordinati. Anche i lavoratori autonomi possono recarsi in un altro Stato per lavorarvi temporaneamente. L'articolo 12 (2) del Reg. 883/2004 costituisce il fondamento giuridico per il distacco dei lavoratori autonomi: "La persona che esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma in uno Stato membro e che si reca a svolgere un'attività affine in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro, a condizione che la durata prevedibile di tale attività non superi i ventiquattro mesi".

Prima condizione: la durata del distacco

In maniera analoga alla norma sul distacco dei lavoratori subordinati, il distacco per i lavoratori autonomi ai sensi del Reg. 883/2004 è possibile per un periodo massimo di 24 mesi. Con il Reg. 1408/71 il termine massimo di distacco era inizialmente limitato ad un anno, con la possibilità di prolungamento di tale distacco, in casi eccezionali, per un altro anno.

Seconda condizione: vincolo organico con lo stato di provenienza

L'esperienza ha dimostrato che le norme sul distacco dei lavoratori autonomi sono alquanto flessibili e già in passato hanno dato adito a situazioni di abuso. In qualche occasione lavoratori autonomi hanno configurato un distacco al solo proposito di aggirare la legislazione sul lavoro e sulla sicurezza sociale (p.es. contratti di lavoro e similare normativa previdenziale) del paese in cui offrivano temporaneamente i loro servizi¹¹⁷. La Corte di giustizia europea, come reazione a ciò, ha reso in certo qual modo più severe le condizioni per l'uso del distacco da parte dei lavoratori autonomi¹¹⁸. Come

(116) Punto 33 (a) della decisione sul distacco.

(117) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, "The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2, 86 -87.

(118) CGE, 30 marzo 2000, causa C-178/97, Banks, *Racc.*, I-2005 (d'ora in poi indicata come sentenza Banks).

per i lavoratori subordinati, è stato deciso che i lavoratori autonomi devono mantenere un legame organico con il proprio paese di origine, ovviamente non con un datore di lavoro, ma con l'infrastruttura in cui essi organizzano le proprie attività. Il mantenimento di tale infrastruttura è determinato, per esempio, nello Stato d'origine dall'uso di locali, dal versamento dei contributi al regime di previdenza sociale, dal versamento delle imposte, dal possesso di una tessera professionale e di un numero di partita IVA, nonché dall'iscrizione presso la camera di commercio e ad organizzazioni professionali¹¹⁹.

L'art. 14 (3) del Reg. 978/2009 fa riferimento a tale requisito in questo modo: "nel periodo in cui svolge temporaneamente un'attività in un altro Stato membro, [la persona svolgente attività autonoma] deve continuare a soddisfare nello Stato membro in cui è stabilita i requisiti richiesti per l'esercizio della sua attività, al fine di poterla riprendere al suo ritorno." Dovrebbe quindi attendersi che il lavoratore autonomo distaccato ritorni presso lo stato di origine, una volta terminato il distacco. Ciò comporta che egli debba sempre essere in grado di riprendere la propria attività autonoma nel paese di origine¹²⁰.

Terza condizione: il normale svolgimento di un'attività autonoma nello stato di provenienza

Il lavoratore autonomo deve esercitare abitualmente un'attività lavorativa autonoma in uno stato membro prima di potersi distaccare in un altro Stato (art.12 (2) Reg. 883/2004). Prima di essere distaccato il lavoratore autonomo deve aver già svolto attività sostanziali nel territorio dello stato membro in cui è stabilito. Ne deriva che la persona svolgente attività autonoma deve aver lavorato prima del distacco¹²¹. Deve aver già svolto la sua attività per un certo tempo prima della data in cui vuole distaccarsi (art.14 (3) Reg. 987/2009). A titolo indicativo svolgere la propria attività per almeno due mesi si può ritenere che soddisfi tale requisito¹²².

Quarta condizione: necessità che l'attività sia ben determinata e che sia stata svolta un'attività simile nello stato ospitante

L'attività posta in essere dal lavoratore autonomo durante il distacco dev'essere ben determinata a priori. La persona che esercita attività autonoma si accinge a svolgere un lavoro, vale a dire un'attività determinata. Il contenuto e la durata del lavoro, da effettuarsi nello stato ospitante, devono essere predefiniti. L'effettività dell'attività svolta in qualità di autonomo, durante il distacco, può essere provata anche tramite l'evidenza documentale¹²³.

Inoltre un lavoratore autonomo può essere distaccato solo se svolge nello stato ospitante attività affini a quelle esercitate nello stato di origine. P.es. un coltivatore diretto

(119) Osservazione 26 sentenza Banks.

(120) Osservazione 25 sentenza Banks.

(121) Osservazione 25 sentenza Banks.

(122) Punto 2 della decisione sul distacco.

(123) Osservazione 27 sentenza Banks.

non può essere distaccato per svolgere attività in qualità di operaio edile in un altro paese. Ciò che realmente conta è l'effettiva natura dell'attività e non la qualificazione di attività subordinata o autonoma attribuita eventualmente a tale attività nello Stato membro ospitante (art.14 (4) Reg. 987/2009). Tale requisito è stato introdotto *ex novo* nel Reg. 883/2004 e nel suo Regolamento di applicazione 987/2009. Bisognerà vedere quanto effettiva sarà la verifica sul punto¹²⁴.

5.2.3 - Il distacco in base all'articolo 16 (1) del Reg. 883/2004

Il distacco può essere predisposto anche in base all'articolo 16 (1) del Reg. 883/2004 (ex art. 17 Reg.1408/71), sebbene non vi sia alcun riferimento concreto. L'articolo 16 (1) affida alle autorità competenti la possibilità di concordare eccezioni alle norme di designazione di cui agli artt. 11-15 Reg. 883/2004. Ad ogni modo deve essere soddisfatto un criterio: l'accordo deve favorire il soggetto interessato. Nel caso *Brusse*¹²⁵, la Corte sancì che, p.es., situazioni non volute crearsi a causa di un distacco potessero essere corrette attraverso le intese di cui all'articolo 16 (1); e ciò anche con effetto retroattivo. In pratica gli accordi ex articolo 16 (1) sono spesso usati per garantire un distacco di lungo periodo, p.es. 5 anni (che superi quindi il termine di 2 anni, come previsto nell'art. 12 Reg. 883/2004). In concreto accade anche che gli accordi di cui all'art. 16 (1) siano usati per le trasferte di lunga durata¹²⁶. Nel caso *Brusse* la Commissione espresse il proprio punto di vista, in base al quale la condizione secondo cui l'intesa debba favorire la persona interessata non significa che i risultati dei vari sistemi di previdenza sociale, vigenti nell'UE, debbano essere confrontati per verificare quale di questi sistemi soddisfi al meglio la persona. Un tale approccio permetterebbe di poter paragonare i sistemi di sicurezza sociale in un'ottica comune europea. In altre parole l'interesse del lavoratore deve essere correlato all'individuazione del sistema di previdenza sociale applicabile, non invece all'applicazione di un qualunque sistema. Non si deve prendere in considerazione il valore di un sistema, ma il fatto che un sistema sia o no applicabile. Non è in gioco il confronto fra sistemi. Analogamente la Corte ha opposto il principio di favorevolezza (il principio *Petroni*) nei confronti delle norme per la determinazione della legislazione applicabile¹²⁷. Benché tali principi siano rimasti per molti anni solidi come una roccia, oggi iniziano ad essere messi in discussione in un numero crescente di casi da parte della Corte di giustizia europea¹²⁸.

(124) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, "The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2, 97.

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

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

(127) CGE, 19 giugno 1980, *Testa*, Magio e Vitali, causa riunite 41,121 e 796/79, *Racc.*, 1980, 1979.

(128) Vedasi i già citati casi *Bosmann e Governo della Comunità francese e Governo vallone c. Governo fiammingo* al punto 5.1.5.

5.3. - L'esercizio di attività professionali in due o più stati membri

Gran parte dei cambiamenti nel Titolo II del Reg. 883/2004 si trovano probabilmente nelle norme relative all'esercizio contemporaneo di attività professionali di differente natura. Queste specifiche regole sono diventate meno diversificate. Per esempio le speciali regole per il trasporto internazionale sono state abrogate¹²⁹; lo stato competente per questi lavoratori è determinato dalle regole generali per l'esercizio contemporaneo di attività professionali. Allo stesso tempo le norme sono diventate più complesse in quanto in tali norme sono state incluse alcune nuove condizioni che richiedono la significatività delle attività professionali¹³⁰.

5.3.1. - Esercizio simultaneo di attività subordinata

Prima di spiegare in che modo vada accertato quale sia la normativa previdenziale applicabile, deve prima essere messo in chiaro cosa si intenda per esercizio contemporaneo di attività subordinata in due o più stati membri.

Definizione

Ai sensi dell'art. 14 (5) del Reg. di applicazione, l'esercizio contemporaneo di attività subordinata in due o più stati membri considera essenzialmente due situazioni, in cui il lavoratore subordinato:

- pur mantenendo un'attività in uno Stato membro, esercita contemporaneamente un'attività distinta in uno o più Stati membri diversi, a prescindere dalla durata o dalla natura di tale attività distinta;
- esercita continuativamente, a fasi alterne, attività, escluse quelle marginali, in due o più Stati membri, a prescindere dalla frequenza o dalla regolarità delle fasi alterne.

Questo articolo è stato mutuato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea. La prima situazione si rifà alla sentenza della Corte di giustizia europea nella causa *Calle Grenzshop*¹³¹. La seconda situazione si richiama alla sentenza della Corte di giustizia europea nella causa *Hakenberg*¹³². Queste cause sono stati rilevanti anche per delineare l'ambito delle norme di designazione, particolarmente in relazione alla disciplina sul distacco (vd. sotto più approfonditamente il cap. 5.3.5).

(129) Art.14 (2) (a) del Reg. 1408/71.

(130) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, "The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2, 98 -101.

(131) CGE, *Calle Grenzshop* 16 febbraio 1995, causa C-425/93, *Racc.*, 1995, I-269.

(132) CGE, *Hakenberg*, 12 luglio 1973, causa 13/73, *Racc.*, 1973, 935.

Normativa applicabile

Per quanto concerne la normativa applicabile, la logica di base del Reg. 883/2004 è ampiamente comparabile con quella del Reg. 1408/71. In caso di esercizio contemporaneo di attività subordinata in due stati diversi, diviene applicabile la normativa del paese nel quale la persona risiede. Al contrario delle regole di cui al Reg. 1408/71, nel Reg. 883/2004 lo stato di residenza diventa competente solo quando una parte sostanziale di tale attività è svolta in questo stato (art. 13 (1)(a) Reg. 883/2004). Di conseguenza iniziare un lavoro di un'ora la settimana nello stato di residenza, quando si ha un lavoro a tempo pieno in un altro stato, non cambia la determinazione dello stato competente.

L'accezione di "sostanziale" è resa in maniera più concreta nel Reg. di applicazione (art. 14 (8) Reg. 987/2009). Per "sostanziale" non si intende che la maggior parte delle attività debba essere svolta nel paese di residenza, ma che la proporzione dell'attività in uno stato membro non potrà mai essere sostanziale se inferiore al 25% di tutte le attività subordinate poste in essere, considerando orario di lavoro e retribuzione. Quindi l'attività nello stato membro di residenza deve raggiungere una soglia minima.

Se nello stato di residenza non viene esercitata alcuna attività sostanziale, diventa competente lo stato in cui l'impresa o il datore di lavoro che occupa il lavoratore subordinato ha la sua sede o il suo domicilio (art. 13 (1)(b) Reg. 883/2004). Tuttavia, se il lavoratore subordinato dipende da più imprese o da più datori di lavoro aventi la propria sede o il proprio domicilio in diversi Stati membri, si applicherà comunque la normativa dello stato di residenza, indipendentemente dalla misura dell'attività svolta dalla persona nel suo stato di residenza (art. 13 (1)(a) Reg. 883/2004).

5.3.2. - Esercizio contemporaneo di attività lavorative autonome

Prima di spiegare in che modo vada accertata quale sia la normativa previdenziale applicabile, deve prima essere messo in chiaro cosa si intende per esercizio contemporaneo di attività lavorativa autonoma in due o più stati membri.

Definizione

Ai sensi dell'art. 14 (6) del Reg. di applicazione, per esercizio contemporaneo di attività lavorativa autonoma in due o più stati membri si intende in particolare una persona che esercita, contemporaneamente o a fasi alterne, una o più attività lavorative autonome distinte, a prescindere dalla loro natura, in due o più Stati membri.

Normativa applicabile

Per quanto concerne la normativa applicabile, all'attività autonoma si applica una regola simile: il paese di residenza è competente se il lavoratore autonomo esercita almeno una parte sostanziale della sua attività in questo paese (art. 13 (2)(b) Reg. 883/2004). Anche qui il concetto di sostanziale è in qualche modo reso più concreto

nel Reg. di applicazione (art. 14 (8) Reg. 987/2009). La proporzione dell'attività in uno stato membro non potrà mai essere considerata sostanziale se inferiore al 25% di tutte le attività lavorative autonome poste in essere, considerando il fatturato, l'orario di lavoro, il numero di servizi prestati e/o il reddito.

Se il lavoratore autonomo non ha attività sostanziali nel suo stato di residenza, diventa competente lo stato in cui si trova il centro di interessi delle sue attività (art. 13 (2)(b) Reg. 883/2004). Il centro di interessi delle attività di un lavoratore autonomo è determinato prendendo in considerazione tutti gli elementi che compongono le sue attività professionali, in particolare il luogo in cui si trova la sede fissa e permanente delle attività dell'interessato, il carattere abituale o la durata delle attività esercitate, il numero di servizi prestati e la volontà dell'interessato quale risulta da tutte le circostanze (art. 14 (9) Reg. 987/2009).

5.3.3. - Esercizio contemporaneo di attività subordinate e autonome

Nei casi in cui attività di natura subordinata e autonoma siano svolte contemporaneamente in differenti stati, sarà applicabile il sistema di un solo paese, vale a dire quello in cui il soggetto esercita attività subordinata (art. 13 (3) Reg. 883/2004). Se l'interessato lavora, quale subordinato, almeno in due diversi stati membri, lo stato competente andrà determinato secondo le norme relative all'esercizio abituale di un'attività subordinata per come delineate nell'art. 13 (1) Reg. 883/2004.

Questa è la maggior differenza rispetto al Reg. 1408/71. Allora la regola fondamentale era la stessa: una persona che svolga attività sia subordinate sia autonome sul territorio di diversi stati membri è assoggettata al sistema previdenziale del paese dove lavora quale subordinato (art. 14 quater, sub a) Reg. 1408/71). Ciò nonostante se un paese avesse optato per essere inserito nell'allegato VII (cosa che molti stati fecero), sarebbe rimasto competente per le attività autonome svolte sul suo territorio. Di conseguenza l'interessato era assoggettato al sistema di sicurezza sociale di due paesi, ognuno dei quali era competente con riguardo alle attività esercitate sul proprio territorio: lo Stato in cui lavorava come subordinato per le attività subordinate; lo Stato in cui lavorava come soggetto autonomo per le attività autonome¹³³.

5.3.4. - Esercizio contemporaneo di attività in veste di pubblico dipendente e di altre attività professionali

Un dipendente pubblico che lavori anche quale lavoratore subordinato o autonomo in uno o più altri Stati membri rimane soggetto alla legislazione dello Stato membro al quale appartiene l'amministrazione da cui esso dipende (art. 13 (4) Reg. 883/2004).

(133) Vedasi per un'applicazione concreta di tale norma A.LANGEVOERD e S.VAN DER WAAL, "A director-major shareholder of a Dutch company living in Belgium and socially insured in the Netherlands", *Expat News*, 2009, 7, 1-4.

5.3.5. - Come distinguere il distacco dalle specifiche regole di designazione per l'esercizio contemporaneo di attività in diversi Paesi?

In pratica risulta problematico differenziare dal distacco le regole enucleate per la prestazione simultanea di attività professionali¹³⁴. Un soggetto può essere regolarmente inviato all'estero in vari Paesi dal proprio datore di lavoro ovvero può esservi distaccato quale lavoratore autonomo. In tale situazione sarà da considerare come distaccato o sarà soggetto alle specifiche regole di designazione per l'esercizio contemporaneo di attività in Paesi diversi? La differenza è importante non solo perché le procedure amministrative e l'esito finale potrebbero essere diversi per ognuna delle regole, in base alle quali viene determinata la legislazione applicabile, ma anche per le differenti conseguenze che da tali norme scaturiscono in tema di competenza dello Stato interessato nel qualificare giuridicamente le attività svolte sul territorio. Ogni Stato ha in linea di principio la competenza per qualificare le attività esercitate sul proprio territorio in base alla propria legislazione di sicurezza sociale (vd. sopra). Per il distacco è diverso; in questo caso la competenza nel qualificare le attività a seconda della legislazione di sicurezza sociale rimane in capo allo Stato distaccante. Consideriamo la situazione in cui un lavoratore autonomo, distaccato in un altro Paese, svolge attività che, nello Stato ospitante, sono considerate attività dipendenti. Se applichiamo la norma per l'esercizio contemporaneo di attività professionali di natura mista, il paese in cui lavora quale dipendente diventa improvvisamente competente per tutte le attività svolte (art. 14 (3) Reg. 883/2004). Se consideriamo le attività svolte all'estero come distacco, la persona rimane assicurata socialmente quale lavoratore autonomo nel suo stato di origine.

Nella causa *Calle Grenzshop*¹³⁵ troviamo una prima indicazione per fissare la differenza tra le due normative di designazione. La Corte sancì che un lavoratore dipendente, con residenza in uno Stato membro e alle esclusive dipendenze di un'impresa con sede in un altro Stato membro, il quale, nell'ambito di tale rapporto di lavoro, esercita regolarmente, per più ore alla settimana e per un periodo non limitato a dodici mesi, parte della sua attività nel primo Stato membro non rientra nelle disposizioni sul distacco. L'Avvocato Generale *Lenz* dedicò parecchie riflessioni a tale argomento. Seguendo il suo pensiero, il distacco si riferisce a un periodo continuo ma determinato, durante il quale le attività professionali sono esercitate in un altro paese; durante tale periodo non viene svolta alcuna attività lavorativa nel Paese di provenienza. Quindi non si attaglia ad una situazione nella quale le attività vengono svolte sin dall'inizio contemporaneamente in due (o più) Stati membri. Inoltre il distacco può essere garantito solo per un determinato lasso temporale (secondo il Reg. 1408/71 normalmente per un periodo di un anno, secondo il Reg. 883/2004 per un periodo sino a due anni). Se accade che sin dall'inizio una persona lavori regolarmente all'estero per un periodo più lungo

(134) P.SCHOUKENS e D. PIETERS, "The rules within the Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation.", *EJSS*, 2009, 1-2, 110 -111.

(135) *Ibidem*.

di un anno (o due anni) l'applicazione delle norme sul distacco diventa meno ovvia; questo è senza dubbio il caso di quando il lavoro all'estero deve essere esercitato in un posto prestabilito. La situazione di una persona, assunta da un'azienda per essere professionalmente attiva in due paesi e le cui attività all'estero seguono uno schema fisso e predeterminato, non può essere soggetta alle disposizioni in tema di distacco.

L'art. 14 par.7 del Regolamento di applicazione conferma questo punto di vista: per distinguere tali due fattispecie "è determinante la durata dell'attività svolta in uno o più Stati membri diversi (se abbia carattere permanente o piuttosto carattere puntuale e temporaneo). A tal fine, viene effettuata una valutazione globale di tutti i fatti pertinenti tra cui, in particolare, nel caso di un lavoratore subordinato, il luogo di lavoro definito nel contratto di lavoro."

6. - Brevi lineamenti sul coordinamento dei rischi sociali

Nel descrivere il coordinamento dei rischi sociali verrà seguita passo passo la struttura del Reg. 883/2004. Perciò saranno trattati consecutivamente assistenza sanitaria e malattia, invalidità, pensioni di vecchiaia e per i superstiti, prestazioni di disoccupazione e prestazioni familiari. Considerando il carattere introduttivo del presente testo non verranno trattati gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali¹³⁶, nonché le prestazioni in caso di morte¹³⁷.

6. 1.- Assistenza sanitaria e malattia

Le norme sostanziali di coordinamento in tema di prestazioni di malattia, maternità e paternità assimilate si trovano negli artt. 17 - 35 del Reg. 883/2004. Le disposizioni amministrative sono delineate dagli artt. 22 - 32 del Reg. 987/2009.

6.1.1. - Assistenza sanitaria

Nella terminologia del Regolamento le norme riguardanti l'assistenza sanitaria sono denominate "prestazioni in natura". Esse sono definite come prestazioni "che sono destinate a fornire, mettere a disposizione, pagare direttamente o rimborsare i costi delle cure mediche e dei prodotti e dei servizi connessi con tali cure." (art. 1 punto v bis)¹³⁸. Sono comprese anche le prestazioni in natura per le cure di lunga durata.

Norme specifiche per l'assistenza sanitaria sono applicate ai pensionati e loro familiari (artt. 22 - 28 Reg. 883/2004). Per tutte le altre persone tutelate dal Regolamento di coordinamento devono essere prese in considerazione le norme di cui in prosieguo (artt. 17 - 20 e 22 Reg. 883/2004).

(136) Artt. 36 - 41 Reg. 883/2004.

(137) Artt. 42 e 43 reg. 883/2004.

(138) Questa definizione è stata introdotta con il Reg. 988/2009.

Accesso all'assistenza sanitaria in caso di residenza in uno Stato membro diverso dallo Stato membro in cui si è assicurati socialmente

La prima serie di norme si occupa della situazione in cui l'assicurato risiede in uno stato membro diverso da quello in cui è assicurato socialmente. Un lavoratore che risiede fuori dallo stato competente può beneficiare di una prestazione in natura nello stato di residenza (art.17). La prestazione deve essere riconosciuta conformemente alle disposizioni dello stato di residenza, come se la persona fosse assicurata in questo paese. La persona avrà diritto a ricevere, nello stato dove risiede, prestazioni in natura nei limiti e a norma delle disposizioni legislative di questo paese, come se fosse assicurato in quest'ultimo. Ciò comporta tra l'altro che sono applicate le tariffe dello stato di residenza, così come ogni modalità di invio tra chi fornisce l'assistenza sanitaria. Infine lo Stato competente deve rimborsare i costi allo Stato di residenza, in quanto il soggetto è assicurato socialmente nel primo.

Tali disposizioni sono inoltre applicabili, per analogia, ai familiari del lavoratore, residenti in uno Stato membro diverso da quello competente.

Dimora nello Stato membro competente, qualora il luogo di residenza sia in un altro Stato membro

Le persone assicurate, assicurate in uno stato membro, vale a dire nello stato competente, ma che risiedono in un altro stato membro hanno diritto all'assistenza sanitaria in conformità alle disposizioni dello stato competente, quando dimorino temporaneamente nello stato competente¹³⁹. Tale norma è rilevante specialmente per i lavoratori frontalieri. I lavoratori frontalieri sono persone che esercitano un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro e che risiedono in un altro Stato membro, nel quale ritornano in linea di massima ogni giorno o almeno una volta la settimana¹⁴⁰.

Quanto ai familiari dei lavoratori frontalieri (art. 18 par.2) possono fruire dell'assistenza sanitaria nel paese di occupazione del lavoratore frontaliere, a meno che questo paese neghi tale possibilità (vd. Allegato III per l'elenco¹⁴¹). In quest'ultimo caso i familiari hanno diritto solo alle prestazioni in natura comprese nell'"assistenza medica necessaria" (vd. sotto).

Per quanto concerne i lavoratori frontalieri in pensione, essi possono continuare a ricevere assistenza sanitaria nel paese di ultima occupazione se vi è il problema di

(139) "dimora" è definita "la residenza temporanea" (art.1 (k) Reg. 883/2004).

(140) Art. 1 (f) Reg. 883/2004.

141) Nell'allegato III sono indicati i seguenti stati membri: Danimarca, Estonia, Irlanda, Spagna, Italia, Lituania, Ungheria, Paesi Bassi, Finlandia, Svezia e Regno Unito. Peraltro i punti dell'allegato III corrispondenti a Estonia, Spagna, Italia, Lituania e Paesi Bassi cesseranno di avere effetto con il 1 maggio 2014 (art. 87 (10 bis) Reg. 883/2004 per come modificato dall'art. 1 par. 19 lett. b) Reg. 988/2009).

continuare un trattamento già iniziato in questo paese (art. 28 par.1 Reg. 883/2004)¹⁴². Un lavoratore frontaliero in pensione può anche continuare a fruire dell'assistenza medica nel suo ultimo paese di occupazione se ivi è stato un lavoratore frontaliero per almeno due degli ultimi cinque anni che precedono il suo pensionamento o invalidità, purché sussista un accordo¹⁴³ tra questo paese e quello competente (art. 28 par. 2 Reg. 883/2004).

Cure mediche necessarie in caso di soggiorno temporaneo in un altro stato membro

Una disposizione importante che garantisce l'accesso all'assistenza sanitaria in caso di soggiorno temporaneo all'estero, è la procedura relativa alle cure mediche necessarie. Tale norma del Reg. 883/2004 (art.19) è applicata, p.es., annualmente da migliaia di turisti che trascorrono le proprie vacanze in un altro stato membro. Nel caso in cui una persona dimori temporaneamente all'estero avrà diritto alle prestazioni in natura, qualora il suo stato di salute necessiti di assistenza medica. Anche qui è applicata la regola generale, secondo la quale la persona ottiene le prestazioni a carico dell'istituzione del luogo di dimora ai sensi delle disposizioni della legislazione che essa applica, come se essa fosse assicurata presso tale istituzione. Per invocare il diritto all'assistenza medica necessaria la persona deve presentare un certificato, in base al quale chi fornisce le cure mediche possa certificare la copertura sanitaria del paziente nel sistema di sicurezza sociale straniero. Per la maggior parte degli assicurati ciò era costituito dal noto modello E-111; da giugno 2004 in poi è stata introdotta una tessera europea di assicurazione malattia (TEAM) (in plastica) in sostituzione dei modelli cartacei E-¹⁴⁴.

Come viene definita "l'assistenza medica necessaria" nel Reg. 883/2004? L'art. 19 del Reg. 883/2004 sancisce che essa riguarda "*prestazioni in natura che si rendono necessarie sotto il profilo medico nel corso della dimora, tenuto conto della natura delle prestazioni e della durata prevista della dimora.*" L'art. 25 lett. a par.3 del Regolamento di applicazione 987/2009 precisa ulteriormente che garantisce le cure "*che si rendono necessarie sotto il profilo medico affinché la persona assicurata non sia costretta a ritornare nello Stato membro competente per ricevere le cure necessarie prima della conclusione prevista del suo soggiorno*".

L'assistenza medica necessaria quindi comprende le prestazioni in natura connesse a malattie croniche o preesistenti¹⁴⁵. La Corte di giustizia europea ha statuito che il concetto di "trattamento necessario" non può essere interpretato nel senso che detto

(142) Tale norma è altresì applicabile ai familiari dei lavoratori frontalieri in pensione, a meno che lo stato membro di ultima occupazione non rientri nell'elenco di cui all'allegato III.

(143) Tale tipo di accordi dovrebbe essere riportato nell'allegato V del Regolamento di coordinamento.

(144) Reg. (CE) n. 631/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, 31 marzo 2004, *GU L* 6 aprile 2004, 100, 1; il Regolamento è entrato in vigore dal 1 giugno 2004. Oltre al modello E-111 per i turisti la tessera sostituisce anche i modelli E-110 (per i trasportatori internazionali su strada), E-128 (per gli studenti) e E-119 (per i disoccupati in cerca di lavoro).

(145) Punto 1 della Decisione n. S3 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che definisce le prestazioni di cui all'art. 19 par.1 e all'art. 27 par.1 del Reg.(CE) n. 883/2004 nonché all'art. 25 lett. A par. 3 del Reg. (CE) n. 987/2009.

beneficio sia limitato ai soli casi in cui le cure somministrate si siano rese necessarie a causa di malattia manifestatasi improvvisamente. In particolare, il fatto che le cure richieste dall'andamento dello stato di salute dell'assicurato durante un suo soggiorno provvisorio in un altro Stato membro siano eventualmente connesse ad una patologia preesistente e conosciuta dell'assicurato, come una malattia cronica, non significa che le condizioni per l'applicazione dell'"assistenza medica necessaria" non siano soddisfatte¹⁴⁶. Anche le prestazioni in natura connesse alla gravidanza o al parto sono comprese nelle disposizioni relative all'assistenza medica necessaria¹⁴⁷.

La commissione amministrativa elabora un elenco delle prestazioni in natura, che si rendono necessarie sotto il profilo medico, che necessitano per motivi pratici dell'accordo preventivo tra la persona interessata e l'istituzione che presta le cure (art. 19(2)). Questa procedura sembra occorrere a salvaguardia del paziente affinché il trattamento richiesto sia ottenibile. Deve garantire la continuità delle cure necessarie a un assicurato durante la dimora in un altro stato membro¹⁴⁸. Ogni cura sanitaria di natura vitale che è ottenibile solo presso strutture terapeutiche qualificate e/o con apparecchiature e/o personale altamente specializzato, è soggetta in linea di principio ad un accordo preventivo tra assicurato e unità che dispensa la cura, per garantire che il trattamento sia ottenibile durante la dimora dell'assicurato nel paese interessato¹⁴⁹. In particolare sono i seguenti trattamenti a richiedere tale accordo preventivo: dialisi renale, ossigenoterapia, trattamento speciale dell'asma, ecocardiografia in caso di malattie croniche autoimmunitarie e chemioterapia¹⁵⁰.

In ogni caso, nell'ambito del Reg. 883/2004, la norma relativa all'assistenza medica ritenuta necessaria (art.19) non può essere invocata da assicurati che si trasferiscono in un altro stato membro con l'intento di ricevervi prestazioni in natura durante il loro soggiorno temporaneo. Per es. prestazioni in natura connesse al parto non sono comprese nelle disposizioni in materia di "cure mediche necessarie", se l'obiettivo del soggiorno in un altro stato membro sia proprio l'evento del parto¹⁵¹. Affinché la prevista assistenza

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

(147) Punto 1 della Decisione n. S3 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che definisce le prestazioni di cui all'art. 19 par.1 e all'art. 27 par.1 del Reg.(CE) n. 883/2004 nonché all'art. 25 lett. A par. 3 del Reg. (CE) n. 987/2009.

(148) Punto 6 dei considerando della Decisione n. S3 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che definisce le prestazioni di cui all'art. 19 par.1 e all'art. 27 par.1 del Reg.(CE) n. 883/2004 nonché all'art. 25 lett. A par. 3 del Reg. (CE) n. 987/2009.

(149) Punto 3 della Decisione n. S3 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che definisce le prestazioni di cui all'art. 19 par.1 e all'art. 27 par.1 del Reg.(CE) n. 883/2004 nonché all'art. 25 lett. A par. 3 del Reg. (CE) n. 987/2009.

(150) L'Allegato, non esaustivo, della Decisione n. S3 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che definisce le prestazioni di cui all'art. 19 par.1 e all'art. 27 par.1 del Reg.(CE) n. 883/2004 nonché all'art. 25 lett. A par. 3 del Reg. (CE) n. 987/2009.

(151) Punto 2 della Decisione n. S3 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che definisce le prestazioni di cui all'art. 19 par.1 e all'art. 27 par.1 del Reg.(CE) n. 883/2004 nonché all'art. 25 lett. A par. 3 del Reg. (CE) n. 987/2009.

in un altro stato membro venga rimborsata, è necessaria la previa autorizzazione da parte dell'istituzione competente prima di recarsi all'estero per un trattamento sanitario (art. 20, par.1).

Procedura di autorizzazione

La persona assicurata autorizzata beneficia delle prestazioni in natura erogate dall'istituzione del luogo di dimora, secondo le disposizioni della legislazione che essa applica, come se fosse assicurata in virtù di tale legislazione. (art. 20 (2)). Ciò comporta tra l'altro che si applicano le tariffe del paese della temporanea residenza. Lo stato competente rimborserà i costi al paese di temporanea residenza, visto che la persona è assicurata nel primo.

L'autorizzazione deve essere concessa (art. 20, par.2):

1) qualora le cure figurino tra le prestazioni previste dal sistema sanitario del paziente e,

2) se le cure non possono essere ottenute nello stato in cui è assicurato entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia.

La Corte europea di giustizia ha sottolineato, nella causa *Inizan*¹⁵², come la situazione sanitaria del paziente sia un fattore determinante per sapere se il trattamento può essere erogato senza eccessivo ritardo. Le condizioni di salute del paziente devono, in altri termini, prevalere rispetto alla procedura amministrativa. E' assolutamente possibile che un paese applichi un periodo di attesa ragionevole per determinate cure e che quindi venga rifiutato il permesso di recarsi all'estero, dal momento che le cure possono essere garantite entro il periodo d'attesa stabilito in via amministrativa; peraltro se le condizioni di salute del paziente richiedono che tale trattamento gli sia erogato prima, l'autorizzazione a recarsi all'estero non può essere negata, anche se il trattamento nel paese di residenza può essere garantito entro i tempi previsti in sede amministrativa.

Oltre a ciò, il procedimento amministrativo preventivo deve, in particolare, essere fondato su un sistema procedurale facilmente accessibile e capace di assicurare che una richiesta di autorizzazione sia trattata in modo oggettivo e imparziale entro un lasso di tempo ragionevole. I dinieghi dell'autorizzazione devono poter essere inoltre impugnati in via giudiziale o quasi giudiziale. Ne consegue in particolare che i rifiuti di autorizzazione o le motivazioni sulle quali tali rifiuti si basano devono fare riferimento a norme specifiche, poste a loro fondamento, ed essere debitamente giustificati alla luce di tali norme¹⁵³.

Il rimborso al paziente, nel caso in cui abbia anticipato le spese, ovvero il pagamento delle cure mediche straniere avviene in base alle tariffe del sistema sanitario del luogo in

(152) CGE, 23 ottobre 2003, *Inizan*, causa C-56/01, *Racc.*, 2003, I-12304.

(153) CGE, 23 ottobre 2003, *Inizan*, causa C-56/01, *Racc.*, 2003, I-12304.

cui le cure sono state erogate. I costi del trasporto presso le strutture sanitarie (straniere) non sono coperti. Ciò comporta che, in caso di cure ospedaliere, sono rimborsati da parte dello stato competente soltanto i costi sanitari dei servizi medici e quelli inestricabilmente connessi al soggiorno in ospedale ed ai pasti ivi consumati. Altri costi, come quelli del viaggio, della sistemazione e della sussistenza sopportati dall'assicurato e da qualunque altra persona che lo accompagni nel territorio dello stato membro, in cui le cure vengono erogate, non sono rimborsati dallo stato competente¹⁵⁴.

Cosa succede nel caso in cui le tariffe nello stato competente siano più alte di quelle applicate dallo stato che ha erogato le cure? Tale questione è stata affrontata nel caso *Vanbraekel*¹⁵⁵. In tale causa l'assicurato aveva dovuto anticipare i costi, prima di ricevere un rimborso dall'istituzione sanitaria competente. Tale istituzione in un primo momento aveva ritenuto di non dare l'autorizzazione, ma successivamente fu costretta da un tribunale nazionale a fornire al paziente l'autorizzazione richiesta per ricevere le cure in un ospedale straniero. La Corte di giustizia europea decise che il rimborso doveva essere eseguito sulla base delle tariffe (più alte) del paese competente (in cui il paziente era assicurato). Il rimborso in base alle tariffe più basse (quelle effettivamente pagate) del paese che aveva erogato le cure, avrebbe ostacolato la libera circolazione dei servizi. Non è ancora chiaro se tale precedente giurisprudenziale debba essere applicato in senso stretto (al caso in cui pazienti anticipino i costi nel corso della procedura di autorizzazione del Reg. 883/2004) ovvero se le istituzioni sanitarie debbano comparare sistematicamente le tariffe del proprio sistema con quelle applicate nello stato che eroga le cure, in modo da rimborsare sulla base delle tariffe più alte.

Diritto all'assistenza sanitaria in un altro stato: applicazione dei principi di libera circolazione dei beni e dei servizi in materia di assistenza sanitaria

Nei casi *Kohll e Decker*¹⁵⁶ la Corte di Giustizia Europea confermò la validità della procedura di autorizzazione nei confronti dei principi di libera circolazione del Trattato CE. Vi era in ballo la procedura di autorizzazione, prevista nel sistema sanitario del Lussemburgo. Alla procedura contenuta nel Regolamento di coordinamento era stata data minuziosa attuazione nell'ambito del diritto nazionale del Lussemburgo. La questione in esame era che il signor *Kohll* e il signor *Decker* non soddisfacevano la procedura di autorizzazione. La Corte di Giustizia Europea concluse che richiedere la previa autorizzazione prima del rimborso del costo del trattamento medico o del costo di beni sanitari in un altro Stato membro era una restrizione ingiustificabile della libera circolazione di beni e servizi. Tuttavia decise anche che il Regolamento di coordinamento non violava la normativa comunitaria, poiché suggeriva solo una delle possibili modalità

(154) CGE, 23 ottobre 2003, Inizan, causa C-56/01, Racc., 2003, I-12304.

(155) CGE, 12 luglio 2001, Vanbraekel, causa V-368/98, Racc., 2001, I-5363.

(156) CGE 28 aprile 1998, C-120/95, Decker, Racc., 1998, I-1831 e CGE 28 aprile, causa C-158/96, Kohll, Racc., 1998, I-1931.

di rimborso delle cure sanitarie ottenute in un altro Stato membro. In altre parole venivano messe alla prova le procedure di autorizzazione nazionali nei confronti dei principi di libera circolazione, ma non la procedura di autorizzazione europea per come delineata nel Regolamento di coordinamento¹⁵⁷.

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

- o applicare la procedura di coordinamento prevista nel Regolamento di coordinamento (art. 20 Reg. 883/2004). In tal caso le istituzioni sanitarie straniere vengono pagate in base alle tariffe in vigore nello stato che eroga le cure mediche,

- o recarsi da chi eroga le cure all'estero, anticipargli direttamente i costi e chiedere al ritorno il rimborso, sulla base delle tariffe applicabili nello stato competente (di residenza) (sulla base dei principi di libera circolazione delle merci e dei servizi; CGE precedente giurisprudenziale *Kohll e Decker*).

Nei successivi casi *Geraets-Smits e Peerbooms*¹⁵⁸, *Müller-Faurè e van Riet*¹⁵⁹, *Watts*¹⁶⁰ e *Stamatelaki*¹⁶¹ la Corte affinò le decisioni *Kohll e Decker*. In questi casi, concernenti il trattamento ospedaliero erogato fuori dallo Stato competente, la Corte ha confermato che un sistema di autorizzazione preventiva costituisce un ostacolo alla libera prestazione di servizi medici. La natura del sistema di assistenza sanitaria non è importante al riguardo; il fatto che sia necessaria una previa autorizzazione per ottenere cure (con copertura) all'estero, sia nell'ambito di un sistema a rimborso o di un sistema di terzi pagatori in natura, è ostativo per l'articolo 56 del TFUE. Tuttavia la Corte sancì che la previa autorizzazione può essere giustificata da precise ragioni, come ad esempio

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

Più concretamente, tali ragioni giustificative possono essere invocate da uno Stato membro per applicare una procedura di autorizzazione con riferimento a cure ospedaliere¹⁶²; ad ogni modo, non è giustificata per le cure ambulatoriali¹⁶³. Inoltre un'autorizzazione amministrativa preventiva deve applicarsi a tutti i soggetti che erogano

(157) Anche se va detto che la maggior parte (ma non tutte) delle procedure di autorizzazione erano in linea con la procedura di autorizzazione del Regolamento di coordinamento.

(158) CGE 12 luglio 2001, *Smits e Peerbooms*, causa C-157/99, *Racc.*, 2001, I-5473.

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

(160) CGE, 16 maggio 2006, *Watts*, causa C-372/04, *Racc.*, 2006, I-4325.

(161) CGE, 19 aprile 2007, *Stamatelaki*, causa C-444/05, *Racc.*, 2007, I-3185.

(162) Vedi per una recente applicazione CGE 23 ottobre 2003, *Inizan*, proc. C-56/01, *Racc.* 2003, I-12403.

(163) Né per i trattamenti termali: vedi CGE 18 marzo 2004, *Leichtle*, proc. C-8/02, *Racc.*, 2004, I-2641.

prestazioni sanitarie, i cui servizi possano avere un impatto simile sul mercato delle prestazioni mediche¹⁶⁴. Infine un regime di previa autorizzazione amministrativa deve essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, che garantiscono la sua idoneità a circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali¹⁶⁵. La Corte decise anche che il principio di non discriminazione, ex articolo 18 TFUE, impedisce ai soggetti che erogano cure mediche e/o alle istituzioni sanitarie di far pagare tariffe più elevate ai pazienti stranieri rispetto a quelle accordate ai residenti del proprio paese¹⁶⁶.

6.1.2. - Prestazioni di malattia in denaro

La Corte europea di giustizia definisce le «prestazioni di malattia in denaro» come *“prestazioni a carattere periodico consistenti nel procurare un reddito sostitutivo o un sostegno economico destinati a preservare il livello di vita complessivo della persona malata e degli eventuali membri della sua famiglia.”*¹⁶⁷ Al contrario dell'articolo relativo all'assistenza sanitaria, dove le prestazioni in natura sono definite, in questo caso si ha a che fare con prestazioni in denaro sostitutive del reddito.

In comparazione con l'assistenza sanitaria (prestazioni in natura) le regole di coordinamento sono molto più semplici. La regola principale consiste nel fatto che (solo) lo stato competente paga le prestazioni in caso di malattia, se necessario esportandole nello stato dove l'interessato risiede o dimora provvisoriamente (art.21).

Le stesse regole sono applicabili alla maternità e alle prestazioni di paternità assimilate, visto che anch'esse forniscono una sostituzione del reddito per un certo periodo di tempo.

6.2. - Invalidità

Per quanto riguarda l'invalidità (incapacità al lavoro di lungo periodo) possono essere distinti due tipi di legislazione in Europa: sistemi “A” e sistemi “B”. Nei sistemi “A” l'importo della prestazione erogata non dipende dai periodi di assicurazione compiuti sotto il suddetto regime. In altre parole si segue la “logica delle prestazioni di malattia” (vale a dire la prestazione è pagata dall'ultimo stato membro competente). In un sistema “B” l'ammontare della prestazione dipende dai periodi di assicurazione: più lunghi sono i periodi di assicurazione maturati sotto tale regime, maggiore sarà la prestazione. Qui ci si riporta alle “logiche pensionistiche”. I metodi di coordinamento

(164) CGE, 10 marzo 2009, Hartlauer, causa C-169/07, *Racc.*, 2009, non ancora pubblicata § 55 [n.d.t. è pubblicata in *Racc.*, 2009, I- 1721].

(165) CGE, 10 marzo 2009, Hartlauer, causa C-169/07, *Racc.*, 2009, non ancora pubblicata § 64. [n.d.t. è pubblicata in *Racc.*, 2009, I- 1721].

(166) CGE 3 ottobre 2000, Ferlini, proc. C- 411/98, *Racc.*, 2000, I-8081.

(167) CGE, 15 giugno 2006, Acereda Herrera, causa C-466/04, *Racc.*, 2006, I-5341, § 33.

applicati per i sistemi “A” e “B” nel Reg. 1408/71 erano diversi. La situazione in cui un soggetto accumulava periodi tra differenti sistemi presentava problemi. Se l’ultimo sistema era di tipo B, la persona rischiava di perdere le prestazioni del precedente sistema (dei precedenti sistemi) di tipo A e di acquisire solo il diritto ad una pensione parziale che rispecchiava il periodo assicurativo maturato sotto il sistema di tipo B. Qualora la persona divenisse invalida in un sistema di tipo A, acquisiva del tutto ingiustificatamente il diritto ad una prestazione “intera” nell’ultimo sistema, combinato con una pensione parziale del sistema (dei sistemi) di tipo B, in cui era stata assicurata previamente.

Per i soggetti assicurati solo nei sistemi “B”, il Reg. 1408/71 prevedeva l’applicazione del metodo del *pro-rata* (vedi sotto). Per i soggetti assicurati solo nei sistemi “A” si applicava una differente tecnica di coordinamento: il soggetto interessato riceveva (nel momento in cui la malattia diviene invalidità) la prestazione da parte dello Stato membro dove era stato assicurato per ultimo. In caso di un tipo misto di assicurazione (prima di tipo “A” e poi di tipo “B” o viceversa) era nuovamente applicato il metodo di calcolo *pro-rata*.

Nel nuovo Reg. 883/2004 (art.46) la regola del *pro-rata* è applicata in via generale (indipendentemente dal regime di invalidità). Tuttavia i Paesi che abbiano un sistema di tipo “A” possono ancora optare per un calcolo in linea con il coordinamento delle prestazioni di malattia (l’ultimo Paese di occupazione paga l’intero ammontare dell’invalidità), se inseriscono a tal proposito questo regime nell’allegato VI del Reg. di coordinamento¹⁶⁸ e l’interessato abbia completato i periodi di assicurazione o residenza esclusivamente sotto tale tipo di legislazione “A” (art. 44 Reg. 883/2004).

Dalla malattia all’invalidità: differenti approcci in ambito nazionale e coordinamento (causa Leyman)

La decisione della Corte di giustizia europea nel caso *Leyman*¹⁶⁹ è importante in relazione al passaggio dalla malattia (incapacità al lavoro di breve periodo) all’invalidità (incapacità al lavoro di lunga durata). Il problema sta nel fatto che il passaggio dalla malattia all’invalidità è normato in maniera differente da un sistema all’altro. In alcuni sistemi lo status di invalidità viene dato solo dopo che l’assicurato abbia completato il periodo di malattia (dove anche il periodo di malattia varia tra gli stati). In altri stati è possibile avere subito il diritto alla prestazione di invalidità quando è chiaro, sin dall’inizio, che l’incapacità al lavoro ha natura permanente. Il caso *Leyman* riguarda una situazione in cui l’inizio dello stato di invalidità era disciplinato diversamente tra due stati. Riguardava una cittadina belga, la sig.ra *Leyman*, che dopo aver lavorato 32

(168) Nell’allegato VI sono riportati i seguenti Stati membri: Repubblica ceca, Estonia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Finlandia, Svezia e Regno Unito. Pur avendo una legislazione di tipo “A”, il Belgio e l’Olanda non sono menzionati nell’allegato VI. Di conseguenza la regola del pro rata è applicabile in tali paesi a partire dal 1 maggio 2004.

(169) CGE, 1 ottobre 2009, *Leyman*, causa C-3/08, non ancora pubblicata nella Racc.

anni in Belgio, aveva lavorato per 2 ulteriori anni in Lussemburgo, prima di diventare inabile al lavoro (in modo permanente). Il Lussemburgo aveva concesso una prestazione di invalidità alla sig.ra *Leyman*, ma l'ammontare di tale prestazione era alquanto basso, in base al fatto che il Lussemburgo ha una prestazione di tipo "B"; di conseguenza l'indennità della sig.ra *Leyman* prendeva in considerazione solo i due anni lavorati in Lussemburgo. Ella aveva anche diritto ad una prestazione di invalidità belga, ma tale prestazione era erogabile solo dopo il primo anno di inabilità al lavoro: durante il primo anno di inabilità lavorativa in Belgio viene erogata una prestazione di malattia. Ma siccome la sig.ra *Leyman* era divenuta inabile al lavoro in Lussemburgo (ultimo stato competente) non aveva diritto alla prestazione di malattia belga.

Nella propria sentenza del 1 ottobre 2009¹⁷⁰ la Corte di giustizia europea ritenne questa situazione contraria all'art. 45 TFUE (ex art. 39 del Trattato), vale a dire alla libertà fondamentale della libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea. La sig.ra *Leyman* era stata penalizzata relativamente alla sua prestazione sostitutiva del reddito per aver circolato tra due stati membri. Tale penalizzazione a livello finanziario deve essere considerata quale ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei lavoratori (per come delineata dall'art. 45 TFUE). Quindi, se tutta la sua carriera lavorativa si è svolta in Belgio, deve avere diritto ad una prestazione belga dal primo giorno di inabilità al lavoro. La sig.ra *Leyman* si trovava quindi in una situazione di svantaggio rispetto a quelli che si trovano nel medesimo stato di inabilità definitiva, ma non abbiano esercitato la libertà di circolazione. La legislazione dell'UE sancisce che gli stati membri hanno il dovere di mettere in atto tutti i mezzi di cui dispongono per evitare la violazione di una libertà fondamentale, normata a livello europeo. Perciò la Corte decise che il sistema di sicurezza sociale belga dovesse riconoscere una prestazione di invalidità in capo alla sig.ra *Leyman* a partire dal primo giorno della sua (definitiva) inabilità al lavoro, e quindi non dopo un anno.

6.3. - Pensioni di vecchiaia, e superstiti

Le norme per il calcolo ed il riconoscimento delle pensioni di vecchiaia non sono state modificate in modo significativo, ma piuttosto riformulate e semplificate¹⁷¹.

Il metodo tradizionale di calcolo e liquidazione

In caso di pensioni di vecchiaia, invalidità e per i superstiti ciò che caratterizza in modo predominante il coordinamento è la totalizzazione dei crediti maturati sotto i regimi dei vari Stati membri. La totalizzazione comporta che lo Stato competente deve

(170) CGE, 1 ottobre 2009, *Leyman*, causa C-3/08, non ancora pubblicata nella Racc.

(171) H.VERSCHUEREN, "Regulation 883/2004 and invalidity and old-age pensions", *EJSS*, 2009, 1-2, 158.

considerare i periodi di copertura maturati sotto la legislazione di altri Stati membri, come se fossero compiuti sotto la propria legislazione applicata per accertare l' idoneità ad acquisire tali prestazioni (vedi anche 4.4). Per determinare l'ammontare della prestazione, tuttavia, il calcolo è limitato ai periodi di copertura assicurativa e di reddito maturati sotto il sistema dello Stato competente.

Per esempio, un soggetto ha lavorato come cuoco per 12 anni in Italia, 12 in Francia e 21 nei Paesi Bassi. Supponendo un' identica età pensionabile nei 3 Paesi interessati, il pensionato avrà diritto a 3 pensioni pagabili dall' amministrazione previdenziale italiana, francese e olandese. Ogni amministrazione nazionale deve calcolare la prestazione *pro-rata* sulla base del periodo di assicurazione maturato sotto la propria legislazione (art. 52 (1)(b) Reg.883/2004). Per fare ciò l' amministrazione deve calcolare prima l'importo teorico della prestazione cui l' interessato avrebbe diritto, come se avesse completato tutti i periodi assicurativi sotto la legislazione di ognuno dei Paesi interessati. Nel nostro esempio ogni Paese deve calcolare la pensione teorica che verrebbe garantita ad un soggetto che ha maturato un periodo assicurativo di 45 anni (12+12+21). Di questo importo teorico il Paese eroga un importo effettivo, vale a dire un importo *pro-rata* corrispondente all' effettivo periodo completato sotto la sua legislazione (ciò significa nel nostro esempio i 12/45 dell' importo teorico italiano, i 12/45 di quello francese e i 21/45 di quello olandese).

In applicazione del principio di *favorevolezza* è tuttavia previsto un secondo calcolo nel Reg. 883/2004 (art. 52 (1) (a) Reg. 883/2004). Senza applicare le regole pensionistiche di coordinamento l' amministrazione deve calcolare quale importo pensionistico riceverebbe l' assicurato applicando solo la legge nazionale. Questa comparazione tra i due metodi va fatta in ogni Paese; l' interessato ha diritto all' importo più elevato fra i due (art. 52 (3) Reg. 883/2004).

Disposizioni speciali per regimi pensionistici basati sull' accantonamento

Il metodo tradizionale di calcolo e liquidazione delle pensioni di vecchiaia si adatta perfettamente ai sistemi di pensioni per la vecchiaia basati sui periodi di occupazione, assicurazione e/o residenza. Tuttavia questo metodo non è sempre appropriato per quei regimi basati sull' accantonamento, le cui prestazioni dipendono esclusivamente dal valore maturato dal capitale accumulato attraverso i contributi versati¹⁷². Pertanto si applicano ai regimi pensionistici fondati sull' accantonamento, che sono elencati nella II parte dell' allegato VII del Reg. 883/2004, disposizioni speciali¹⁷³.

Nell' ambito di tali regimi pensionistici, fondati sull' accantonamento, non va applicato il calcolo *pro rata* (art. 52 (5) Reg. 883/2004). Chi eroga la pensione

(172) H.VERSCHUEREN, "Regulation 883/2004 and invalidity and old-age pensions", *EJSS*, 2009, 1-2, 158.

(173) Le disposizioni speciali sono applicate ai regimi pensionistici, fondati sull' accantonamento, dei seguenti stati membri UE: Bulgaria, Estonia, Francia, Lettonia, Ungheria, Austria, Polonia, Slovenia, Slovacchia, Svezia e Regno Unito.

deve calcolare l'ammontare della pensione che l'assicurato riceverebbe, applicando esclusivamente la normativa nazionale. Tuttavia nell'applicare la normativa nazionale, chi eroga la pensione deve considerare tutti in periodi assicurativi o di residenza maturati sotto la legislazione di ogni altro stato membro. In altre parole il montante contributivo deve essere ulteriormente incrementato per tutti questi periodi, come se l'assicurato fosse stato assicurato da un punto di vista previdenziale nello stato membro dove è collocato il regime pensionistico basato sull'accantonamento (art. 56 (1)(d) Reg. 883/2004). I periodi di assicurazione o di residenza in uno stato membro inferiori ad un anno non vanno assolutamente presi in considerazione (art.57 (4) Reg. 883/2004).

6.4. - Prestazioni di disoccupazione

Le regole di coordinamento vigenti per la disoccupazione sono alquanto complesse, anche dopo l'entrata in vigore del Reg. 883/2004¹⁷⁴.

La nozione di prestazioni per la disoccupazione

Contrariamente alle altre prestazioni di sicurezza sociale, il concetto di prestazioni di disoccupazione non è ancora stato definito dai Regolamenti di coordinamento. Pertanto bisogna far riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Secondo i precedenti della Corte, una prestazione di disoccupazione è essenzialmente destinata a sostituire la retribuzione, non percepita a causa della perdita del lavoro e allo scopo di provvedere al sostentamento del lavoratore¹⁷⁵. Una prestazione di disoccupazione copre il rischio relativo alla perdita di reddito subita dal lavoratore in seguito alla perdita involontaria del lavoro, quando egli è ancora in grado di lavorare. Pertanto, una prestazione concessa quando tale rischio si realizza e che non è più dovuta al cessare di tale situazione, per il fatto che l'interessato svolge un'attività retribuita, deve essere considerata una prestazione di disoccupazione¹⁷⁶.

Le regole nel caso in cui lo stato competente e quello di residenza coincidano

La prima regola principale del coordinamento delle prestazioni di disoccupazione riguarda la situazione in cui lo stato competente (spesso questo è lo stato dell'ultima occupazione) e quello di residenza coincidono. In tal caso un lavoratore che diventa

(174) Vedasi p.es.: F. PENNING, "Coordination of unemployment benefits under the Regulation 883/2004", *EJSS*, 2009, 1-2, 177-203; A.-S. TSHILEMBE, "La réforme des règlements sur la coordination des systèmes de sécurité sociale: quels acquis et modifications en matière de prestations de chômage?", *R.D.S.*, 2009, 435-477.

(175) CGE, 11 settembre 2008, Petersen, causa C-228/07, *Racc.*, 2008, I-6989, § 25.

(176) CGE, 18 luglio 2006, De Cuyper, causa C-406/04, *Racc.*, 2006, I-6947, § 24 e § 27.

disoccupato nello stato competente e risiede in tale stato ha diritto alle prestazioni di disoccupazione, se soddisfa le condizioni della normativa statale (art. 61 Reg. 883/2004).

Le regole nel caso in cui lo stato competente e quello di residenza non coincidano

Qualora il disoccupato non risieda nello stato competente (spesso questo è lo stato dell'ultima occupazione) si applicano regole di coordinamento differenti per le prestazioni di disoccupazione. In tal caso deve essere operata una distinzione tra persone che si trovano in disoccupazione parziale o accidentale o in disoccupazione completa (art. 65 Reg. 883/2004).

Persone che si trovano in disoccupazione parziale o accidentale

La disoccupazione parziale presuppone che vi sia ancora un legame contrattuale lavorativo tra il soggetto in stato di disoccupazione parziale ed il suo datore di lavoro. La disoccupazione parziale non è perciò collegata alla durata di una qualsiasi temporanea sospensione dell'attività del lavoratore. Un lavoratore va considerato in stato di disoccupazione parziale se rimane occupato presso un'impresa, in uno stato membro diverso da quello nel cui territorio risiede e in cui la sua attività sia sospesa, benché egli possa tornare al suo posto in qualunque momento¹⁷⁷.

Le persone in stato di disoccupazione parziale o accidentale che, nel corso della loro ultima attività subordinata o autonoma, risiedevano in uno Stato membro diverso dallo Stato membro competente, si mettono a disposizione del proprio datore di lavoro o degli uffici del lavoro nello Stato membro competente. Esse beneficiano delle prestazioni in base alla legislazione dello Stato membro competente, come se risiedessero in tale Stato membro (art.65 (1) Reg. 883/2004).

Persone che si trovano in disoccupazione completa

Se una persona, in assenza di un qualsiasi rapporto contrattuale di lavoro, non ha più alcun collegamento con lo stato membro di occupazione (p.es. in quanto il rapporto contrattuale di lavoro è terminato o è scaduto) deve essere considerata in stato di disoccupazione completa ai sensi dell'art. 65 (2) del Reg. 883/2004¹⁷⁸. Con riguardo ai disoccupati completi, va fatta una distinzione tra lavoratori frontalieri da un lato e

(177) Decisione n. U3 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale relativa al concetto di "in stato di disoccupazione parziale" applicabile al disoccupato ai sensi dell'art. 65 (1) del Reg. (CE) n. 883/2004.

(178) Decisione n. U3 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale relativa al concetto di "in stato di disoccupazione parziale" applicabile al disoccupato ai sensi dell'art. 65 (1) del Reg. (CE) n. 883/2004.

lavoratori non frontalieri¹⁷⁹ dall'altro (art. 65 (2) Reg. 883/2004).

I lavoratori frontalieri in disoccupazione completa si devono mettere a disposizione degli uffici del lavoro nello Stato membro di residenza (art. 65 (2) primo capoverso prima frase Reg. 883/2004). Essi devono iscriversi come richiedenti lavoro presso i centri per l'impiego dello Stato membro nel quale risiedono. Sono sottoposti ai controlli ivi predisposti e rispettano le condizioni stabilite dalla legislazione di tale Stato membro di residenza (art. 65 (3) prima frase Reg. 883/2004). Essi ricevono le prestazioni in base alla legislazione dello Stato membro di residenza come se fossero stati soggetti a tale legislazione durante la loro ultima attività subordinata o autonoma (art.65 (5) (a) prima frase Reg. 883/2004). Tuttavia i lavoratori frontalieri in disoccupazione completa possono, a titolo supplementare, porsi a disposizione dei centri per l'impiego dello Stato membro nel quale hanno esercitato la loro ultima attività subordinata o autonoma (art. 65 (3) seconda frase Reg. 883/2004).

I lavoratori in disoccupazione piena, non frontalieri, hanno una scelta. Possono scegliere di tornare nel proprio stato di residenza. In tal caso si devono mettere a disposizione dei centri per l'impiego nello stato membro di residenza e ricevono le prestazioni di disoccupazione a carico dello stato membro di residenza (art.65 (2) primo capoverso Reg. 883/2004). Possono però decidere anche di non tornare nel loro stato di residenza, ma di rimanere nello stato membro della loro ultima occupazione. In tal caso essi devono mettersi a disposizione dei centri per l'impiego nello stato membro di ultima occupazione (art.65 (2) secondo capoverso Reg. 883/2004). Ed è da questo stato che ricevono le prestazioni di disoccupazione.

Esportabilità delle prestazioni di disoccupazione

Per finire, una persona in disoccupazione completa può recarsi in un altro stato membro per cercarvi lavoro e ricevere comunque il pagamento delle prestazioni di disoccupazione da parte dello stato membro dal quale è partita, alle seguenti condizioni (art. 64 Reg. 883/2004):

- prima della partenza, il disoccupato deve essere stato iscritto come richiedente lavoro e deve essere rimasto a disposizione dei centri per l'impiego dello Stato membro competente per almeno quattro settimane dall'inizio della disoccupazione¹⁸⁰.
- il disoccupato deve iscriversi come richiedente lavoro presso i centri per l'impiego dello Stato membro in cui si reca, essere sottoposto ai controlli ivi predisposti e rispettare le condizioni stabilite dalla legislazione di detto Stato membro.
- lo Stato membro dal quale il disoccupato si è allontanato continua a erogare le prestazioni di disoccupazione per un periodo di tre mesi. Tuttavia gli uffici o le istituzioni

(179) "lavoratore frontaliere" è qualsiasi persona che esercita un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro e che risiede in un altro Stato membro, nel quale ritorna in linea di massima ogni giorno o almeno una volta la settimana (art.1 (f) Reg. 883/2004).

(180) Gli uffici o le istituzioni competenti possono tuttavia autorizzare la partenza prima della scadenza di tale termine di 4 settimane.

competenti possono prorogare il periodo di tre mesi fino ad un massimo di sei mesi. Nel caso in cui l'interessato non abbia trovato lavoro nell'altro stato membro e ritorni nello stato membro da cui si è allontanato, successivamente alla scadenza del succitato periodo da 3 a 6 mesi (c.d. ritorno tardivo), perderà il diritto alle prestazioni di disoccupazione in questo stato membro¹⁸¹.

6.5. - Prestazioni familiari

Sotto il Reg. 1408/71 le disposizioni normative relative alle prestazioni familiari erano alquanto complicate. Il capitolo sulle prestazioni familiari del Reg. 883/2004 è certamente uno dei campi in cui lo scopo di semplificare la normativa di coordinamento previdenziale può dirsi raggiunto¹⁸².

Il concetto di prestazioni familiari

Il concetto di prestazioni familiari è ampiamente definito. Ai sensi dell'art. 1 (z) del Reg. 883/2004, per "prestazione familiare" si intendono tutte le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, ad esclusione degli anticipi sugli assegni alimentari e degli assegni speciali di nascita o di adozione menzionati nell'allegato I del medesimo Regolamento. Secondo il considerando n.34 del preambolo al Reg. 883/2004 devono essere prese in considerazione le sentenze della Corte di giustizia europea nelle cause *Hoever e Zachow*¹⁸³ e *Kuusijärvi*¹⁸⁴. In entrambi i casi la Corte stabilì che un'indennità destinata a compensare i carichi familiari e più in particolare a remunerare l'allevamento di un bambino, a o compensare ulteriori costi relativi alla cura e alla crescita del bambino e, se necessario, per ridurre gli svantaggi finanziari connessi alla rinuncia ad un reddito proveniente da un'occupazione a tempo pieno, andava considerata come "prestazione familiare" nell'ambito del Regolamento di coordinamento. Perciò la portata del concetto di "prestazione familiare" deve essere molto ampia, in modo da consentire la tutela sia di situazioni che si possono descrivere come classiche prestazioni familiari, sia di situazioni più particolari, come nel caso di prestazioni finalizzate a controbilanciare la perdita di reddito da parte dei genitori che si dedicano alla cura dei figli¹⁸⁵.

(181) La legislazione nazionale può prevedere che le prestazioni di disoccupazione siano esportabili per un periodo maggiore di 6 mesi. Inoltre in casi eccezionali gli uffici o le istituzioni competenti possono consentire all'interessato di ritornare in una data posteriore senza perdita del diritto.

(182) S.DEVITZI, "The coordination of family benefits by Regulation 883/2004", *EJSS*, 2009, 1-2, 206.

(183) CGE, 10 ottobre 1996, *Hoever e Zachow*, cause C-245/94 e C-312/94, *Racc.*, 1996, I-4895.

(184) CGE, 11 giugno 1998, *Kuusijärvi*, causa C-275/96, *Racc.*, 1998, I.3419.

(185) S.DEVITZI, "The coordination of family benefits by Regulation 883/2004", *EJSS*, 2009, 1-2, 207.

Esportabilità delle prestazioni familiari

L'art. 67 del Regolamento prevede espressamente l'esportabilità delle prestazioni familiari. Una persona ha diritto alle prestazioni familiari, ai sensi della legislazione dello Stato membro competente, anche se i familiari risiedono in un altro Stato membro.

Regole di priorità

L'art. 68 del Reg. 883/2004 contiene delle disposizioni per impedire il cumulo di prestazioni per lo stesso bambino e per lo stesso lasso temporale. Infatti potrebbe darsi il caso in cui una famiglia abbia diritto a due prestazioni familiari da parte dei due stati dove entrambi i genitori lavorano ovvero da parte di due stati quando un genitore lavora in uno di questi e i figli vivono in un altro stato. Tale cumulo di prestazioni familiari si evita dando priorità alle prestazioni familiari di un particolare Stato membro.

L'art. 68 (1)(a) del Reg. 883/2004 fissa delle regole di priorità per prestazioni dovute da più Stati membri a diverso titolo. P.es. un padre lavora nello stato membro A ed ha diritto alle prestazioni familiari da questo stato in quanto vi lavora. La madre che non lavora vive nello stato membro B con i figli. Essa ha diritto alle prestazioni familiari da questo stato per il fatto che sia lei che la sua famiglia vi risiedono. In ciò consiste il significato dell'espressione "prestazioni dovute da più Stati membri a diverso titolo"¹⁸⁶.

Ai sensi dell'art. 68 (1)(a) del Reg. 883/2004 l'ordine di priorità è il seguente: in primo luogo lavoro subordinato o lavoro autonomo, in secondo luogo l'erogazione di una pensione e in terzo luogo la residenza. Nel caso menzionato prima (padre che lavora nello stato membro A, madre che vive nello stato membro B) la priorità è riconosciuta in capo allo stato membro A.

L'art. 68 (1)(b) del Reg. 883/2004 fissa delle regole di priorità per prestazioni dovute da più Stati membri a un medesimo titolo. L'ordine di priorità è il seguente:

- nel caso di diritti conferiti a titolo di un'attività professionale subordinata o autonoma la priorità è riconosciuta allo stato dove risiedono i figli a condizione che un genitore vi svolga il proprio lavoro. Se non è questo il caso sarà lo stato con l'ammontare più elevato della prestazione familiare a dover erogare il sussidio.

- nel caso di diritti conferiti a titolo di erogazione di pensioni o di rendite la priorità va al luogo di residenza dei figli a condizione che sia dovuta una pensione sotto quella legislazione. Altrimenti sarà lo stato in cui è maturato il periodo di assicurazione o di residenza più lungo a dover erogare la prestazione.

- Infine, nel caso di diritti conferiti a titolo della residenza, verrà prima il luogo di residenza dei figli.

(186) S.DEVITZI, "The coordination of family benefits by Regulation 883/2004", *EJSS*, 2009, 1-2, 209.

Praticamente si può dedurre che in tutte le fattispecie ex art. 68 (1)(b) del Reg. 883/2004 la priorità va allo stato di residenza della famiglia e dei figli¹⁸⁷.

Integrazioni differenziali

Determinare quale legislazione abbia la priorità non basta. Se le prestazioni familiari dello stato membro, che ha la priorità, sono più basse delle prestazioni delle legislazioni degli altri stati membri, gli altri stati membri devono erogare un'integrazione differenziale (art. 68 (2) Reg. 883/2004)¹⁸⁸.

Per es. se il paese A, la cui normativa ha la priorità, concede una prestazione familiare di € 75 al mese, mentre il paese B riconosce per lo stesso bambino una prestazione familiare di € 100 al mese, sta al paese B aggiungere una somma di € 25 al mese al massimale della prestazione familiare dovuta dal paese A, in modo che il bambino interessato alla fine ottenga tra le somme dovute a titolo di prestazione familiare, cui avrebbe diritto in base alla normativa previdenziale locale, la somma più alta (in questo caso la prestazione familiare del paese B di 100 € al mese).

7. - Il principio di buona amministrazione

Per rendere operativo questo meccanismo di coordinamento, le amministrazioni deputate alla sicurezza sociale di tutti gli Stati membri sono tenute a cooperare (art. 76 (4) primo capoverso Reg. 883/2004). Le autorità e le istituzioni degli Stati membri si prestano reciproca assistenza, come se si trattasse dell'applicazione della propria legislazione (art. 76 (2) Reg. 883/2004). Secondo il principio di buona amministrazione, rispondono anche a tutte le domande entro un termine ragionevole (art. 76 (4) secondo capoverso Reg. 883/2004). Le istituzioni si forniscono o si scambiano senza indugio tutti i dati necessari per accertare e determinare i diritti e gli obblighi delle persone cui si applica il Regolamento di base. (art. 2 (2) Reg. 987/2009). Non possono essere respinte le richieste o altri documenti inviati alle amministrazioni di sicurezza sociale per il solo fatto di essere redatti in una lingua ufficiale di un altro Stato membro (art. 76 (7) Reg. 883/2004).

Inoltre gli stati membri comunicano alle persone interessate qualsiasi informazione necessaria per far valere i diritti loro conferiti dal presente Regolamento (art. 76 (4) secondo capoverso Reg. 883/2004). Essi forniscono altresì servizi di facile fruizione da parte degli utenti (art. 3 (1) Reg. 987/2009). In cambio i cittadini hanno l'obbligo di informare le istituzioni in merito ad ogni cambiamento nella loro situazione personale o familiare che incida sui loro diritti alle prestazioni (art. 76 (4) terzo capoverso Reg. 883/2004).

(187) S.DEVITZI, "The coordination of family benefits by Regulation 883/2004", *EJSS*, 2009, 1-2, 210.

(188) S.DEVITZI, "The coordination of family benefits by Regulation 883/2004", *EJSS*, 2009, 1-2, 210.

Per promuovere la comunicazione e il controllo sono stati elaborati specifici modelli, i cosiddetti modelli E-, che permettono, almeno in teoria, alle amministrazioni di conoscere la posizione giuridica del lavoratore migrante (ad esempio i modelli per il distacco E-101 e E-102, il modello per l'assistenza sanitaria E-111,...). Peraltro essi saranno gradualmente rimpiazzati da documenti elettronici, i c.d. DSE (documenti a struttura elettronica). L'obiettivo è quello che lo scambio in via elettronica delle informazioni porti ad una più agevole applicazione del Regolamento di coordinamento e ad una riduzione dei carichi amministrativi¹⁸⁹.

Presso la Commissione dell'UE è stata istituita una Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Tale Commissione è composta da rappresentanti governativi di ogni Stato membro e, all'occorrenza, da consiglieri tecnici (art. 71 Reg. 883/2004). La Commissione amministrativa tratta principalmente ogni questione amministrativa e di interpretazione derivante dalle disposizioni del Reg. di coordinamento. La Commissione amministrativa può adottare Raccomandazioni e Decisioni non esecutive da un punto di vista giuridico, ma che tuttavia sono importanti linee guida interpretative ai fini dell'applicazione delle norme di coordinamento. La Commissione amministrativa può anche tentare una mediazione o una conciliazione quando amministrazioni previdenziali hanno opinioni divergenti in merito alla validità di un documento, alla correttezza di un certificato o alla determinazione della legislazione applicabile¹⁹⁰.

(189) M.MINNECRE, "Regulation 883/2004 and proceedings if there is a dispute on an E 101 certificate", *Expat News*, 2010, 2, 6.

(190) Decisione n. A1 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale concernente l'introduzione di un procedimento di dialogo e di conciliazione riguardante la validità di documenti, la determinazione della legislazione applicabile e i benefici concessi ai sensi del Reg. (CE) n. 883/2004.

ANTONINO SGROI

Avvocato INPS

**LA TUTELA DEI DIRITTI PREVIDENZIALI
NEI RICORSI AMMINISTRATIVI***

Sommario: 1. – Premessa. 2. - Il contenzioso amministrativo in materia di previdenza. 2.1. - Gli organi e le materie loro affidate. 2.1.1. - Gli organi centrali. 2.1.2. - I comitati regionali. 2.1.3. - I comitati provinciali. 2.2. - Le procedure. 2.2.1 - Gli organi centrali. 2.2.2. – I comitati regionali. 2.2.3. - Comitati provinciali. 3. - Il contenzioso amministrativo in materia di assistenza. 4. - Considerazioni conclusive.

1. - Premessa.

La tutela dei diritti previdenziali inizia con l'apprestamento da parte dell'ordinamento di un sistema di ricorsi amministrativi; sistema che avrebbe dovuto consentire, nelle intenzioni del legislatore, un'ulteriore riflessione da parte degli enti di previdenza, in specie da parte di organi collegiali, sulla fondatezza o meno del diritto azionato dal soggetto privato, con la conseguenza che quest'ulteriore esame affidato all'amministrazione attiva avrebbe potuto evitare l'accesso alla tutela giudiziaria.

Prima di soffermarsi, nei limiti dell'odierno scritto, sul modello, *recte*, sui procedimenti amministrativi di secondo grado apprestati nel micro-sistema previdenziale per la revisione e il riesame, su istanza del privato di atti emessi dagli enti di previdenza obbligatoria, per quel che riguarda l'Inps, è opportuno evidenziare che la funzione giustiziale o paragiurisdizionale esercitata dall'Inps riguarda non solo il riconoscimento di diritti previdenziali, ovverosia legati al versamento di una contribuzione da parte del soggetto richiedente la prestazione; ma anche di diritti assistenziali, ovverosia di diritti riconosciuti al richiedente, prescindendo dalla circostanza che lo stesso abbia o non

* Il presente testo, aggiornato e integrato, trae spunto dalla relazione tenuta il 7 maggio 2009 all'incontro di studio tenutosi a Roma e organizzato dal Patronato ACLI su "Previdenza sociale e tutela processuale".

abbia versato contribuzione¹.

Tale bipartizione - che ovviamente ha una sua validità per grandi linee e ha per lo più una valenza descrittiva di un fenomeno polimorfo a difficile riconduzione unitaria, quale è il riconoscimento, da parte del sistema, di prestazioni in favore del cittadino o del lavoratore; prestazioni che possono trovare la loro provvista o nei versamenti contributivi posti a carico di ben individuati soggetti o in finanziamenti a carico della fiscalità generale -, se innestata all'interno del tema qui investigato, conduce a evidenziare, sempre per sommi capi, come la tutela paragiurisdizionale delle prestazioni previdenziali è stata affidata, *ab origine*, all'Inps; mentre la tutela giustiziale, e nel corso dell'esposizione si chiariranno il senso e il limite di questa espressione, delle prestazioni assistenziali solo da poco è stata affidata all'Inps².

2. - Il contenzioso amministrativo in materia di previdenza.

L'esposizione proseguirà prendendo le mosse dal modello di procedimento amministrativo di secondo grado apprestato per la tutela dei diritti previdenziali.

Le fonti legislative a valenza generale che disciplinano tale tipo di modello di ricorso amministrativo - ferma restando, in ipotesi di vuoto normativo, l'applicazione delle regole generali dettate dal nostro ordinamento per i ricorsi amministrativi - sono costituite dal decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1970, n. 639, dalla legge 9 marzo 1989, n. 88, legge quest'ultima che ha innovato, abrogando e sostituendo, le disposizioni contenute nel predetto decreto, dal decreto del Presidente della Repubblica 24 settembre 1997, n. 366, e, infine, dal decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

I decreti presidenziali individuano gli organi dell'Istituto e fra essi si annoverano organi collegiali, e a seguito della novella del 2010 organi monocratici, ai quali la legge del 1989 affida

(1) Per l'individuazione del discrimine fra previdenza e assistenza, fra 2° e 1° comma dell'art. 38 della Costituzione, è sufficiente in questa sede rinviare a Corte costituzionale 5 febbraio 1986, n. 31, in *Giur. cost.*, 1986, 725, con nota di A. ANDREONI, *Assistenza, mutualità e terza via*.

La necessità di una chiara linea di demarcazione fra prestazioni previdenziali e prestazioni assistenziali è evidenziata anche in ambito comunitario, in considerazione della circostanza che le prime ricadrebbero nella sfera del diritto del lavoro *ex art.* 141 del Trattato; mentre le seconde, ai sensi dell'art. 7 della Direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, sarebbero da qualificarsi come interventi dello Stato sociale a finalità specificamente redistributive, finanziate dalla fiscalità generale e lasciate alla libera determinazione degli Stati membri (in questi termini: F. PAMMOLLI e N. C. SALERNO, *La sentenza della Corte di Giustizia sull'età di pensionamento di vecchiaia per le donne e la riforma delle pensioni e del welfare in Italia*, in *Rivista Diritto Sicurezza Sociale*, 2009, 143).

(2) Sui ricorsi amministrativi in materia previdenziale si v. da ultimo: M. Sferrazza, *I ricorsi amministrativo-previdenziali in materia di lavoro*, in *Lav. prev. oggi*, 2006, 837; L. Angelini - S. Sotgia, *Ricorsi amministrativi e giudiziari in materia contributiva*, in *La Contribuzione previdenziale*, F. Fonzo - A. Pandolfo - S. Sgroi (a cura di), Milano, Giuffrè, 2008, p. 381; A. Guadagnino, *La tutela amministrativa e giudiziaria dei diritti previdenziali*, in *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, A. Sgroi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010, 500.

il compito di decidere su ricorsi amministrativi afferenti al riconoscimento o meno di diritti.

L'Inps ha poi, con deliberazione del Consiglio di amministrazione del 21 maggio 1993, n. 13 (in circolare n. 125 del 5 giugno 1993), emanato l'apposito Regolamento delle procedure in materia di ricorsi amministrativi.

2.1. - Gli organi e le materie loro affidate.

Per quel che rileva l'odierna trattazione gli organi collegiali ai quali è affidato il compito di porre in essere atti amministrativi scaturenti da procedimenti di secondo grado (ricorsi amministrativi) sono:

- a) i comitati amministratori delle gestioni, fondi e casse;
- b) i comitati regionali;
- c) i comitati provinciali (art. 1, primo comma, d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639, nel testo sostituito dall'art. 2 della legge 9 marzo 1989, n. 88; art. 3, decimo comma, del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 479; art. 2, secondo comma, d.P.R. 24 settembre 1997, n. 366).

Tutti i predetti organi collegiali durano in carica quattro anni e i loro membri cessano dalle funzioni anche se sono stati nominati nel corso del quadriennio, pur essendo riconosciuta la possibilità di una loro conferma (art. 1, commi secondo terzo, d.P.R. n. 639 del 1970).

2.1.1. - Gli organi centrali.

I **comitati** di cui *retro* alla lett. a) sono chiamati **Comitati speciali** (titolo del Capo III del d.P.R. cit.) e fra essi si annoverano:

- 1) il comitato amministratore del fondo pensioni lavoratori dipendenti (art. 12 d.P.R. n. 639/1970 e art. 22 l. n. 88/1989);
- 2) il comitato amministratore della gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti (art. 25 l. n. 88 del 1989), gestione nella quale sono confluiti, a decorrere dall'1 gennaio 1989, le gestioni per l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria, ivi compreso il Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto e per l'assicurazione contro la tubercolosi, la cassa per l'integrazione guadagni degli operai dell'industria, la cassa per l'integrazione guadagni dei lavoratori dell'edilizia, la cassa per l'integrazione salariale ai lavoratori agricoli, la cassa unica per gli assegni familiari, la cassa per il trattamento di richiamo alle armi degli impiegati ed operai privati, la gestione per i trattamenti economici di malattia di cui all'art. 74 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, il Fondo per il rimpatrio dei lavoratori extracomunitari e, con norma di chiusura, ogni altra forma di previdenza a carattere temporaneo diversa dalle pensioni (art. 24, primo comma, l. ult. cit.);
- 3) il comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni (art. 15 d.P.R. cit. e art. 29 l. cit.);
- 4) il comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali degli artigiani (art. 16 d.P.R. cit. e art. 32 l. cit.);
- 5) il comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali degli esercenti attività commerciali (art. 17 d.P.R. cit. e art. 34 l. cit.);

6) il comitato amministratore della gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali (art. 39 l. cit.).

Il comitato *sub* 1) è presieduto dal vicepresidente dell'Istituto scelto tra i rappresentanti dei lavoratori dipendenti ed è composto da questi nonché: da cinque rappresentanti dei lavoratori dipendenti e da tre rappresentanti dei datori di lavoro in seno al Consiglio di amministrazione dell'Istituto, nominati dal consiglio medesimo e dai rappresentanti del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e del Ministero dell'economia in seno al consiglio di amministrazione (art. 22 l. cit.).

La stessa composizione ha il comitato di cui *supra sub* 2) (si v. l'art. 25 l. cit.).

Il comitato *sub* 3) è presieduto dal rappresentante dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni in seno al Consiglio di amministrazione dell'Inps ed è composto da questi nonché: da cinque rappresentanti dei coltivatori diretti, da due rappresentanti dei mezzadri e coloni e da un rappresentante dei concedenti i terreni in colonia o mezzadria nominati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale su designazione delle associazioni di categoria più rappresentative a livello nazionale e da un rappresentante rispettivamente del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e del Ministero dell'economia (art. 29 l. cit.).

Il comitato *sub* 4) è presieduto dal rappresentante degli artigiani in seno al Consiglio di amministrazione dell'Inps ed è composto da costui nonché: da sei rappresentanti degli artigiani nominati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale su designazione delle associazioni di categoria più rappresentative a livello nazionale e da un rappresentante rispettivamente del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e del Ministero dell'economia (art. 32 l. cit.).

Il comitato *sub* 5) è presieduto dal rappresentante degli esercenti attività commerciali in seno al Consiglio di amministrazione dell'Istituto medesimo ed è composto da questi nonché: da sei rappresentanti degli esercenti le predette attività, da un rappresentante dei venditori ambulanti, da un rappresentante degli agenti e rappresentanti di commercio nominati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale su designazione delle associazioni di categoria più rappresentative a livello nazionale e da un rappresentante rispettivamente del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e del Ministero dell'economia (art. 35 l. cit.).

Il comitato *sub* 6) è presieduto dal Presidente dell'Inps o da un vicepresidente da questi delegato ed è composto da costui nonché: dai rappresentanti ministeriali in seno al Consiglio di amministrazione dell'Istituto medesimo integrati da due altri funzionari dello Stato in rappresentanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e del Ministero dell'economia e dai presidenti dei comitati amministratori del fondo pensioni lavoratori dipendenti, della gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti, della gestione dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali degli artigiani, della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali degli esercenti attività commerciali (art. 38 l. cit.).

A ciascuno dei predetti comitati il legislatore del 1989 ha affidato specifici e ben **individuati compiti** e precisamente:

- 1) al comitato amministratore del fondo pensioni lavoratori dipendenti è affidato il compito di decidere, in unica istanza, i ricorsi in materia di contributi dovuti alla gestione compresi i contributi dovuti alla gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti (art. 23, primo comma, lett. e);
- 2) al comitato amministratore della gestione prestazioni temporanee ai lavoratori

dipendenti sono affidati il compito: w) di decidere in unica istanza, sui ricorsi in materia di contributi dovuti alla gestione (art. 26, primo comma, lett. e), l. cit.); y) di decidere sui ricorsi avverso i provvedimenti delle commissioni provinciali in materia di prestazioni di integrazione salariale (art. 26, u.c.);

3) al comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni è affidato il compito di decidere, in unica istanza, sui ricorsi in materia di contributi dovuti alla gestione concernenti in genere, l'attuazione della legge 26 ottobre 1957, n. 1047, e successive modificazioni e integrazioni³, non attribuiti ad altro organo (art. 30, primo comma, lett. e);

4) al comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali degli artigiani è affidato il compito di decidere, in unica istanza, sui ricorsi in materia di contributi dovuti alla gestione o concernenti, in genere, l'attuazione della legge 4 luglio 1959, n. 463, e successive modificazioni e integrazioni⁴, non attribuiti ad altro organo (art. 33, primo comma, lett. e);

5) al comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni degli esercenti attività commerciali è affidato il compito di decidere, in unica istanza, sui ricorsi in materia di contributi dovuti alla gestione o concernenti, in genere l'attuazione della legge 22 luglio 1966, n. 613, e successive modificazioni e integrazioni⁵, non attribuiti ad altro organo (art. 36, primo comma, lett. e);

6) al comitato amministratore della gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali⁶ non è affidato alcun compito decisorio su ricorsi amministrativi (art. 39).

(3) La menzionata legge, come noto, prevede l'estensione dell'assicurazione per invalidità e vecchiaia ai coltivatori diretti, mezzadri e coloni, nonché agli appartenenti ai rispettivi nuclei familiari i quali esercitino le medesime attività sui medesimi fondi (art. 1, l. cit.).

(4) La menzionata legge, come noto, prevede l'estensione dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti agli artigiani e ai loro familiari.

I familiari sono compresi nell'obbligo assicurativo a condizione che lavorino abitualmente e prevalentemente nell'azienda e che non siano già compresi nell'obbligo assicurativo previsto dalla medesima legge, in quanto contitolari dell'impresa, o in quello previsto per i lavoratori subordinati o gli apprendisti (art. 2 l. cit.).

(5) La legge, come noto, prevede l'estensione dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti agli esercenti attività commerciali e ai loro familiari.

(6) Si osservi che la predetta gestione è integralmente finanziata dallo Stato (art. 37, secondo comma, l. cit.) e a suo carico sono poste, fra l'altro:

- le pensioni sociali;
- gli oneri derivanti dalle agevolazioni contributive disposte per legge in favore di particolari categorie, settori o territori ivi compresi i contratti di formazione-lavoro, di solidarietà e l'apprendistato;
- gli oneri relativi a trattamenti di famiglia per i quali è previsto per legge il concorso dello Stato;
- gli oneri relativi a trattamenti di integrazione salariale straordinaria e a trattamenti speciali di disoccupazione di cui alle leggi 5 novembre 1968, n. 1115 e 6 agosto 1975, n. 427, e successive modificazioni ed integrazioni, od ogni altro trattamento similare posto per legge a carico dello Stato;
- gli oneri derivanti dai pensionamenti anticipati (art. 37, primo comma, l. cit.).

Il finanziamento della gestione a carico dello Stato lascia inferire, se si pone mente locale ai criteri differenziatori tendenziali fra prestazioni previdenziali e assistenziali, che in queste ipotesi si è davanti a prestazioni assistenziali, prestazioni dove è irrilevante il versamento della contribuzione a carico dei soggetti beneficiari, quanto meno con riguardo ai singoli.

All'interno di questo sistema, di per sé complesso e descritto per grandi linee, di organi collegiali apicali⁷ chiamati a svolgere compiti paragiustiziali si pongono altresì il Comitato esecutivo dell'Inps e la Commissione centrale per l'accertamento e la riscossione dei contributi agricoli unificati; Commissione questa che, a seguito della soppressione del servizio contributi agricoli unificati (S.C.A.U.), ai sensi dell'art. 19 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, è stata costituita quale organo dell'Inps (art. 9 sexies della legge 28 novembre 1996, n. 608, di conversione con modificazioni del decreto legge 1 ottobre 1996, n. 510). Si osservi che il tentativo di costituire la predetta Commissione era stato operato dal legislatore con una serie di decreti legge non convertiti, quali, ad esempio: l'art. 1 del d.l. 30 giugno 1995, n. 262 e l'art. 6 del d.l. 1 ottobre 1996, n. 511).

Il **Comitato esecutivo**, presieduto dal Presidente dell'Inps era composto dal medesimo, nonché dai due vice presidenti dell'Inps e dai seguenti membri eletti dal consiglio di amministrazione nel proprio seno:

- sei consiglieri scelti tra i rappresentanti dei lavoratori dipendenti;
- due consiglieri scelti fra i rappresentanti dei datori di lavoro;
- due consiglieri scelti per turni biennali tra i rappresentanti dei lavoratori autonomi;
- i rappresentanti del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e del Ministero dell'economia in seno al consiglio di amministrazione (art. 6, d.P.R. n. 639 del 1970).

Al predetto comitato era affidato il compito:

- di decidere i ricorsi avverso i provvedimenti di classificazione dei datori di lavoro ai fini dell'applicazione delle norme in materia di previdenza e assistenza sociale (art. 49 l. n. 88 del 1989);
- di deliberare sui ricorsi in prima o seconda istanza che esulano dalla competenza dei singoli comitati speciali (art. 7, primo comma, n. 9, d.P.R. cit.).

Si osservi che il decreto del Presidente della Repubblica del 24 settembre 1997, n. 366 non menziona esplicitamente fra gli organi dell'Inps il predetto comitato, né pare lo richiami in via indiretta, tenendo conto che tale tipo di richiamo è limitato ai soli comitati amministratori delle gestioni, fondi e casse (art. 2 d.P.R. cit.), con la conseguenza che il predetto organo collegiale è scomparso.

(7) Si osservi che la complessità del sistema è ulteriormente corroborata dalla constatazione che, presso la sede centrale Inps, sono costituiti, a quel che consta, venti fra Comitati amministratori e Comitati di vigilanza; fra i quali si possono rammentare, oltre a quelli menzionati: il Comitato amministratore del Fondo di previdenza per il personale dipendente dalle aziende private del gas, il Comitato amministratore del Fondo per la gestione speciale dei lavoratori autonomi di cui all'art. 2, comma 26°, della legge 8 agosto 1995, n. 335, il Comitato amministratore del Fondo speciale per il personale dipendente dalle Ferrovie dello Stato, il Comitato di vigilanza del Fondo di previdenza per il personale dipendente da aziende di navigazione aerea, il Comitato di vigilanza del Fondo di previdenza del clero secolare e dei ministri di culto delle confessioni religiose diverse dalla cattolica.

In questa sede è opportuno soffermarsi sul Comitato amministratore del Fondo della gestione speciale di cui all'art. 2.26 della legge n. 335 del 1995. Il Comitato, istituito con l'art. 58.2 della legge 17 maggio 1999, n. 144, ha, per quel che interessa il tema qui investigato, il compito di decidere in unica istanza i ricorsi in materia di contributi e di prestazioni a carico del fondo medesimo (art. 3.1, lett. d) decreto ministeriale 20 dicembre 1999, n. 553.

Preso atto della scomparsa e in assenza di qualsivoglia disciplina esplicita sul punto, che individui l'organo collegiale competente per tali tipi di ricorsi, e in considerazione della circostanza che il comitato esecutivo era un'emanazione del Consiglio di amministrazione dell'Inps, si può ritenere che **l'organo collegiale competente sia divenuto lo stesso Consiglio di amministrazione** e, dopo la scomparsa di quest'ultimo ad opera del settimo comma, dell'art. 7 del d.l. n. 78 del 2010, convertito con modificazioni dalla l. n. 122 del 2010, l'organo competente è da individuarsi nel **Presidente dell'Inps**, organo monocratico al quale il legislatore del 2010 ha affidato i compiti che prima erano del citato Consiglio di amministrazione.

La **Commissione centrale per l'accertamento e la riscossione dei contributi agricoli unificati** è composta da tre rappresentanti dei lavoratori subordinati e da tre rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori autonomi dell'agricoltura, nominati con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, su designazione delle organizzazioni sindacali a carattere nazionale maggiormente rappresentative e da un rappresentante per ciascuno del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, dell'economia e delle risorse agricole alimentari e forestali, nonché dai direttori generali dell'Inps e dell'Inail (art. 9 *sexies*, terzo comma, l. n. 608 del 1996).

L'individuazione dei compiti affidati alla Commissione centrale per l'accertamento e la riscossione dei contributi agricoli unificati con riguardo al profilo qui investigato passa attraverso il rinvio operato dal comma quinto dell'art. 9 *sexies* agli artt. 10, 11 e 15 del decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375.

La Commissione decide, in unica istanza, dei ricorsi presentati dai datori di lavoro e dai concedenti di terreni a compartecipazione familiare e a piccola colonia contro i provvedimenti adottati in materia di accertamento dei contributi dovuti per i lavoratori agricoli dipendenti e per i compartecipanti familiari e piccoli coloni (art. 10, primo comma, d. lgs. n. 375 del 1993).

La Commissione decide, sempre in unica istanza, dei ricorsi presentati contro i provvedimenti adottati in materia di accertamento dei coltivatori diretti, dei mezzadri e coloni, degli imprenditori agricoli a titolo principale e in materia di accertamento dei relativi contributi previdenziali (art. 15, primo comma, d. lgs. cit.).

La Commissione infine decide, questa volta come organo di seconda istanza, dei ricorsi presentati dagli interessati e dal dirigente della sede provinciale avverso i provvedimenti di secondo grado adottati in sede di ricorso contro i provvedimenti adottati in materia di accertamento degli operai agricoli a tempo determinato e indeterminato e dei compartecipanti familiari e piccoli coloni e contro la non iscrizione (art. 11, primo comma, d. lgs. cit.).

L'esistenza, in seno al medesimo ente previdenziale, del Comitato amministratore della gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni (organo collegiale al quale il legislatore del 1970 e del 1989 aveva affidato la gestione del contenzioso amministrativo) e della Commissione centrale per l'accertamento e la riscossione dei contributi agricoli unificati (organo collegiale ereditato dall'Inps a seguito della soppressione dello Scau) ha comportato la necessità di meglio individuare le competenze del primo dei predetti organi collegiali con riferimento alle

categorie dei coltivatori diretti, mezzadri, coloni e loro familiari. L'Inps, con la circolare dell'11 dicembre 2000, n. 208, ha affidato al Comitato amministratore i ricorsi che non riguardano il momento preliminare dell'accertamento del rapporto agricolo, elencando fra gli oggetti dei ricorsi di competenza quelli afferenti ai versamenti volontari, al riscatto dei contributi del periodo 1 gennaio 1957 – 31 dicembre 1961 (art. 11 legge 2 agosto 1990, n. 233), alla costituzione di rendita vitalizia a seguito della prescrizione dei contributi non versati dal datore di lavoro (art. 13 della legge n. 1338 del 1962), al riconoscimento degli interessi (art. 1282 c.c.).

2.1.2. - I comitati regionali.

I **comitati regionali** sono istituiti in ogni capoluogo di regione e sono composti:

- da dodici rappresentanti dei lavoratori dipendenti, dei quali uno in rappresentanza dei dirigenti di azienda nominati su designazione delle rispettive confederazioni sindacali più rappresentative a carattere nazionale;
- da tre rappresentanti dei datori di lavoro nominati su designazione delle rispettive confederazioni sindacali più rappresentative a carattere nazionale;
- da tre rappresentanti dei lavoratori autonomi, di cui uno in rappresentanza dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, uno in rappresentanza degli artigiani e uno in rappresentanza degli esercenti attività commerciali nominati su designazione delle rispettive confederazioni sindacali più rappresentative a carattere nazionale;
- da un rappresentante della regione;
- dal dirigente dell'ufficio regionale del lavoro o dell'ispettorato del lavoro;
- dal dirigente della locale ragioneria regionale dello Stato o da un funzionario del medesimo ufficio dallo stesso designato;
- dal dirigente della sede regionale dell'Inps;
- dai presidenti dei comitati provinciali della regione (art. 33 d.P.R. n. 639 del 1970).

A ciascun comitato regionale è affidato il compito di decidere, in via definitiva, i ricorsi relativi alla sussistenza del rapporto di lavoro, esclusi i rapporti relativi ai fondi speciali di previdenza (art. 43, primo comma, lett. e).

Successivamente però il legislatore, con il decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 ha previsto l'istituzione di un altro organo collegiale, chiamato **Comitato regionale per i rapporti di lavoro**.

Tale Comitato, istituito presso la direzione regionale del lavoro, è composto dal direttore della direzione regionale del lavoro, che la presiede, e dai direttori regionali dell'Inps e dell'Inail (art. 17, primo comma, d. lgs. cit.).

A questo nuovo comitato è affidato il compito di esaminare tutti i ricorsi avverso gli atti di accertamento e le ordinanze-ingiunzioni delle direzioni provinciali del lavoro e avverso i verbali di accertamento degli istituti previdenziali e assicurativi che abbiano ad oggetto la sussistenza o la qualificazione dei rapporti di lavoro (art. ult. cit. secondo comma).

In considerazione della sovrapposizione di attività fra questo Comitato e il Comitato regionale insediato presso la sede regionale dell'ente previdenziale, l'Inps ha così

individuato le competenze di questo:

- i ricorsi avverso verbali ispettivi presentati sino al 27 maggio 2004, data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 124 del 2004;
- tutti i ricorsi su provvedimenti che possono riguardare, a titolo esemplificativo, atti di natura amministrativa che prevedono uno specifico inquadramento della prestazione lavorativa ovvero l'accesso a prestazioni previdenziali, da adottarsi da parte dell'Istituto indipendentemente da qualunque accertamento ispettivo: a) disconoscimento di rapporti di lavoro subordinato, b) riscatti e costituzione della rendita vitalizia ex art. 13 della legge n. 1338 del 1962, quando il contenzioso verta non sulla prova del rapporto ma sulla natura subordinata o meno dell'attività lavorativa, c) contestata qualificazione dei rapporti di lavoro che comportano l'iscrizione alla gestione separata di cui all'art. 2, 26° comma, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (circolare 27 gennaio 2006, n. 8).

La stessa sovrapposizione si ha fra il menzionato comitato e la commissione centrale per l'accertamento e la riscossione dei contributi agricoli unificati e, per individuare le reciproche sfere di competenza, è intervenuto dapprima il Ministero del lavoro e della previdenza sociale con note rispettivamente del 20 settembre 2007 e del 2 marzo 2009; e successivamente l'Inps dapprima con la circolare n. 127 del 22 novembre 2007 e dopo con la circolare n. 105 del 2 settembre 2009.

Sulla scorta di tali indicazioni la situazione è la seguente:

- se il provvedimento di accertamento oggetto del ricorso riguarda la sussistenza e la qualificazione dei rapporti di lavoro ed è stato adottato nell'ambito di un procedimento ispettivo è competente il comitato regionale per i rapporti di lavoro;
- se il provvedimento di accertamento oggetto del ricorso riguarda la sussistenza e la qualificazione dei rapporti di lavoro è stato adottato al di fuori di un procedimento ispettivo è competente la commissione regionale.

2.1.3. – I comitati provinciali.

La disamina degli organi collegiali ai quali è affidato il compito di emanare provvedimenti amministrativi di secondo grado a seguito di ricorso presentato dall'interessato si conclude, con riguardo al versante delle prestazioni previdenziali, con le commissioni provinciali, organi periferici dell'Inps.

Prevede il decreto del Presidente della Repubblica n. 639 del 1970 che presso ogni sede provinciale dell'Inps sia istituito, con decreto del direttore dell'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione (art. 35 d.P.R. cit. Direttore al quale sono altresì affidati ulteriori compiti per la cui individuazione si rinvia alla lettura del testo integrale della disposizione), un comitato composto:

- da undici rappresentanti dei lavoratori dipendenti, dei quali uno in rappresentanza dei dirigenti di azienda;
- da tre rappresentanti dei datori di lavoro;
- dal direttore dell'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione o dal direttore dell'Ispettorato provinciale del lavoro;

- dal direttore della locale ragioneria provinciale di Stato;
- dal direttore della sede provinciale dell'Inps (art. 34 d.P.R. cit.)⁸.

La legge n. 88 del 1989 assegna al comitato provinciale, con composizione diverse a seconda del tipo di prestazione richiesta (la legge parla di speciale commissione del comitato provinciale, indicando quali membri ne debbano fare parte [art. 46, commi 2°, 3° e 4°, l. cit.]) il compito di decidere in unica istanza i ricorsi avverso i provvedimenti:

- a) le prestazioni dell'A.G.O. per I.V.S. dei F.P.L.D. e le prestazioni del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto e delle ultime tre mensilità;
- b) le prestazioni delle gestioni dei lavoratori autonomi, ivi comprese quelle ai trattamenti familiari di loro competenza;
- c) le prestazioni della gestione speciale di previdenza a favore dei dipendenti da imprese esercenti miniere, cave e torbiere con lavorazione, ancorché parziale, in sotterraneo;
- d) le prestazioni dell'assicurazione obbligatoria con la disoccupazione involontaria;
- e) la pensione sociale;
- f) le prestazioni economiche di malattia, ivi comprese quelle dell'assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi, e per la maternità;
- g) i trattamenti familiari;
- h) l'assegno per il congedo matrimoniale;
- i) il trattamento di richiamo alle armi degli impiegati e operai privati (art. 46, primo comma, l. cit.).

Si deve ritenere che il comitato provinciale, quale organo periferico dell'Inps, sia competente a decidere, quale regola generale, dei ricorsi afferenti a qualsivoglia prestazione che, nel tempo, è affidata per l'erogazione all'Inps; e ciò anche in mancanza di esplicita individuazione da parte del legislatore dell'organo collegiale al quale è affidata la disamina del ricorso avverso il provvedimento di diniego dell'ente previdenziale.

Tale soluzione appare possa trovare un appiglio normativo nella disposizione secondo la quale il predetto organo collegiale provinciale si pronuncia sugli eventuali problemi relativi all'applicazione delle norme concernenti i trattamenti gestiti dall'Inps entro la circoscrizione provinciale (art. 2, n. 2, d.P.R. n. 639 del 1970, nel testo modificato dall'art. 15 della legge 12 giugno 1984, n. 222).

(8) Si ricordi che il legislatore, con l'art. 7, decimo comma, del d.l. n. 78 del 2010, conv.to con modif. ni dalla l. n. 122 del 2010 ha disposto che il numero dei componenti dei comitati amministratori delle gestioni, fondi e casse, nonché dei comitati previsti dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 639 del 1970, e quindi anche dei comitati provinciali, sia ridotto in misura non inferiore al trenta per cento.

Il Ministero del lavoro, con lettera del 9 luglio 2010, in attuazione di siffatta regola, nel ricordare che i componenti dei comitati provinciali scendono da venti a quattordici, individua altresì il numero dei componenti per ciascuna categoria e precisamente:

- sette rappresentanti dei lavoratori dipendenti, di cui uno in rappresentanza dei dirigenti di azienda;
- due rappresentanti dei datori di lavoro;
- due rappresentanti dei lavoratori autonomi;
- i direttori delle Direzioni provinciali del lavoro e del tesoro territorialmente competente, nonché il dirigente della sede provinciale Inps territorialmente competente.

Da ultimo è opportuno ricordare che avverso il provvedimento amministrativo che commina la decadenza dal trattamento di cassa integrazione guadagni straordinaria, il legislatore ha previsto in capo al lavoratore il potere di ricorrere entro quaranta giorni alle direzioni provinciali del lavoro territorialmente competenti. Queste decidono in via definitiva nei trenta giorni successivi alla data di presentazione del ricorso e la decisione è comunicata all'Inps e, nel caso di mobilità, al competente servizio per l'impiego (art. 1-*quinquies*, legge 3 dicembre 2004, n. 291, di conversione con modificazioni del decreto legge 5 ottobre 2004, n. 249).

2.2. - Le procedure.

Al pari della polverizzazione degli organi decidenti dianzi accennata, si assiste a una polverizzazione, anche se minore, delle procedure di riesame degli atti amministrativi; anche se può ritenersi che la legge n. 88 del 1989 contiene nel suo seno delle regole a valenza generale applicabili ogni qual volta non vi sia una disciplina *ad hoc* del procedimento di secondo grado; pertanto da questa regolamentazione si prenderanno le mosse, per proseguire successivamente con l'esame degli altri procedimenti riguardanti specifici ricorsi amministrativi.

2.2.1 - Gli organi centrali.

Con riguardo agli **organi collegiali centrali la disciplina di riferimento la si rinviene nell'art. 47 della legge n. 88 del 1989**; articolo che disciplina il contenzioso in materia di contributi alle gestioni dei lavoratori autonomi e che è richiamato in sede di disciplina dei ricorsi amministrativi davanti al comitato amministratore del fondo pensioni lavoratori dipendenti (art. 23, primo comma, lett. e), l. cit.), al comitato amministratore della gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti (art. 26, primo comma, lett. e), l. cit.).

Il ricorso amministrativo si attiva con la presentazione da parte dell'interessato del ricorso entro novanta giorni dalla data del provvedimento impugnato (art. 47, terzo comma, l. cit.).

Il comitato investito del ricorso ha, a sua volta, novanta giorni decorrenti dalla data di presentazione del ricorso, per adottare un provvedimento di secondo grado; decorso inutilmente tale *spatium deliberandi* il ricorrente può adire l'Autorità Giudiziaria (art. ult. cit., quarto comma).

Qualora il comitato centrale accolga il ricorso presentato dall'interessato, il legislatore riconosce al direttore generale dell'Inps la potestà di sospendere la decisione, ove si evidenzino profili di illegittimità (art. 48, primo comma, l. cit.).

Il provvedimento di sospensione del provvedimento di secondo grado emanato dall'organo collegiale centrale deve essere adottato dal direttore generale entro il termine di cinque giorni ed essere sottoposto, con l'indicazione della norma che si assume essere stata violata, al consiglio di amministrazione.

Il consiglio deve, sempre nel termine di 90 giorni, decidere per l'esecuzione o l'annullamento del provvedimento di secondo grado; se il termine spira e non vi è

stato alcun provvedimento da parte del consiglio di amministrazione, il provvedimento sospeso diviene esecutivo⁹.

In questa sede è opportuno evidenziare che, con riguardo alla disciplina dei ricorsi proposti davanti al comitato amministratore della gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali, non vi è alcun richiamo alla disciplina dettata dal citato art. 47, né vi è alcuna disciplina specifica.

Si deve pertanto ritenere che la disciplina applicabile, in presenza di organo collegiale centrale che esercita funzioni paragiustiziali, sia sempre quella dettata dall'art. 47.

Procedura *ad hoc*, anche se omologa, contiene la legge n. 88 del 1989 con riguardo ai **provvedimenti di inquadramento**.

Il ricorso deve essere presentato entro novanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento impugnato presso la sede che ha emanato il medesimo provvedimento e deciso dal comitato esecutivo, ora Presidente dell'Inps a seguito della soppressione del Consiglio di amministrazione e l'affidamento dei compiti svolti da quest'organo collegiale al citato organo monocratico (si v. l'art. 7.7 del d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla l. n. 122 del 2010), entro novanta giorni dalla data della presentazione. Decorso inutilmente il predetto termine dilatorio l'interessato potrà adire l'autorità giudiziaria (art. 50 l. cit.).

La presentazione del ricorso amministrativo non sospende l'applicazione del provvedimento di inquadramento impugnato (art. ult. cit., terzo comma).

La disciplina dettata dall'art. 50 non prevede alcunché, contrariamente a quel che prevede il precedente art. 48, con riguardo alla sospensione delle decisioni di accoglimento pronunciate dal comitato esecutivo e ciò lascia aperta la questione di un'eventuale applicazione analogica di tale possibilità anche con riguardo a tali provvedimenti di secondo grado.

Si deve ritenere che questa possibilità sia strutturalmente preclusa in considerazione della circostanza della posizione che ricopre il Consiglio di amministrazione all'interno dell'Inps.

Altro procedimento amministrativo di secondo grado è delineato dal legislatore con riguardo ai ricorsi presentati davanti alla **Commissione centrale per l'accertamento e la riscossione dei contributi agricoli unificati**.

La legge prevede che:

- il ricorso avverso i provvedimenti previsti dall'art. 10 del d. lgs. n. 375 del 1993 sia presentato entro trenta giorni dalla notifica dei predetti e deciso entro novanta giorni da parte della Commissione e trascorso inutilmente detto termine il ricorso si intende respinto;

(9) A seguito di quanto disposto dalla circolare del 2 febbraio 2006, n. 13, radicata sulla deliberazione n. 3 dell'11 gennaio 2006 del Consiglio di amministrazione, l'istruttoria dei ricorsi di competenza degli organi centrali è affidata alle direzioni regionali e, ancor più a valle, alla sede che ha emanato il provvedimento impugnato e che ha ricevuto il ricorso amministrativo.

Sulle modalità dell'istruttoria e sui mezzi istruttori la disciplina è rinvenibile negli artt. da 7 a 12 del Regolamento delle procedure in materia di ricorsi amministrativi adottati dall'Inps con deliberazione del C.d.A. n. 13 del 21 maggio 1993 (circolare 5 giugno 1993, n. 125).

- il ricorso avverso i provvedimenti previsti dall'art. 15 d. lgs. cit. prevede gli stessi termini e le stesse modalità del precedente art. 10;
- il ricorso avverso i provvedimenti previsti dall'art. 11 d. lgs. cit. è disciplinato alla stessa maniera dei precedenti.

Si deve ritenere che anche per i provvedimenti di accoglimento dei ricorsi amministrativi sia da escludere un potere di sospensione degli stessi, al pari di quel che accade per i provvedimenti emessi dal Consiglio di amministrazione.

2.2.2. - I comitati regionali.

Con riguardo al **comitato regionale** previsto e disciplinato dalla legge n. 88 del 1989 si prevede l'applicazione delle norme dettate per il contenzioso amministrativo in materia di contributi alle gestioni dei lavoratori autonomi (art. 43, primo comma, lett. e), l. cit.).

Pertanto il termine per ricorrere è di novanta giorni dalla data del provvedimento impugnato e il comitato regionale ha novanta giorni per decidere e trascorso inutilmente detto termine l'interessato può adire l'autorità giudiziaria (art. 47, terzo e quarto comma, l. cit.).

In caso di accoglimento del ricorso non si ha un'esplicita disciplina che preveda la sospensione del provvedimento da parte della P.A. L'Inps ha ritenuto di potere colmare tale vuoto, riconoscendo in capo al direttore regionale il potere di sospendere tali tipi di provvedimenti¹⁰, procedendo all'applicazione analogica della disciplina dettata dall'art. 48 della legge n. 88 del 1989 per la sospensione dell'esecuzione delle decisioni adottate dai comitati centrali.

Conseguentemente il direttore regionale dovrà sospendere le decisioni dei comitati regionali che evidenzino profili di illegittimità entro cinque giorni dalla data in cui il comitato ha deliberato. Dopodiché il provvedimento di sospensione deve essere immediatamente trasmesso al Comitato amministratore del Fondo pensioni dei lavoratori dipendenti. Questo decide dell'esecuzione o dell'annullamento della decisione sospesa del comitato regionale entro novanta giorni; trascorso detto termine dilatorio senza alcuna decisione da parte del Comitato amministratore, la decisione diviene esecutiva.

Con riguardo al **comitato regionale per i rapporti di lavoro**, il legislatore prevede che il Comitato, una volta ricevuto il ricorso, sulla base della documentazione prodotta dal ricorrente e di quella in possesso della P.A., nel termine di 90 giorni dovrebbe emanare un provvedimento motivato. Se questo non accade, una volta spirato il predetto termine, il ricorso si intende respinto (art. 17, secondo comma, d. lgs. n. 124 del 2004).

Effetto della presentazione del ricorso è la sospensione dei termini per la presentazione di ricorso giudiziale avverso i verbali degli enti previdenziali (art. ult. cit. u.c.).

2.2.3. - Comitati provinciali.

Con riguardo ai comitati provinciali il legislatore prevede una disciplina specifica del procedimento amministrativo all'art. 46 della legge n. 88 del 1989.

(10) Deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 28 dell'8 giugno 1990 (si v. la circolare del 27 agosto 1990, n. 199).

Il termine per ricorrere, al pari dei precedenti modelli di ricorso amministrativo, è di novanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento impugnato (art. 46, quinto comma, l. cit.).

Parimenti il comitato provinciale ha novanta giorni per decidere e, una volta trascorso inutilmente detto termine dilatorio, l'interessato potrà proporre l'azione giudiziaria (art. ult. cit., sesto comma).

La predetta disposizione riconosce esplicitamente, nell'ipotesi di accoglimento del ricorso da parte del comitato provinciale, la possibilità in capo al direttore della sede di sospendere l'esecuzione della decisione del comitato, qualora si evidenzino profili di illegittimità della stessa (art. 46, nono comma, l. cit.).

Il direttore che acceda a tale opzione deve adottare il provvedimento di sospensione entro cinque giorni dal momento in cui il comitato ha deliberato e sottoporre il provvedimento di sospensione al comitato amministratore competente per materia.

A sua volta il comitato amministratore deve, entro novanta giorni, decidere o l'esecuzione della decisione o il suo annullamento.

Se il comitato amministratore non assume alcun provvedimento nel predetto termine, la decisione assunta dal comitato provinciale diviene esecutiva e la sede pertanto dovrà provvedere all'erogazione della prestazione (art. ult. cit.).

Pare opportuno soffermare l'attenzione sulla disciplina dettata dal predetto Regolamento in tema di ricorsi amministrativi che attengono al riconoscimento di prestazioni collegate a un accertamento medico, per la rilevanza che tale tipo di disciplina può avere nel momento in cui, nel prosieguo della presente esposizione, ci si soffermerà sulle modalità di accertamento dell'esistenza dei requisiti medico-legali per il riconoscimento delle prestazioni assistenziali.

Il Regolamento prevede che l'eventuale visita medica in sede di ricorso è effettuata da un medico dell'Inps diverso da quelli che hanno sottoposto il ricorrente alla visita a seguito della domanda di prestazione, in eventuale contraddittorio con un medico di parte indicato dall'interessato non patrocinato o dal suo legale rappresentante, ovvero designato dall'ente di patronato o dal mandatario (art. 11, primo comma, Reg.to cit.).

Nel caso di residenti all'estero l'accertamento è effettuato da un medico designato dall'Autorità consolare territorialmente competente e per i residenti in Paesi legati all'Italia da accordi internazionali l'accertamento è effettuato secondo quanto pattiziamente previsto (art. 11, u.c., Reg.to cit.).

Da ultimo il Regolamento prevede una clausola di chiusura in forza della quale, nei ricorsi a contenuto sanitario, è demandata alla responsabilità del medico l'individuazione dello specifico accertamento da effettuarsi (art. 12, secondo comma, Reg.to cit.).

Infine in questa sede è opportuno ricordare che:

- ai sensi dell'art. 7 della legge 11 agosto 1973, n. 533, in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria, la richiesta all'istituto assicuratore si intende respinta, a tutti gli effetti di legge, quando siano trascorsi 120 giorni dalla data della presentazione, senza che l'istituto si sia pronunciato, con la conseguenza che, dal 121° giorno, decorrono gli interessi;
- ai sensi dell'art. 443, primo comma, codice di rito la domanda relativa alle

controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria non è procedibile se non quando siano esauriti i procedimenti prescritti dalla legge per la composizione in sede amministrativa o siano decorsi i termini ivi fissati per il compimento dei procedimenti stessi o siano, comunque, decorsi centottanta giorni dalla data in cui è stato proposto il ricorso amministrativo.

3. - Il contenzioso amministrativo in materia di assistenza.

Una ricognizione del contenzioso amministrativo in materia di prestazione assistenziale¹¹ agli odierni fini può proficuamente prendere le mosse dalla legge 15 ottobre 1990, n. 295 e dalle modalità ordinarie con le quali si procede alla disamina delle domande.

L'art. 1 della predetta legge affida alle unità sanitarie locali il compito di svolgere gli accertamenti sanitari relativi alle domande finalizzate all'ottenimento delle prestazioni assistenziali; domande che, a decorrere dall'1 gennaio 2010 (art. 20, terzo comma, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102), sono presentate all'Inps e da questo ente inviate, in tempo reale e in via telematica, alle A.S.L. A tal fine, continua il legislatore, nell'ambito di ciascuna unità sanitaria locale è prevista l'istituzione di una o più commissioni mediche composte da tre medici, dipendenti o convenzionati dell'unità sanitaria locale territorialmente competente a esaminare la domanda, aventi tali qualifiche professionali:

- un medico specialista in medicina legale che assume le funzioni di presidente;
- due medici di cui uno scelto prioritariamente tra gli specialisti in medicina legale (art. 1, secondo comma).

Si rilevi che il legislatore ha da ultimo previsto l'integrazione, quale componente effettivo delle predette commissioni mediche, con un medico dell'Inps (art. 20, primo comma, primo periodo, d.l. n. 78/2009, conv.to con modif.ni dalla l. n. 102/09)¹².

Tali commissioni mediche sono altresì integrate, di volta in volta, a seconda della categoria di appartenenza del richiedente il beneficio, con un sanitario in rappresentanza, rispettivamente dell'Associazione nazionale dei mutilati e invalidi civili, dell'Unione italiana ciechi, dell'Ente nazionale per la protezione e l'assistenza ai sordomuti e dell'Associazione nazionale delle famiglie dei fanciulli ed adulti subnormali (art. cit. terzo comma).

Questi medici, nonostante siano i rappresentanti di una categoria, sono componenti della commissione e non dovrebbero rappresentare gli interessi del richiedente; interessi la cui tutela è affidata a un medico di fiducia che può essere nominato dalla persona interessata (art. cit.).

(11) Si v. da ultimo: E. Sciplino – M. P. Teti, *Invalità civile: fasi amministrative*, in questa riv., 2009, n. 1, 42.

(12) Su questa disposizione si v. con riguardo al versante amministrativo, le circolari Inps, rispettivamente del 20 luglio 2009, n. 93 e del 28 dicembre 2009, n. 131; nonché il messaggio del 29 ottobre 2009, n. 24477.

Con il successivo decreto ministeriale del 5 agosto 1991, n. 387 è stato emanato il Regolamento recante le norme di coordinamento per l'esecuzione delle disposizioni contenute nella predetta legge, in materia di accertamento dell'invalidità civile.

In verità, con riguardo all'individuazione dell'organo collegiale tecnico al quale sono affidati gli accertamenti sanitari e la composizione del medesimo organo il Regolamento non aggiunge nulla di nuovo rispetto alla legge (si v. l'art. 1); limitandosi ad aggiungere che le associazioni di categoria devono comunicare alle U.S.L. il nome del sanitario che le rappresenta chiamato a integrare le commissioni mediche e che le riunioni delle commissioni sono valide anche senza la partecipazione del predetto sanitario di fiducia delle associazioni se costui, nonostante fosse stato invitato, non si presenti o se lo stesso sanitario non sia stato ancora designato (art. 1, terzo comma, d.m. cit.).

La commissione sanitaria si pronuncia collegialmente con l'intervento di almeno tre membri e tale numero legale è raggiunto anche con il sanitario rappresentante della categoria quando si tratta di visitare un invalido appartenente alla medesima categoria (art. cit., quinto comma).

Durante l'accertamento sanitario il richiedente il beneficio può farsi assistere dal proprio medico di fiducia (art. 3, primo comma, d.m. cit.).

La commissione redige un verbale di visita, compilato con cura (art. 3, terzo comma, d.m. cit.) e firmato da almeno tre medici intervenuti nella seduta della commissione stessa, tra cui il sanitario rappresentante la categoria (comma ult. cit.), che deve contenere una dizione diagnostica espressa con chiarezza e precisione, in modo da consentire l'individuazione delle minorazioni ed infermità che, per la loro particolare gravità, determinano la totale incapacità lavorativa o che, per la loro media o minore entità, determinano invece la riduzione di tale capacità (art. 1, quinto comma, d.m. cit.).

Il modello di esame delle domande di concessione dei benefici assistenziali sin qui delineato, se lo si ricostruisce secondo il modello *supra* sommariamente delineato con riguardo alle prestazioni previdenziali si dovrebbe concludere con un provvedimento di riconoscimento del beneficio se esistente la patologia medica o con un provvedimento di disconoscimento del beneficio se inesistente la patologia medica o, al più, con un provvedimento accertativo dell'esistenza della patologia medica.

A fronte di un provvedimento a contenuto negativo si dovrebbe aprire un sistema di tutela paragiudiziale al pari di quel che accade per le prestazioni previdenziali che dovrebbe condurre a un provvedimento di secondo grado che, a sua volta, potrebbe essere impugnato dinanzi all'autorità giudiziaria.

Tale sistema non è stato accolto dal legislatore in questa materia che, con l'art. 42 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, ha previsto che non trovano applicazione le disposizioni in materia di ricorso amministrativo avverso i provvedimenti emanati in esito alle procedure in materia di riconoscimento dei benefici concernenti l'invalidità civile, la cecità civile, il sordomutismo, l'handicap e la disabilità ai fini del collocamento obbligatorio al lavoro (commi primo e terzo).

Venuta meno la tutela di tipo amministrativo lo stesso legislatore ha previsto che la domanda giudiziale sia proposta, a pena di decadenza, avanti all'autorità giudiziaria

entro e non oltre sei mesi dalla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emanato in sede amministrativa (art. 42, terzo comma, l. cit.).

Una volta riconosciuto il benefico assistenziale, la verifica della permanenza dei requisiti sanitari è affidata all'Inps; ente che, nel caso di accertata insussistenza dei requisiti prescritti per il godimento del beneficio, provvede all'immediata sospensione cautelativa del pagamento della prestazione, dandone comunicazione all'interessato entro trenta giorni dalla data del provvedimento di sospensione. Il successivo provvedimento di revoca produce effetti dalla data dell'accertata insussistenza dei requisiti prescritti (art. 5, quinto comma, d.P.R. 21.9.1994, richiamato dall'art. 20, secondo comma, secondo periodo, d.l. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 102/2009)¹³.

La ricognizione del tessuto legislativo si può concludere con la menzione dell'art. 10 del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, da ultimo modificato dall'art. 20 del d.l. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 102/2009. Articolo in forza del quale l'Inps è subentrato nell'esercizio delle funzioni residue allo Stato in materia di invalidità civile, cecità civile, sordomutismo, handicap e disabilità, di competenza del Ministero dell'economia e delle finanze.

A tale disciplina legislativa ha fatto seguito un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 31 marzo 2007, n. 26379, avente a oggetto il trasferimento all'Inps delle funzioni residue allo Stato di cui al predetto art. 10.

In considerazione di tale trasferimento di funzioni l'Inps ha previsto l'istituzione, in ogni provincia, di una Commissione medica di verifica provinciale della quale fanno comunque parte:

- i medici nominati in rappresentanza dell'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili, dell'Unione italiana dei ciechi e dell'ente nazionale per la protezione e l'assistenza ai sordomuti (art. 10, primo comma, l. ult. cit.);
- un medico designato dall'Associazione Nazionale Famiglie di Fanciulli e Adulti subnormali, secondo le indicazioni fornite dal medesimo Inps;
- un operatore sociale e un esperto nei casi di verbali relativi alla valutazione dell'handicap e della disabilità ai sensi dell'art. 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Le Commissioni mediche di verifica sono composte dal Presidente e da almeno due membri nominati secondo criteri di scelta fondati sul possesso dei titoli di specializzazione, con particolare riferimento alla specializzazione in medicina legale.

I medici rappresentanti di categoria e che integrano la Commissione sono individuati dalle competenti Associazioni e sono nominati dal direttore generale dell'Inps.

La nomina dei componenti la commissione ha validità annuale ed è confermata

(13) Da ultimo il legislatore, con l'art. 10 del d.l. n. 78 del 2010, conv.to con modif.ni dalla l. n. 112 del 2010, al dichiarato fine di potenziare i programmi di verifica del possesso dei requisiti per la percezione dell'invalidità civile, ha autorizzato l'Inps ad avvalersi delle commissioni mediche delle aziende sanitarie locali, nella composizione integrata da un medico Inps (art. 10, comma 4-bis).

con provvedimento del direttore generale, su proposta del coordinatore generale medico legale.

Si osservi che la composizione delle predette Commissioni è sovrapponibile alla composizione delle commissioni istituite presso le A.S.L. in sede di esame delle domande per il riconoscimento delle prestazioni assistenziali (si v. l'art. 1, secondo e terzo comma, legge n. 295 del 1990 e l'art. 2, secondo comma, del d.m. n. 387 del 1991).

Una volta costituite le commissioni di verifica si devono individuare le regole preposte all'attività svolta dalle medesime e l'Inps, in mancanza di qualsivoglia normazione sul merito, ha ritenuto che si potessero applicare le disposizioni dettate dalla legge n. 295 del 1990 e dal successivo decreto ministeriale n. 387 del 1991 afferenti all'attività e alle modalità di svolgimento della medesima delle precedenti commissioni di verifica.

Ciò detto non si può che ritornare all'esame dei predetti testi, significando sin da ora che il modello relazionale di cui si parla non costituisce un ricorso amministrativo ma il prosieguo del medesimo procedimento amministrativo che è stato attivato con la domanda di concessione della prestazione e si conclude con il provvedimento amministrativo di riconoscimento della medesima o di riconoscimento dello stato di infermità.

La commissione medica della azienda sanitaria locale trasmette, per il controllo alla commissione medica di verifica provinciale dell'Inps, i propri verbali in copia conforme all'originale e corredati dalla domanda dell'interessato e dalla relativa documentazione sanitaria (art. 3, quarto comma, d.m. cit.).

La commissione medica di verifica esamina i verbali di visita e valutati, in seduta collegiale, gli elementi sanitari e giuridici posti a fondamento degli stessi, può chiedere, entro sessanta giorni dalla ricezione dei documenti, la sospensione della procedura per ulteriori accertamenti, incaricando di compierli la stessa commissione medica della Usl, oppure effettuandoli direttamente con convocazione personale dell'invalido interessato (art. 4, terzo comma, d.m. cit.).

La richiesta di sospensione della procedura si deve fondare su un'esplicita e dettagliata motivazione medico-legale che dia ragione dell'esigenza di far luogo a maggiori approfondimenti.

Effettuati gli approfondimenti necessari la Usl redige un nuovo verbale di visita che trasmette alla commissione di verifica e qualora questa non condivida il nuovo verbale di visita procede a visita diretta dell'invalido interessato (art. 4, quarto comma, d.m. cit.).

Nel caso di visita diretta la commissione di verifica redige verbale di visita e ne invia una copia, attestata conforme all'originale, all'invalido interessato e un'altra copia alla competente commissione medica Usl (art. 4, quinto comma, d.m. cit.).

La commissione di verifica si pronuncia collegialmente con l'intervento di almeno tre membri e a formare tale numero legale può concorrere anche il sanitario rappresentante di categoria quando si tratta di visitare un invalido appartenente alla medesima categoria (art. cit., ottavo comma, d.m. cit.).

L'esame svolto dalla commissione di verifica, se invece non ha nulla da osservare in ordine alla copia dei verbali di visita ricevuti insieme alla documentazione sanitaria, entro

sessanta giorni, si conclude con apposizione da parte della commissione di annotazione e del proprio timbro ad inchiostro indelebile, dandone comunicazione alla commissione medica Usl.

Se il termine di sessanta giorni decorre senza alcuna comunicazione da parte della commissione di verifica, la commissione medica Usl procede a svolgere gli adempimenti di sua competenza successivi a tale fase di verifica, ovvero si trasmette all'interessato, con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, copia attestata conforme all'originale del verbale di visita (art. 3, quinto comma, d.m. cit.); restando a carico dell'Inps l'erogazione della prestazione.

Da ultimo, facendo un'incursione nel processo, è da menzionare la regola introdotta dall'art. 20 del d.l. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 102/2009; regola secondo la quale nei procedimenti giurisdizionali civili relativi a prestazioni sanitarie previdenziali ed assistenziali, se nominato il consulente tecnico d'ufficio, alle operazioni peritali, deve essere presente un medico legale dell'Inps.

4. - Il contenzioso amministrativo come strumento alternativo di risoluzione delle controversie.

In conclusione pare opportuno soffermare l'attenzione sulla funzione che, in una visione di deflazione del contenzioso, si auspica possa assumere il contenzioso amministrativo.

Contenzioso che, in un'ottica di rivisitazione della funzione, da mero accesso propedeutico al giudizio a strumento alternativo delle controversie, potrebbe costituire uno degli strumenti di deflazione del contenzioso previdenziale; contenzioso che, come noto, rappresenta larga fetta del contenzioso civilistico¹⁴, che affligge, per lo più, alcuni Tribunali del centro-sud.

Pare che tale funzione possa essere perseguita, innanzitutto con una riduzione degli organi ai quali è affidato il compito di esaminare i ricorsi amministrativi e con una chiarificazione dei compiti loro assegnati.

Indice significativo di quel che si intende appare essere:

- da un verso il proliferare di organi, in specie in sede centrale,
- da altro verso, a titolo esemplificativo, la difficile individuazione della materia assegnata al Comitato regionale e al Comitato regionale per i rapporti di lavoro.

Una volta che si è proceduti al *dimagrimento* degli organi¹⁵ e alla chiarificazione dei compiti assegnati a ciascun organo ci si dovrebbe poi chiedere quali siano le materie ad alto tasso di conflittualità che sfociano nel processo e che potrebbero utilmente fruire della prospettata rivisitazione del ruolo degli organi amministrativi con funzione

(14) Si v. da ultimo. P. CAPURSO, *L'emergenza processo previdenziale, tra tutela dei diritti sociali e repressione degli abusi*, in *Giustizia Insieme*, 2009.

(15) Questa linea di tendenza sembra essere quella fatta propria dal legislatore del 2010 quanto meno con riguardo al numero dei componenti e ai costi degli organi. Infatti con l'art. 7 si è previsto da un verso un riduzione non inferiore al trenta per cento del numero dei componenti dei comitati (decimo comma) e, da altro verso, o la fissazione di un tetto agli eventuali gettoni di presenza corrisposti ai componenti i comitati centrali (trenta euro) o la scomparsa di siffatti emolumenti (11° e 12° comma del cit. art.).

paragiustiziale.

A quel che consta materie siffatte afferiscono, per lo più, al riconoscimento di prestazioni assistenziali (invalidità civile *et similia*) e, in determinate plaghe del territorio, al riconoscimento di prestazioni previdenziali collegate all'attività agricola (basti pensare al contenzioso della Regione Puglia).

In ipotesi siffatte pare potersi prospettare un utilizzo dei ricorsi amministrativi, non già come vuoti rituali necessari ad accedere alle aule giudiziarie, bensì come veri strumenti di risoluzione delle controversie. Strumenti affidati ad organi collegiali terzi, situazione di terzietà che in realtà dovrebbe esistere sin da ora; organi che, laddove necessario, siano coadiuvati da tecnici (si pensi alle verifiche medico-legali per il riconoscimento dell'invalidità civile) e i cui provvedimenti potrebbero essere vagliati dal giudice solo in unica istanza.

In tale abbozzato quadro ricostruttivo i ricorsi amministrativi potrebbero ancora essere chiamati a risolvere, questa volta definitivamente, tutte quelle *querelles* dove non si discuta del diritto, riconosciuto con titolo giudiziario irretrattabile, ma si discuta dell'eventuale ritardo con il quale l'ente previdenziale pone in esecuzione lo stesso e degli oneri accessori connessi.

NOTE A SENTENZA

Lavoro (rapporto di) - Autonomia o subordinazione - Criteri.

Lavoro (rapporto di) - Differenze retributive - Prova - Distribuzione onere.

Tribunale di Marsala - 12 maggio 2008 n. 409 – Dott. Russo – E.M.G. (Avv. De Mela) – A.M. di G.V. (Avv. Carini)

1. È impossibile operare una distinzione tra lavoro subordinato ed autonomo esclusivamente in ragione del tipo di attività dedotta in contratto, dal momento che ogni attività umana economicamente rilevante può essere indifferentemente oggetto dell'uno o dell'altro tipo di convenzione pattizia, essendo, viceversa, la nozione di subordinazione ricostruibile soltanto ex post, alla luce di alcuni elementi sintomatici, tra cui, soprattutto, assume natura caratterizzante l'assoggettamento del prestatore di lavoro al potere direttivo del datore di lavoro, che si traduce nella presenza di un potere gerarchico, organizzativo e disciplinare, da cui evincerne l'etero-determinazione; a ciò fanno da corollario altri indici presuntivi, quali la collaborazione, l'assenza di rischio, la natura dell'oggetto della prestazione, la continuità di essa, la forma della retribuzione e l'osservanza di un orario, che possono avere una portata sussidiaria ai fini della prova della subordinazione e possono essere decisivi solo se valutati globalmente e non singolarmente.

2. Il lavoratore che propone domanda di condanna al pagamento di differenze retributive è onerato di provare la sussistenza delle condizioni per ritenere il datore di lavoro vincolato ad applicare il C.C.N.L., nonché di provare i fatti storici costitutivi delle pretese azionate.

FATTO - Con ricorso depositato il 5 giugno 2006, la ricorrente in epigrafe ha convenuto in giudizio la ditta "A.M." di V. G., in persona del titolare, esponendo:

- di avere lavorato alle dipendenze della convenuta dall'1 novembre 2002 al 25 febbraio 2004, data delle dimissioni;
- di avere formalmente stipulato con la resistente due successivi contratti di collaborazione coordinata e continuativa a tempo determinato, in data 29 ottobre 2002 e 1 settembre 2003, ma di avere, in realtà, prestato attività lavorativa sotto lo schema della subordinazione, senza che il rapporto fosse denunciato ai competenti enti previdenziali ed assicurativi;
- di avere svolto mansioni di addetta alla vendita ed assistenza alla clientela, inquadrabili nel IV livello del C.C.N.L. Turismo, da utilizzare al fine di stabilire un trattamento retributivo adeguato a qualità e quantità del lavoro prestato, in conformità con i dettami dell'art. 36 Cost.;

- di essere stata stabilmente inserita nell'organizzazione imprenditoriale della resistente, assoggettata a direttive ed al rispetto di un orario di lavoro, senza assumere alcun rischio imprenditoriale e venendo retribuita in misura fissa mensile;
- di non avere fruito di ferie e permessi, senza ricevere la relativa indennità sostitutiva;
- di non avere ricevuto le mensilità aggiuntive;
- di avere prestato lavoro straordinario non retribuito;
- di non avere percepito il t.f.r..

Di conseguenza, previo accertamento delle superiori premesse di fatto e della natura subordinata del rapporto, in applicazione del contratto collettivo sopra indicato per il livello in cui dovrebbero essere inquadrati le mansioni svolte e, in ogni caso, in forza del principio di adeguatezza della retribuzione percepita alla qualità e quantità del lavoro espletato, secondo la previsione dell'art. 36 Cost., la ricorrente ha domandato la condanna della parte datoriale al pagamento in proprio favore dell'importo complessivo lordo di € 14.201,32, o del maggiore o minore importo accertato in giudizio, oltre accessori di legge.

Ritualmente instaurato il contraddittorio, si è costituita la ditta convenuta, contestando la fondatezza della domanda e chiedendone il rigetto.

In particolare, la resistente ha dedotto l'insussistenza del requisito della subordinazione ed eccepito, al riguardo, la natura confessoria della dichiarazione di recesso della ricorrente in ordine alle caratteristiche di autonomia del rapporto; nel merito, poi, ha osservato che le mansioni svolte dalla ricorrente andrebbero, al più, inquadrati nel IV e non nel II livello del C.C.N.L. invocato in ricorso e, in via subordinata, ha chiesto la condanna della lavoratrice, in via riconvenzionale, al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, per essersi questa dimessa senza rispettare il termine previsto nel C.C.N.L..

La causa è stata istruita con l'acquisizione dei documenti prodotti, con l'interrogatorio formale del titolare della ditta resistente, nonché con l'escussione dei testi P.G., A.A., M.G., D.M., O.G., Z.E., T.P. e V.V..

Indi, assegnato termine per il deposito di note scritte, sulle conclusioni delle parti, di cui ai rispettivi atti difensivi, all'udienza del 9 maggio 2008 la causa è stata decisa con sentenza parziale come da separato dispositivo e rimessa sul ruolo, con separata ordinanza, per la prosecuzione dell'istruzione tramite c.t.u. contabile.

DIRITTO - Il ricorso è parzialmente fondato e va accolto nei termini di cui al prosieguo.

Le domande di natura retributiva azionate dalla ricorrente traggono fondamento dall'asserita sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato, secondo la nozione generale contenuta nell'art. 2094 c.c..

La sussistenza di tale rapporto è stata contestata dalla convenuta, la quale ha, viceversa, dedotto lo svolgimento di un'attività lavorativa secondo modalità non riconducibili al paradigma della subordinazione, bensì allo schema della prestazione di lavoro autonomo, di cui all'art. 2222 c.c., sotto forma di collaborazione coordinata e continuativa.

Peraltro, entrambe le stipulazioni contrattuali tra le parti - oggetto del presente giudizio - sono intervenute prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 276/2003, che

agli artt. 61 ss. ha riformato la materia dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, con la conseguenza che la sopravvenuta novella legislativa non possa trovare applicazione alla fattispecie oggetto di controversia.

Secondo il principio generale stabilito dall'art. 2697 c.c. grava sul lavoratore l'onere di provare i fatti posti a fondamento della sua domanda, cioè, nel caso di specie, l'espletamento dell'attività lavorativa descritta in ricorso in favore della convenuta e la sussistenza di un vincolo di subordinazione idoneo a giustificare le differenze retributive e gli altri emolumenti postulati, mentre non è plausibile, viceversa, sostenere che la semplice contestazione della natura subordinata del rapporto effettuata dalla convenuta, deducendo l'esistenza di una tipologia diversa di rapporto tra le parti, possa modificare né, tanto meno, invertire, l'onere probatorio sopra indicato.

Ed infatti, premesso che può dirsi principio acquisito al sistema ordinamentale quello per cui ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato, che di rapporto di lavoro autonomo, in base al contenuto del suo concreto atteggiarsi, la domanda azionata nel ricorso non può essere accolta se non sia stata rigorosamente provata, ovvero se residua il dubbio sulle concrete modalità di svolgimento del rapporto, anche nell'ipotesi, pertanto, in cui il convenuto non abbia a sua volta fornito piena prova della natura autonoma della prestazione, anche per le ricadute sul piano previdenziale, amministrativo e penale della mancata denuncia di un rapporto di lavoro subordinato e delle relative omissioni contributive, le quali, ultime, integrano specificamente il reato di cui all'art. 2, comma 1 bis, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito in legge 11 novembre 1983, n. 638 - come modificato dall'art. 1 del D. Lgs. n. 211/1994 - punito, tra l'altro, con la reclusione fino a tre anni.

La nozione di subordinazione, come enucleata dagli interpreti a seguito di un travagliato *iter* interpretativo, è ricostruibile *ex post* soltanto alla luce di alcuni elementi sintomatici, tra cui, soprattutto, assume natura caratterizzante l'assoggettamento del prestatore di lavoro al potere direttivo del datore di lavoro, che si traduce nella presenza di un potere gerarchico, organizzativo e disciplinare, da cui evincerne l'eterodeterminazione; a ciò fanno da corollario altri indici presuntivi, quali la collaborazione, l'assenza di rischio, la natura dell'oggetto della prestazione, la continuità di essa, la forma della retribuzione e l'osservanza di un orario, che possono avere una portata sussidiaria ai fini della prova della subordinazione e possono essere decisivi solo se valutati globalmente e non singolarmente (cfr., per tutte, Cass. 20 luglio 2003, n. 9900 (1), e Cass. 19 maggio 2000, n. 6570).

È, quindi, proprio il requisito dell'assoggettamento del lavoratore al potere gerarchico e disciplinare altrui, derivante dallo stabile e continuo inserimento nell'apparato aziendale del datore di lavoro, che vale in primo luogo a caratterizzare il tipo contrattuale, dovendosi utilizzare gli altri elementi discriminanti solo nel caso di oggettiva difficoltà a ricostruire quest'ultimo in maniera attendibile.

Peraltro, la Suprema Corte ha messo in luce come non costituisca requisito indispensabile per la qualificazione del tipo negoziale, anche con riferimento alla distinzione rispetto al lavoro autonomo, il carattere dell'assiduità del controllo e della vigilanza attraverso cui il datore di lavoro esercita sul lavoratore subordinato il potere

gerarchico e organizzativo, ben potendo tale controllo essere più o meno intenso o attenuato in relazione alla natura delle mansioni svolte dal lavoratore subordinato e alle caratteristiche dell'attività esercitata dall'azienda nella quale egli è inserito (cfr., da ultimo, Cass. n. 18757 dei 26 settembre 2005).

Di conseguenza, quando al lavoratore vengano assegnate mansioni estremamente semplici e ripetitive, ovvero quando egli fornisca prestazioni lavorative di contenuto intellettuale e creativo (quali ad esempio, quelle del giornalista), non v'è luogo all'esercizio di un potere gerarchico che si estrinsechi in direttive di volta in volta preordinate alle mutevoli esigenze dell'organizzazione imprenditoriale e nei controlli sulle modalità esecutive dell'attività lavorativa.

Ove la prestazione lavorativa, infatti, sia assolutamente semplice e routinaria, e con tali caratteristiche si protragga per tutta la durata del rapporto, l'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro mediante una successione di disposizioni e un costante controllo potrebbe non avere occasione di manifestarsi; ciò può verificarsi in particolare laddove nel momento genetico del rapporto di lavoro siano state dalla parti puntualmente predeterminate le modalità di una prestazione destinata a ripetersi nel tempo, essendo evidente che in casi del genere - a fronte, cioè, di mansioni elementari e, per così dire, rigide - il potere direttivo del datore di lavoro potrà anche non assumere una concreta rilevanza esterna; inoltre, il potere disciplinare in tanto potrà aver modo di estrinsecarsi in quanto il prestatore sia incorso in un'inosservanza dei propri oneri, che non può essere astrattamente presupposta (cfr. Cass. 5 maggio 2004, n. 8569).

Inoltre, ai fini della distinzione fra lavoro autonomo e subordinato, la pur preliminare indagine sull'effettiva volontà negoziale, diretta ad accertare, anche attraverso il *nomen iuris* attribuito al rapporto, se le parti abbiano inteso conferire alla prestazione il carattere della subordinazione, non può essere disgiunta da una verifica dei relativi risultati con riguardo alle caratteristiche e modalità concretamente assunte dalla prestazione stessa nel corso del suo svolgimento, sì da doversi riconoscere l'acquisizione di quel carattere quante volte tale svolgimento non si appalesi coerente con la sua originaria denominazione (cfr., in termini, Cass. 9 maggio 2003, n. 7139 (2), Cass. 1 marzo 2002, n. 3001 (3), Cass. 1 luglio 1998, n. 6444 e Cass. 17 giugno 1996, n. 5532).

In particolare, nulla esclude che anche un soggetto formalmente qualificato come agente o rappresentante o procacciatore addetto alla vendita possa essere considerato, in ragione del concreto atteggiarsi del rapporto, lavoratore subordinato, sempre che siano rinvenibili nel concreto esercizio dell'attività i tratti tipici della subordinazione, con riferimento alle peculiarità di questo ambito.

Sotto questa angolazione, ad esempio, la Corte di legittimità, di recente, ha ritenuto sussistente il vincolo giuridico di dipendenza in favore di un prestatore di lavoro formalmente inquadrato come agente, addetto alla vendita di autoveicoli, ma in realtà nella posizione di lavoratore subordinato, nel caso in cui questi fosse stato stabilmente inserito nei locali di vendita ed utilizzava un proprio ufficio all'interno dell'azienda; la sua presenza in ufficio fosse stata continua ed egli avesse dovuto attenersi alle direttive del responsabile del settore; avesse dovuto pianificare le ferie coordinandosi con il restante personale, nonché comunicare le proprie assenze dall'ufficio; fosse stato

vincolato ad un orario lavorativo ed avesse percepito un fisso mensile, cui si aggiungeva un compenso aggiuntivo a titolo di provvigione per ogni autovettura usata venduta (cfr. Cass. 23 gennaio 2006, n. 1261).

Questi consolidati e condivisibili principi di diritto costituiscono la cornice ermeneutica entro cui collocare i risultati emersi dall'istruzione probatoria espletata, la quale ha fornito riscontro pieno ed univoco alla prospettazione attorea in ordine a questo profilo, dovendosi ritenere provato che nel periodo compreso tra l'1 novembre 2002 ed il 25 febbraio 2004 la ricorrente abbia svolto una prestazione lavorativa inquadrabile sotto l'egida della subordinazione.

Al riguardo, giova preliminarmente disattendere la tesi difensiva della resistente secondo cui la lavoratrice, nella lettera di dimissioni del 25 febbraio 2004, avrebbe confessato la natura autonoma dei rapporti di lavoro intercorsi tra le parti.

Il testo dell'atto unilaterale, invero, non induce affatto a pervenire ad una siffatta conclusione, giacché la G. si è limitata a manifestare la volontà di recedere dal contratto di collaborazione a suo tempo sottoscritto, senza per nulla prendere posizione sui fatti storici costitutivi del rapporto di lavoro, tali da consentirne una qualificazione sostanziale.

In altri termini, con la dichiarazione sopra indicata la ricorrente si è limitata ad esprimere una volontà di recesso da un contratto stipulato con la controparte, formalmente qualificato dalle parti con un determinato *nomen iuris*, ma non ha in alcun modo preso posizione sugli elementi di fatto del rapporto, di guisa da avere espresso una volontà del tutto neutra sul punto.

Del resto, se le parti avevano qualificato in termini di rapporto di collaborazione il contratto tra loro stipulato, la ricorrente, nel recedere dallo stesso, si è semplicemente attenuta alla definizione contenuta nel testo negoziale, senza che ciò possa implicare che le modalità di espletamento della prestazione siano state necessariamente conformi alla previsione formale.

Anzi, l'oggetto del giudizio consiste proprio nello stabilire se la prestazione lavorativa abbia assunto, nella dinamica effettiva, una connotazione diversa dalla denominazione indicata dalle parti, e non può costituire elemento vincolante e decisivo il *nomen iuris*.

A parere del decidente, l'esame complessivo del testo contrattuale consente di concludere che la volontà dei contraenti, obiettivata nelle clausole del negozio, non fosse quella di stabilire un rapporto autonomo, bensì di natura subordinata, giacché sono state espressamente disciplinate modalità di esecuzione della prestazione che non possono essere ricondotte allo schema del primo tipo negoziale, ma dimostrano un assoggettamento al vincolo giuridico della subordinazione.

Il contenuto complessivo del contratto stipulato, invero, derivante dalla connessione tra le singole clausole pattuite, dimostra che la regolazione finale dell'assetto di interessi abbia comportato uno stabile e continuativo inserimento della lavoratrice nell'organizzazione aziendale, con mansioni tipiche e peculiari dell'attività imprenditoriale nel ramo della resistente, con la previsione di un orario lavorativo e la necessità di coordinare le assenze dal luogo di lavoro, nonché con l'attribuzione di un corrispettivo fisso, senza che sussistesse alcun rischio effettivo di impresa in capo alla prestatrice di lavoro.

Ciò si ricava, in primo luogo, dal fatto che le parti abbiano premesso che l'oggetto sociale della resistente riguardava attività di *tour operator*, agenzia viaggi e vendita di pacchetti viaggio, ed alla ricorrente sia stato assegnato l'incarico di addetta alla vendita ed al rapporto con la clientela.

Tali attività, invero, in ragione del settore di mercato in cui operava la convenuta, non sono altro che mansioni lavorative inerenti l'attività imprenditoriale della resistente e non riguardano prestazioni accessorie, strumentali o marginali, e nemmeno di tipo transitorio o sperimentale.

Ma, soprattutto, malgrado al punto n. 1 del contratto sia stato pattuito che la ricorrente non avrebbe dovuto osservare un orario di lavoro, al successivo punto n. 2 le parti hanno stabilito che la ricorrente avrebbe dovuto garantire alla clientela la normale relazione con la ditta negli orari di apertura degli uffici e, inoltre, si sarebbe potuta assentare dal luogo di lavoro per non più di 15 giorni e previo accordo con la ditta.

Tale pattuizione, invero, esprime chiaramente la sussistenza di un vincolo giuridico a essere stabilmente presente negli orari di apertura dell'esercizio commerciale, sicché, di fatto, la ricorrente è stata assoggettata al rispetto di un orario di lavoro.

Di più, è stato pattuito che potesse usufruire di non più di 15 giorni di assenza nel periodo di vigenza del contratto, previo assenso della controparte, di guisa da comprovare che, di fatto, la ricorrente era stata stabilmente inserita nel tessuto imprenditoriale e non poteva, come invece asserito dalla resistente, organizzare autonomamente la propria prestazione lavorativa.

Tanto è vero che sostanzialmente tutti i testi escussi hanno rappresentato che la ricorrente lavorava dietro una scrivania nei locali aziendali ed utilizzava il telefono aziendale.

In particolare, la teste P.G. ha ulteriormente precisato di avere lavorato in tutto l'arco temporale oggetto di controversia a pochi metri di distanza dai locali della resistente e di avere osservato l'orario lavorativo dalle 9 - 13 e dalle 16 - 19, di essersi recata ogni mattina ed ogni pomeriggio, all'apertura ed alla chiusura, nei locali dell'agenzia M., precisamente nell'ufficio del V., a ritirare o consegnare le chiavi dei locali ove lei lavorava, di essersi complessivamente recata presso quella agenzia almeno quattro volte al giorno, nonché di avere visto ogni volta la ricorrente che occupava la scrivania prospiciente l'ingresso; inoltre, ha riferito di ricordare che la ricorrente si occupava dell'organizzazione di viaggi dei gruppi o di viaggi di nozze e curava i contatti con la clientela e quando ci andava vedeva gente davanti alla sua scrivania che parlava con lei, oppure la vedeva al telefono; infine, ha rappresentato che *"quando non vedevo la ricorrente in agenzia, e chiedo informazioni, pensando che potesse essere malata, mi veniva risposto che era in viaggio come accompagnatrice; non ricordo di quali viaggi si trattasse, ma solo che mi veniva risposto così"* (cfr. verbale di udienza del 2 marzo 2007).

Per contro, non è emerso alcun elemento da cui evincere che la ricorrente utilizzasse per la propria attività attrezzatura personale, ovvero che assumesse un qualche tipo di rischio in ordine alla prestazione eseguita.

Tale circostanza emerge anche dalle modalità di erogazione del compenso pattuite.

Invero, la lavoratrice non riceveva emolumenti in misura forfetaria in ragione degli affari conclusi, ma in contratto era stato pattuito un compenso fisso, che poi la parte

resistente provvedeva ad erogare con cadenza mensile, come attestato dalle buste paga in atti.

Né, poi, la ricorrente era titolare di partita I.V.A. o riceveva fatture per le prestazioni rese, elemento indicativo in ordine alla sussistenza di una organizzazione imprenditoriale da lei gestita, ma riceveva un trattamento economico stabile, come un qualsiasi lavoratore dipendente. Il che implica che sulla ricorrente non gravasse alcun rischio di impresa.

E la necessità di assicurare una stabile e continuativa presenza nei locali aziendali, nei termini pattuiti nello stesso negozio stipulato dai contraenti, denota in maniera chiara ed evidente che il rapporto di lavoro instaurato avesse natura subordinata e non autonoma.

A nulla rileva, pertanto, la dedotta circostanza che la ricorrente si assentasse dal servizio o arrivasse in ritardo, riferita anche da alcuni testi, perché sotto questo profilo assume pregnanza il fatto che fosse stato pattuito un obbligo di presenza, tale dovendosi intendere quello di garantire il rapporto con la clientela negli orari d'ufficio, come sopra osservato, mentre in ragione della tipologia di attività a lei conferita non emerge per nulla in cosa consistesse l'autonomia organizzativa della ricorrente.

Conclusivamente, posto che l'attività di organizzazione di pacchetti turistici e la sottoposizione degli stessi a clienti per conto dell'agenzia non presupponeva, per logica, una organizzazione che assegnasse alla ricorrente una postazione di lavoro e ne richiedesse una presenza continua e costante in agenzia, né una ripartizione del compenso in misura fissa, anziché almeno in parte in proporzione sugli affari conclusi, il programma negoziale nel suo contenuto globale, con specifico riferimento anche agli indici sussidiari del rapporto, dimostra che la ricorrente non avesse assunto un incarico in ordine ad un obiettivo da raggiungere con la propria organizzazione di mezzi, bensì l'obbligo di mettere a disposizione le proprie energie lavorative nell'altrui organizzazione imprenditoriale.

Con la conseguenza che il contratto intercorso tra le parti contenga tutti gli indici sintomatici della subordinazione e alla ricorrente competa, a norma dell'art. 36 Cost., un trattamento economico adeguato alla prestazione lavorativa resa.

Al fine di apprezzare la domanda di corresponsione delle differenze retributive, occorre tuttavia premettere che la disciplina pattizia richiamata dalla lavoratrice non può trovare diretta applicazione nel caso di specie, non essendo provata la sussistenza delle condizioni, individuate dalla costante giurisprudenza di legittimità, per ritenere il datore di lavoro vincolato ad applicare il C.C.N.L., cioè la sua appartenenza alle organizzazioni firmatarie dell'accordo medesimo - tenute a rispettarlo -, ovvero l'applicazione in concreto della normativa collettiva di settore ai propri dipendenti, per avervi, di fatto, aderito (cfr. per tutte, Cass., Sez. Un., n. 2665/1997 e Cass. 5 maggio 2004, n. 8565).

I contratti collettivi postcorporativi di lavoro, non dichiarati efficaci *erga omnes* ai sensi della legge n. 741 del 1959, costituiscono atti di diritto comune aventi natura negoziale e privatistica, applicabili esclusivamente ai rapporti individuali intercorrenti tra soggetti che siano entrambi iscritti alle associazioni stipulanti ovvero che, in mancanza di tale condizione, abbiano espressamente aderito ai patti collettivi oppure li abbiano implicitamente recepiti attraverso un comportamento concludente desumibile da una

costante e prolungata applicazione, senza alcuna contestazione, delle rispettive clausole al singolo rapporto (cfr. Cass. n. 2843 del 10 febbraio 2006).

Nel merito, non sussiste prova - né sono stati appositamente chiesti in merito mezzi istruttori - che la ditta convenuta fosse tenuta ad applicarlo ai propri dipendenti e, specificamente, alla ricorrente.

Tuttavia, gli indici retributivi concordati nel contratto collettivo, seppure non applicabili in via diretta, possono essere utilizzati come base parametrica al fine di individuare una retribuzione equa e proporzionata alla qualità e quantità dell'attività lavorativa espletata, di modo da garantire il principio di adeguatezza della retribuzione percepita al lavoro prestato, secondo i dettami stabiliti dell'art. 36 Cost..

Sotto questo profilo, è pacifico che il contratto collettivo indicato in ricorso sia quello idoneo a regolare i rapporti tra le parti, tenuto conto del particolare settore del mercato in cui operava la convenuta ed il contenuto dell'attività imprenditoriale nel settore turistico dalla stessa svolta.

Tuttavia, non appare corretto utilizzare la retribuzione prevista dall'invocata disciplina contrattuale per il II livello retributivo, perché, ad una disamina dei profili professionali disciplinati dalle parti sociali, il suddetto livello non è quello nel quale avrebbero potuto astrattamente essere ricondotte le mansioni di addetta alla vendita ed al rapporto con la clientela disimpegnate dalla lavoratrice.

In base al tenore dell'art. 393, norma specifica per i dipendenti delle agenzie di viaggio e turismo, siffatte mansioni possono, viceversa, essere ricondotte nel IV livello retributivo.

Al fine di valutare se il trattamento economico previsto per tale livello di inquadramento sia superiore a quello lordo pattuito in contratto e, pertanto, stabilire se sussistano differenze retributive, è necessario disporre la rimessione della causa sul ruolo e nominare c.t.u. contabile.

In particolare, la ricorrente ha diritto al trattamento lordo spettante per il suddetto livello di inquadramento, con condanna della parte datoriale alle differenze eventuali sulla retribuzione lorda pattuita fino al mese di novembre 2003.

Viceversa, per quanto riguarda il periodo successivo e sino al recesso dal rapporto, la parte datoriale non ha fornito prova alcuna del pagamento, sicché va condannata al pagamento della retribuzione lorda prevista per quel livello contrattuale.

Al tal riguardo, costituiva *vexata quaestio* quella relativa al riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale, rispetto alla quale in dottrina e giurisprudenza erano affiorate soluzioni variegata e differenziate.

Al fine di dirimere il contrasto interpretativo esistente in seno anche alla giurisprudenza di legittimità, ed assicurare così la funzione nomofilattica, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affermato il principio di diritto secondo cui in materia contrattuale, sia che agisca per la risoluzione, che per l'esatto adempimento, che per il risarcimento del danno, l'attore si può limitare a provare la fonte dell'obbligazione ed allegare l'inadempimento, mentre grava sul convenuto dimostrare l'esatto adempimento, cioè il pagamento dell'importo dovuto, così estinguendo il diritto azionato, ovvero l'impossibilità sopravvenuta a sé non imputabile (cfr., sul riparto dell'onere probatorio, Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

Il principio enunciato dalle Sezioni Unite è divenuto pacifico nella successiva giurisprudenza di legittimità (Cfr. Cass., Sez. 3, n. 982 del 28 gennaio 2002, Cass., Sez. 2, n. 13925 del 25 settembre 2002, Cass., Sez. 3, n. 18315 del 01 dicembre 2003, Cass., Sez. 3, n. 6395 del 01 aprile 2004, Cass., Sez. 3, n. 8615 del 12 aprile 2006, Cass., Sez. 1, n. 13674 del 13 giugno 2006, Cass., Sez. 1, n. 1743 del 26 gennaio 2007), con l'unica eccezione - non ricorrente nella specie - in cui la parte convenuta deduca a sua volta l'inadempimento della controparte, nello schema dell'eccezione disciplinata dall'art. 1460 c.c..

Inoltre, secondo l'orientamento costante della Suprema Corte, condiviso dal decidente, *“l'accertamento e la liquidazione dei crediti pecuniari del lavoratore per differenze retributive, e quindi anche per il trattamento di fine rapporto, debbono essere effettuati al lordo delle ritenute fiscali, poiché il meccanismo della determinazione di questi ultimi inerisce ad un momento successivo a quello dell'accertamento e della liquidazione delle spettanze retributive e si pone in relazione al distinto rapporto d'imposta, sul quale il giudice chiamato all'accertamento e alla liquidazione predetti non ha il potere di interferire, rientrando il relativo accertamento nella giurisdizione esclusiva delle commissioni tributarie”* (cfr., per tutte, Cass. 18 aprile 2003, n. 6337).

Conclusivamente, pertanto, la resistente va condannata a pagare alla ricorrente le - eventuali - differenze retributive sul trattamento pattuito sino al novembre 2003, nonché l'intera retribuzione prevista per il IV livello del C.C.N.L. per i mesi successivi e sino al 25 febbraio 2004, salvo che, ovviamente, quella oggetto del contratto individuale non risulti superiore.

In tale caso, infatti, posto che il trattamento economico previsto dal contratto collettivo rappresenta un minimo inderogabile *in peius* e le parti possono sempre prevedere un trattamento retributivo superiore, la datrice di lavoro - che non ha dimostrato di avere pagato alla dipendente nulla di più di quanto dalla stessa riconosciuto in ricorso - sarà tenuta a corrispondere quest'ultimo.

Parimenti, è dovuta la 13^a mensilità, la quale concorre ad integrare il trattamento minimo costituzionalmente garantito, nonché il t.f.r..

Anche per quantificare questi emolumenti sarà necessario disporre consulenza contabile, utilizzando come parametro il maggiore importo tra quello spettante in forza delle pattuizioni contrattuali e quello risultante dal contratto collettivo.

Non è dovuta, viceversa, in assenza di prova in ordine all'applicazione diretta del C.C.N.L., la 14^a mensilità, istituito di sicura derivazione pattizia, come, per la medesima ragione, l'indennità di trasferta.

Non è dovuta, poi, l'indennità per ferie e permessi non goduti, né quella per il lavoro straordinario, non avendo la ricorrente assolto l'onere di dimostrare i fatti storici costitutivi della pretese.

Quanto alla prima, non ignora questo giudice l'orientamento, sostenuto da una parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui compete all'imprenditore, cui spetta di definire le modalità di fruizione delle ferie annuali dei dipendenti e che è in possesso dei dati di natura contabile da cui ricavare la ripartizione delle energie lavorative per coprire

la fase produttiva annuale dell'azienda, offrire la prova di avere fatto fruire al lavoratore le ferie a questo spettanti (cfr. Cass. 5 ottobre 2000, n. 13258).

Tuttavia, ritiene il decidente di aderire al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità e della migliore dottrina, riaffermato anche di recente dalla Suprema Corte (cfr. Cass. 9 agosto 2005, n. 16761, Cass. 25 settembre 2004, n. 19303 e Cass. 21 agosto 2003, n. 12311), che valorizza il profilo di emolumento di natura retributiva dell'indennità sostitutiva delle ferie, perché non solo è pur sempre connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma è altresì da porre in relazione ad un'attività lavorativa prestata ugualmente dal lavoratore, nonostante la violazione di norme poste a sua tutela, con la conseguenza di essere assoggettata anche ai contributi previdenziali.

Muovere da questa premessa equivale a ritenere che l'espletamento di attività lavorativa eccedente la normale durata del periodo di lavoro annuale rappresenti un fatto costitutivo dell'indennità suddetta, con la conseguenza che, in base ai principi generali sul riparto dell'onere probatorio, di cui all'art. 2697 c.c., incombe su chi agisce dimostrare la fondatezza della propria pretesa, cioè, nel caso di specie, l'aver lavorato ininterrottamente, o, più precisamente, di avere protratto la prestazione lavorativa oltre i limiti di durata annuali derivanti dal proprio diritto di fruire delle ferie.

Peraltro, la Suprema Corte ha avuto cura di precisare che è del tutto irrilevante il maggiore agio che potrebbe avere il datore di lavoro a provare il fatto in questione, non potendo questa circostanza, da sola, costituire una valida ragione per sovvertire le regole probatorie generali.

In altri termini, l'obbligazione di pagamento dell'indennità sostitutiva sorge per effetto e quale conseguenza di un fatto storico costitutivo, ossia lo svolgimento di attività lavorativa eccedente quella dovuta da parte del lavoratore, sicché soltanto ove sia provata la sussistenza dell'obbligazione di pagamento questi potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento datoriale, a fronte del quale la resistente avrebbe a sua volta l'onere di provare l'esatto adempimento.

Di conseguenza, il suddetto indirizzo interpretativo si pone in linea con quello enucleato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella citata pronuncia del 30 ottobre 2001, n. 13533.

Nei medesimi termini sotto il profilo probatorio occorre ragionare con riferimento all'indennità per il lavoro straordinario.

Ed infatti, l'affermazione - reiteratamente e correttamente ripetuta nelle massime giurisprudenziali - secondo cui spetta al lavoratore, il quale chiedi il riconoscimento del compenso per lavoro straordinario, fornire la prova positiva dell'esecuzione della prestazione lavorativa oltre i limiti, legalmente o contrattualmente previsti, costituisce proiezione del principio guida di cui all'articolo 2697 c.c., configurandosi lo svolgimento di lavoro "in eccedenza" rispetto all'orario normale quale fatto costitutivo della pretesa azionata.

La relativa prova, di conseguenza, va fornita in modo pieno e rigoroso dal lavoratore, su cui grava l'onere di provare non solo lo svolgimento di lavoro straordinario, ma anche la sua effettiva consistenza.

Sicché, secondo il costante insegnamento Corte di legittimità, “*il lavoratore che chieda in via giudiziale il compenso per il lavoro straordinario ha l’onere di dimostrare di aver lavorato oltre l’orario normale di lavoro, senza che l’assenza di tale prova possa esser supplita dalla valutazione equitativa del giudice*”, utilizzabile solo in riferimento alla quantificazione del compenso (cfr., per tutte, Cass. 3 febbraio 2005, n. 2144, Cass. 29 gennaio 2003, n. 1389 e Cass. 14 agosto 1998, n. 8006).

In effetti, a norma dell’art. 432 c.p.c., i presupposti per la valutazione equitativa del giudice ricorrono soltanto nella misura in cui sia certo il diritto, ma non sia possibile determinare la somma dovuta in base al diritto accertato.

Siffatto onere non è stato per nulla assolto, poiché i testi sono stati vaghi ed indeterminati sul punto e non hanno consentito di ricostruire in termini di apprezzabili certezza un orario lavorativo eccedente quello ordinario e, soprattutto, quando ciò si sia eventualmente verificato.

Né, poi, è emerso con certezza quale orario abbia osservato la lavoratrice quando si è recata in trasferta, né se abbia recuperato eventuali eccedenze.

Ne segue il rigetto di questo capo di domanda per carenza di prova.

Parimenti, va disattesa la domanda riconvenzionale della resistente, poiché in assenza di prova sul pagamento integrale della retribuzione di dicembre 2003, nonché di gennaio e febbraio 2004, in un rapporto di durata a prestazioni corrispettive - tanto più quando sussumibili nello schema della subordinazione - ricorre una fattispecie di giusta causa di recesso, a norma dell’art. 2119 c.c., tale da consentire di non concedere il periodo di preavviso per le dimissioni.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 1523

(2) Idem, Idem, p. 832

(3) Idem, 2002, p. 408

LA DISTRIBUZIONE DELL’ONERE PROBATORIO IN MATERIA DI RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO E DELLE CONSEGUENTI RIVENDICAZIONE RETRIBUTIVE

L’esame della disciplina dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa ha fornito al Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Marsala l’occasione per affrontare la tematica della distribuzione dell’onere probatorio in materia di rapporto di lavoro subordinato e delle conseguenti rivendicazione retributive.

Il fatto. Il dipendente di una ditta specializzata nell’organizzazione di viaggi turistici, assumendo di aver formalmente stipulato con la resistente due contratti di

collaborazione coordinata e continuativa a tempo determinato, ma di avere in realtà prestato attività lavorativa riconducibile allo schema della subordinazione, chiedeva la condanna della parte datoriale alle corresponsione delle differenze stipendiali dovute in applicazione del C.C.N.L. Turismo ed in forza del principio di adeguatezza della retribuzione secondo le previsioni dell'art. 36 Cost..

Nel costituirsi la ditta resistente eccepiva l'insussistenza del requisito della subordinazione, l'infondatezza nel merito dell'avverso assunto e chiedeva in via riconvenzionale la condanna del ricorrente al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, per essersi dimessa senza rispettare il termine previsto nel C.C.N.L..

La decisione. All'esito di una complessa attività istruttoria, districatasi attraverso l'interrogatorio formale del titolare della ditta resistente e l'escussione di otto testi, l'adito magistrato nell'accogliere il ricorso con sentenza non definitiva (disponendo con separata ordinanza in ordine alla nomina di un c.t.u. contabile al fine di quantificare le rivendicate pretese patrimoniali), ha seguito, con doverosa attenzione a più consolidati orientamenti giurisprudenziali, un percorso logico-motivazionale lineare ed alieno da errori interpretativi. Iter argomentativo i cui capisaldi possono essere così sintetizzati:

- la mera contestazione della natura subordinata del rapporto lavorativo formulata dal convenuto non è idonea a sovvertire il principio generale stabilito dall'art. 2697 cod. civ. per il quale grava sul lavoratore l'onere di provare i fatti costitutivi posti a fondamento della sua domanda;
- gli indici retributivi cristallizzati nel richiamato contratto collettivo, sia pur privi di diretta applicazione nella fattispecie processuale, possono assurgere a parametri di oggettiva valutazione al fine di garantire al lavoratore una retribuzione equa e proporzionata alla quantità e qualità dell'impegno professionale profuso.

La subordinazione. L'evolversi dei processi produttivi, i cambiamenti nell'organizzazione del lavoro, la diffusione di moderne tecniche gestionali, la nascita di nuove figure professionali, hanno determinato una profonda revisione nella individuazione delle mansioni del lavoratore, tali da provocare un evidente arricchimento dei contenuti cognitivi ed un corrispondente depauperamento delle componenti esecutive, così da assicurare una maggiore sfera di autonomia al lavoratore nell'esecuzione della quotidiana attività lavorativa.

Risulta poi impossibile, nella prassi quotidiana, operare una plausibile distinzione tra lavoro subordinato ed autonomo esclusivamente in ragione del tipo di attività dedotta in contratto, dal momento che ogni attività umana economicamente rilevante può essere indifferentemente oggetto dell'uno o dell'altro tipo di convenzione pattizia (Cass. Civ., Sez. Lav., 10 maggio 2003 n. 7171; Cass., Sez. lav., 13 febbraio 2004 n. 2842; Cass. 11 febbraio 2004 n. 2622); principio acquisito anche a livello normativo laddove il D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 30, nel dettare i principi fondamentali in materia di professioni, prevede espressamente che ogni attività lavorativa può manifestarsi sia in forma autonoma che subordinata, ferma, in tale ultimo caso, la necessità che "specifiche disposizioni normative assicurino l'autonomia del professionista" (art. 2, 3° comma).

Tanto premesso appaiono condivisibili le argomentazioni esposte in sentenza relative alla natura subordinata¹ della fattispecie lavorativa posta all'attenzione del magistrato, attento a rimarcare:

- la posizione del lavoratore autonomo, caratterizzata da autonomia gestionale, godendo egli di una piena discrezionalità nell'organizzazione temporale e logistica della propria attività, mentre nel lavoro subordinato prevale una componente di soggezione al potere direttivo e di controllo del datore di lavoro; un controllo evidentemente di intensità diversa a seconda delle mansioni svolte e da reputarsi meno incisivo, sottolinea l'autore della sentenza, quando al lavoratore sono assegnate mansioni semplici e ripetitive ovvero quando egli fornisca un contributo professionale di matrice prevalentemente intellettuale o creativa (in tal senso confortato da Cass. civ., Sez. lav., 5 maggio 2004 n. 8569 e Cass. civ., Sez. lav., 26 settembre 2005 n. 18757);
- l'esistenza di un'organizzazione di impresa (studio professionale, bottega artigianale) e dei relativi macchinari; parametro valutativo, tuttavia, privo di un efficace rilievo qualificante in quanto numerose figure di lavoratori autonomi ne sono evidentemente prive (idraulico, elettricista);
- le modalità di determinazione del corrispettivo, che nel lavoro autonomo è legato al risultato finale ed è disancorato dal tempo che il prestatore impiega alla sua realizzazione, mentre nel lavoro subordinato è normalmente calcolato a tempo senza alcuna correlazione con il risultato finale;
- la distribuzione temporale dell'impegno professionale, laddove, a fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato non è decisiva la continuità delle prestazioni, essendo possibile che esse vengano rese anche saltuariamente e discontinuamente alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore; è, tuttavia, necessario che risulti che il lavoratore discontinuo assicuri al datore di lavoro la propria disponibilità in caso di chiamata (Cass. civ., Sez. lav., 4 settembre 2003 n. 12926);
- l'incidenza del rischio nell'attività produttiva, elemento che assume rilievo quando si prospetta l'ipotesi che il prestatore d'opera possa in realtà rivestire la qualità di imprenditore e, come tale, prestare un'attività autonoma all'interno, o comunque, a favore dell'impresa committente, ma non quando si tratta di prestazione di attività di

(1) Ai fini della configurabilità del lavoro subordinato e la distinzione da quello autonomo, sono decisivi l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro con la conseguente limitazione della sua autonomia e il suo inserimento nell'organizzazione aziendale, mentre la qualificazione del rapporto compiuta dalle parti nella iniziale stipulazione del contratto non è determinante, stante la idoneità, nei rapporti di durata, del comportamento delle parti ad esprimere sia una diversa effettiva volontà contrattuale, sia una nuova diversa volontà. Invece, elementi quali l'assenza del rischio, l'osservanza di un orario e la cadenza e la misura fissa della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva, fermo restando che l'apprezzamento in concreto circa la riconducibilità di determinate prestazioni ad un rapporto di lavoro subordinato o autonomo si risolve in un accertamento di fatto che, ove adeguatamente e correttamente motivato, è incensurabile in Cassazione (Cass. Civ. Sez. lav. 25 ottobre 2004 n. 20669; in senso conforme Cass. Civ. Sez. Lav. 25 ottobre 2005 n. 20659; Cass. Civ. Sez. Lav. 09 maggio 2003 n. 7139).

carattere professionale, perché, in tale ipotesi, non si pone un problema di distribuzione del rischio tra il committente ed il professionista il qual non ha un proprio rischio di impresa, ma è soggetto alla sola eventualità dell'inadempimento o dell'insolvenza della controparte (Cass. civ., Sez. lav., 29 aprile 2003 n. 6673);

- la denominazione attribuita dai contraenti alla convenzionale pattizia (c.d. *nomen iuris*) non ha un rilievo assorbente al fine di determinare la natura del rapporto; onere interpretativo rimesso all'autorità giudiziaria in ossequio al consolidato principio di prevalenza del comportamento tenuto dalle parti durante lo svolgimento del rapporto rispetto alla volontà dalle stesse formalmente manifestata all'atto della stipulazione del contratto; anzi in caso di contrasto fra i dati formali e dati fattuali relativi alle caratteristiche e modalità della prestazione, è opportuno dare prevalente rilievo ai secondi laddove l'esecuzione, esprimendo soggettivamente la volontà delle parti ed oggettivamente la causa contrattuale, e protraendosi nel tempo, resta (ai sensi dell'art. 1362, 2° comma, cod. civ.) lo strumento d'emersione di una nuova e diversa volontà eventualmente sopravvenuta nel corso dell'attuazione del rapporto e destinata a modificare le stessa natura del rapporto lavorativo inizialmente prevista, conferendo al medesimo, un nuovo assetto negoziale (in tal senso Cass. civ., Sez. lav., 5 luglio 2006 n. 15327; Cass. civ., Sez. lav., 16 giugno 2003 n. 9654; Cass. civ., Sez. lav., 18 agosto 2004 n. 16144).

Elementi, tutti, il cui accertamento è rimesso, in conformità al principio generale stabilito dall'art. 2697 cod. civ. al lavoratore non essendo "plausibile, viceversa, sostenere che la semplice contestazione della natura subordinata del rapporto effettuata dalla convenuta, deducendo l'esistenza di una tipologia diversa di rapporto fra le parti, possa modificare né, tanto meno, invertire, l'onere probatorio sopraindicato".

Applicazione del CCNL. Se, dunque, il contratto intercorso fra le parti contiene tutti gli indici sintomatici della subordinazione, alla ricorrente spetta, in conformità al disposto costituzionale dell'art. 36 Cost., un trattamento economico adeguato alla prestazione lavorativa resa. Ancora volta la determinazione assunta dall'adito magistrato è il frutto di un percorso interpretativo che attinge ai più consolidati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

Nel nostro sistema in mancanza di un intervento normativo di settore in materia di minimi salariali che assicuri a tutti i lavoratori, nel rispetto dell'art. 36 Cost. una retribuzione sufficiente e proporzionata alla quantità e qualità dell'impegno professionale, e non potendosi attribuire alla contrattazione collettiva efficacia *erga omnes*², il lavoratore che intende agire in giudizio per ottenere delle differenze retributive, ha la sola possibilità di

(2) I contratti postcorporativi di lavoro, non dichiarati efficaci *erga omnes* ai sensi della legge 741 del 1959, costituiscono atti di diritto comune aventi natura negoziale e privatistica, applicabili esclusivamente ai rapporti individuali intercorrenti tra soggetti che siano entrambi iscritti alle associazioni stipulanti ovvero che, in mancanza di tale condizione, abbiano espressamente aderito ai patti collettivi oppure li abbiano implicitamente recepiti attraverso un comportamento concludente desumibile da una costante e prolungata applicazione, senza alcuna contestazione, delle rispettive clausole al singolo rapporto (in tale senso Cass. 10 febbraio 2006 n. 2843).

invocare l'applicazione dei contratti collettivi di diritto privato o in quanto direttamente applicabili ed efficaci nei confronti del datore di lavoro oppure in quanto parametro utilizzabile al limitato fine di determinare la giusta retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost..

Ad ogni opzione difensiva si accompagna, sempre in conformità al generale principio di cui all'art. 2697 cod. civ., un differente regime probatorio.

Nel primo caso il lavoratore è tenuto a provare la sussistenza di una delle condizioni, indicate dalla giurisprudenza di legittimità al fine di ritenere il datore di lavoro vincolato ad applicare il C.C.N.L., cioè la sua appartenenza alle organizzazioni firmatarie dell'accordo medesimo (Cass. n. 11939/2004), ovvero il richiamo diretto³ (Cass. n. 9145/2002) o indiretto della normativa collettiva di settore alla dipendente, per avervi, di fatto, aderito⁴.

Nell'ipotesi in cui, invece, pur escludendo una diretta applicazione alla fattispecie degli indici retributivi concordati nel contratto collettivo, gli stessi possono essere utilizzati come base parametrica al fine di individuare una retribuzione equa e proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato, in modo da garantire il principio di ragionevole adeguatezza della retribuzione ex art. 36 Cost., il C.C.N.L. di settore non trova un'applicazione integrale, ma limitata alla determinazione della retribuzione base e non anche degli altri istituti contrattuali, quali mensilità aggiuntive o altre indennità⁵ che, pur avendo carattere retributivo, trovano origine nella forza contrattuale delle parti collettive, piuttosto che nell'immediata realizzazione dell'esigenze primarie del lavoratore tutelate dalla cornice costituzionale. Anche in tal caso, il lavoratore, che invoca il riconoscimento di istituti contrattuali non direttamente rientranti nella retribuzione base, sarà chiamato a fornire adeguata dimostrazione che la prestazione resa, per le modalità di svolgimento e la sua tipologia, ha fatto sorgere il diritto ad una retribuzione comprensiva, oltre che della retribuzione base, anche di ulteriori istituti ed indennità.

In sostanza il giudice non è chiamato ad utilizzare, nella determinazione della giusta retribuzione ex art. 36 Cost., i contratti collettivi, ma, più correttamente, applica direttamente la suddetta norma costituzionale utilizzando, con metodo equitativo, le fonti dell'autonomia collettiva di cui è venuto a conoscenza nel corso dell'iter processuale⁶, le

(3) Si ricorda che la riferita adesione da parte del datore di lavoro non iscritto alle associazioni sindacali stipulanti, può essere anche parziale (Cass. n. 11464/2004; Cass. n. 10654/90), ma tale circostanza, a fronte del richiamo del contratto individuale al contratto collettivo, deve essere provata dall'imprenditore ed in mancanza, in virtù dell'adesione, si può ragionevolmente ritenere che l'imprenditore estraneo si pone, in relazione a quel contratto collettivo, nella stessa posizione giuridica dell'iscritto (Cass. n. 2525/1987; Cass. n. 1690/1984).

(4) In tale ipotesi grava sul datore di lavoro dimostrare la concreta applicazione del richiamato contratto collettivo da parte del datore di lavoro, mentre è compito del giudice valutare se gli istituti applicati siano inscindibili o meno rispetto all'intero contenuto del contratto collettivo; non è infatti da escludere che laddove alcune clausole contrattuali siano dotate di autonomia applicativa, la volontà di aderire o recepire il contratto potrebbe ritenersi paritariamente accertata solo limitatamente a queste (Cass. n. 5596/2001; Cass. n. 11875/2003; Cass. n. 21302/2005).

(5) Sono ad esempio estranee alla valutazione della giusta retribuzione gli scatti di anzianità, la quattordicesima ed i compensi aggiuntivi (Cass. n. 668/2004; Cass. n. 6878/2002).

cui clausole, sia pur limitatamente alla sola retribuzione, egli può adattare alla fattispecie concreta determinando il credito patrimoniale, nella misura, eventualmente anche minore, che motivatamente ritenga più appropriata alla singola vicenda processuale⁷.

In tale ultima ipotesi il ricorrente non è neppure tenuto ad uno specifico richiamo delle norme del contratto collettivo cui far riferimento, essendo sufficiente la mera indicazione (confortata dalla relativa prova) dell'ammontare delle erogazioni di natura retributive complessivamente erogate dal datore di lavoro, unica condizione necessaria al fine di consentire al giudice di valutare la domandata proporzionalità ed adeguatezza della conseguita retribuzione⁸.

Conclusioni. La sentenza in commento ha l'indubbio pregio di fornire al lettore un preciso quadro sinottico delle più recenti posizioni giurisprudenziali in materia, garantendo con dei passaggi motivazionali chiari e lineari, scevri da ogni incertezza ed errore, un valido ausilio all'operatore del diritto chiamato ad accertare il contenuto ed i limiti dell'onere probatorio in materia.

Proprio a tal fine allo scrivente preme evidenziare un ulteriore profilo probatorio: l'onere di allegazione del contratto collettivo da applicare alla fattispecie posta all'attenzione del decidente. Questione non dettagliatamente affrontata dall'estensore della sentenza in quanto, come emerge dalla complessiva lettura della stessa, entrambe le parti concordavano nell'applicazione al caso di specie del C.C.N.L. Turismo⁹.

Il lavoratore è sempre chiamato a fornire al giudice un parametro idoneo alla concreta valutazione della sufficienza della retribuzione percepita ed eventualmente alla quantificazione delle differenze retributive dovute¹⁰. Il dipendente deve

(6) Nella sua decisione il giudice non potrà avvalersi di valutazioni socio-economiche (una temporanea congiuntura sfavorevole del mercato del lavoro, un'improvvisa crisi occupazionale, il basso costo della vita in alcune zone del territorio nazionale) laddove l'art. 36 Cost. è, evidentemente, deputato a contrastare ogni forma di sfruttamento del lavoratore indipendentemente dalla causa del concreto contesto storico.

(7) Le clausole contrattuali hanno valore "orientativo" (in tal senso Cass. n. 3184/2000; Cass. n. 38/2001).

(8) Non è neppure necessario che il lavoratore provi, eventualmente allegando prospetti riepilogativi predisposti dall'organizzazioni sindacali ovvero da consulenti di parte, essendo compito del giudice valutare, una volta fornita dal lavoratore la dimostrazione della prestazione in concreto effettuata, la conformità al dettato costituzionale (in tal senso fra le tante Cass. 8097/2002).

(9) Si legge a pagina 13 dell'elaborato in commento: "... è pacifico che il contratto collettivo indicato in ricorso sia quello idoneo a regolare i rapporti tra le parti, tenuto conto del particolare settore di mercato in cui operava la convenuta ed il contenuto dell'attività imprenditoriale nel settore del turismo dalla stessa svolta".

(10) I contratti collettivi, nel sistema ordinamentale postcorporativo, non costituiscono una fonte normativa applicabile *eraga omens*, ragion per cui il giudice non ha il potere-dovere di applicarli, giusta il disposto del noto brocardo *iura novit curia*, pur in assenza di una formale allegazione di parte; invece trattandosi di contratti di diritto privato, sono gli stessi applicabili le ordinarie regole relative alla produzione documentale nel processo del lavoro (Cass., Sez. lav., n. 10914/2000; Cass., Sez. lav., n. 639/2004).

puntualmente allegare e documentalmente provare l'esistenza ed il contenuto del C.C.N.L. richiamato.

Onere la cui inosservanza comporta, in caso di contestazione da parte del datore di lavoro in ordine all'esistenza ed al contenuto del C.C.N.L., il rigetto della domanda nel merito, per mancata allegazione dei fatti costitutivi del diritto, trovandosi il giudice nell'impossibilità di determinare l'*an* ed il *quantum* della pretesa retributiva. La lamentata insufficienza retributiva non rappresenta un concetto dotato di assoluto rilievo, trattandosi, piuttosto di un'astrazione destinata a trovare forma concreta solo dal confronto con un parametro oggettivo di riferimento, riscontro dal cui esito può risultare un'effettiva deficienza patrimoniale della situazione allegata e provata.

Solo allorché la parte resistente si sia limitata a contestare l'applicabilità del contratto collettivo sussiste per il giudice l'obbligo (*rectius* la facoltà), avvalendosi dei poteri istruttori di cui all'art. 421 c.p.c., di acquisirne d'ufficio¹¹ copia, sempre che il ricorrente abbia allegato/fornito sufficienti elementi per la identificazione del C.C.N.L.¹².

Principio troppo spesso trascurato dai difensori dei lavoratori, i quali sembrano implicitamente domandare al giudice, in ossequio a risalenti prassi processuali sistematicamente disattese dalle più recenti pronunce della Suprema Corte di legittimità¹³, di sanare deficienze istruttorie esclusivamente imputabili ad un'inerzia procedimentale della medesima parte.

Recentemente la Suprema Corte di legittimità ha adottato (con la sentenza n. 23745 emessa il 17.09.2008 dalla Sezione lavoro), una soluzione diversa ritenendo che i mezzi di prova ed i documenti da indicare nel ricorso (e depositare unitamente ad esso), sono esclusivamente quelli aventi ad oggetto i fatti posti a base della domanda; categoria nella quale non rientra il contratto o l'accordo collettivo in quanto "*anche prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, che modificando nell'art. 2, l'art. 360 c.p.c. n. 3, ha inserito il contratto collettivo nazionale fra le norme di diritto onerando il ricorrente per cassazione di depositarne il testo ... il codice di rito risolveva il problema della conoscibilità della regola di giudizio affidando al giudice, senza preclusioni, il potere di chiedere alle associazioni sindacali il testo dei contratti o accordi collettivi di lavoro, anche aziendali, da applicare nella causa*".

Pur ritenendo auspicabile un ulteriore intervento chiarificatore da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a parere dello scrivente tale ultima soluzione

(11) Anche avvalendosi della collaborazione di un ausiliario tecnico d'ufficio (Cass., Sez. lav., n. 18584/2008; n. 4714/2000).

(12) Interpretazione compatibile con il mutato orientamento giurisprudenziale (Cass., SS.UU., n. 8202/2005) attento ad affermare che, nel rito del lavoro, le preclusioni previste per l'acquisizione delle prove costituendo valgono anche per le prove precostituite (c.d. documentali).

(13) La giurisprudenza più risalente (Cass. n. 3617/1990; n. 164/1987) riconosceva, in materia, ampi poteri al giudice, il quale poteva acquisire il contratto collettivo anche in assenza della relativa allegazione ed indicazione da parte del ricorrente, oggi invece (Cass. civ., Sez. lav., n. 18584/2008) alla parte che invoca in giudizio l'applicazione di un contratto collettivo.

sembra dimenticare che il processo del lavoro, sia pur caratterizzato dai principi di oralità, concentrazione ed immediatezza, è un giudizio nel quale la parti devono essere in una posizione di parità di fronte all'autorità giudiziaria terza. Ragion per cui la mancata allegazione del contratto collettivo pregiudica il diritto di difesa del datore di lavoro, assolutamente impossibilitato a contestare l'applicabilità, il contenuto e l'esistenza del CCNL. Situazione ulteriormente complessa laddove il resistente è dichiarato contumace per cui il giudice non potrà nemmeno avvalersi, al fine di ritenere pacifici i fatti di lite, del principio di non contestazione.

Una posizione, che può apparire eccessivamente rispettosa del dato formale ed incurante della diversa forza contrattuale delle parti in causa, ma evidentemente idonea a superare ogni componente ideologica potenzialmente destinata ad influenzare le determinazioni giudiziali da adottare nei confronti dei lavoratori.

Claudio Antonelli
Giudice del Lavoro
presso il Tribunale di Trapani

Contributi – Soggetti obbligati - Socio amministratore, anche unico, di società a responsabilità limitata - Svolgimento di attività non riconducibile esclusivamente alla carica sociale - Tutela assicurativa - Doppia iscrizione (alla gestione separata e alla gestione degli esercenti attività commerciali) - Relativa controversia - Accertamento giudiziale - Contenuto.

Corte di Cassazione, Sez. Unite - 12.2.2010, n. 3240 – Pres. Vittoria – Rel. La Terza - R.R. (Avv. Marco Mancini) - INPS (Avv.ti Maritato, Correrà, Coretti).

La regola dettata dall'art. 1 comma 208 l. n. 662 del 1996, - secondo la quale i soggetti che esercitano contemporaneamente, in una o più imprese commerciali, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente -, si applica anche al socio di società a responsabilità limitata che eserciti attività commerciale nell'ambito della medesima e, contemporaneamente, svolga attività di amministratore, anche unico. In tal caso, la scelta nell'iscrizione nella gestione di cui all'art. 2 comma 26 l. n. 335 del 1995, o nella gestione degli esercenti attività commerciali, ai sensi dell'art. 1 comma 203 l. n. 662 del 1996, spetta all'INPS, secondo il carattere di prevalenza. La contribuzione si commisura esclusivamente sulla base dei redditi percepiti dalla attività prevalente e con le regole vigenti nella gestione di competenza.

FATTO - Con la sentenza in epigrafe indicata la Corte d'appello di Trento confermava la statuizione di primo grado che aveva rigettato la domanda proposta da P.G. nei confronti dell'INPS, per sentir dichiarare che non erano da lui dovuti i contributi alla Gestione Commercianti come socio d'opera, per il periodo 1997-2001 richiesti dall'Istituto con la cartella di pagamento notificata il 29 maggio 2003. Assumeva infatti di non essere tenuto a detta iscrizione in quanto già iscritto alla Gestione separata di cui all'art. 2 comma 26 della legge n. 335/95, avendo operato quale amministratore unico della società J. S.r.l. L'appellante parte privata aveva censurato la decisione di rigetto della domanda sostenendo non essere stato provato lo svolgimento, da parte sua, di mansioni e compiti diversi da quelli spettanti all'amministratore di società, essendosi limitato ad operare come vertice dell'azienda, avvalendosi di oltre 50 collaboratori ed operando ai meri fini dell'organizzazione e controllo a grandi linee del personale, oltre che alla stipula dei contratti con i soli fornitori principali.

La Corte territoriale escludeva preliminarmente che a questa fattispecie fosse applicabile l'art. 1, comma 208 della legge n. 662/96, in tema di attività prevalente, sul rilievo che la legge n. 335/95 impone la iscrizione alla gestione separata anche a coloro che svolgono lavoro autonomo. Quanto all'effettivo esercizio di attività presso l'impresa commerciale, la Corte territoriale affermava che le stesse allegazioni dell'appellante

conducevano alla risposta positiva, trattandosi di compiti propri del potere decisionale e di gestione che competono a chi dirige l'impresa, non già dell'amministratore che si occupa dell'organizzazione e direzione.

Inoltre il teste di parte resistente aveva riferito che questi adempiva abitualmente, con presenza quotidiana nella sede aziendale, a compiti di minuto disbrigo degli affari inerenti all'attività di impresa, ossia la gestione amministrativa negli aspetti più rilevanti, come l'organizzazione delle ferie e delle retribuzioni.

Avverso detta sentenza il soccombente propone ricorso con un unico motivo illustrato da memoria.

Resiste l'INPS con controricorso.

La questione è stata rimessa a queste Sezioni unite con ordinanza del 15 marzo 2009, per risolvere il contrasto di giurisprudenza insorto nella Sezione lavoro.

DIRITTO - Con l'unico motivo si denuncia violazione dell'art. 1, commi 203 e 208, della legge 662/96, e difetto di motivazione, per avere la sentenza impugnata affermato la vigenza della regola della doppia iscrizione, per cui il relativo obbligo presso la gestione commercianti non verrebbe meno neppure ove si dimostri che l'attività prevalentemente espletata non era quella di partecipazione al lavoro aziendale, ma quella di amministratore della s.r.l. Sostiene invece il ricorrente che con l'art. 1 comma 208, della legge n. 662 del 1996, si sarebbe inteso escludere l'obbligo della doppia iscrizione e quindi della doppia contribuzione. La sentenza impugnata avrebbe altresì errato nel considerare come partecipazione abituale nel lavoro aziendale, con conseguente obbligo di iscrizione alla gestione commercianti, attività che erano invece proprie dell'amministratore di società, che non si limitano alla definizione degli indirizzi strategici della compagine, ma svolgono anche compiti operativi.

Il ricorso merita accoglimento.

La questione posta alla Corte, concernente l'interpretazione dell'art. 1, commi da 202 a 208, della legge 23 dicembre 1996 n. 662, è la seguente: se il socio di una società commerciale nella forma della s.r.l., il quale partecipi personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e, nel contempo, sia anche amministratore della medesima, percependo un apposito compenso, sia tenuto alla iscrizione (e debba versare la contribuzione) presso le due corrispondenti gestioni previdenziali, ossia alla gestione commercianti per la prima attività ed alla gestione separata per la seconda, oppure sia tenuto alla iscrizione presso una sola delle due, da individuare come quella di competenza per la attività prevalente.

La giurisprudenza di questa Corte, disattendendo la tesi dell'Istituto sulla duplicità di iscrizione e contribuzione, si è orientata in quest'ultimo senso con numerose pronunce: tra le tante Cass. n. 20886/07, n. 149 dell'8 gennaio 2008, n. 854 del 17 gennaio 2008, n. 12103 del 14 maggio 2008, n. 24403 del 2 ottobre 2008. Invero, anche la sentenza n. 13215 del 22 maggio 2008 - indicata nella ordinanza di rimessione come appartenente all'indirizzo minoritario - concorda, secondo il criterio della prevalenza, sulla "unicità" della gestione cui iscrivere il socio lavoratore della s.r.l. commerciale, che svolga anche compiti di amministratore, ma se ne discosta quanto al meccanismo operativo da applicare, per quanto riguarda l'ammontare dei redditi da sottoporre a contribuzione.

Considerata la vastità del contenzioso che ne viene coinvolto ed i notevoli risvolti economici, appare opportuno riesaminare *funditus* la questione, e i riflessi sul piano contributivo della alternativa prescelta.

A tal fine occorre esaminare i tratti fondamentali che regolano la assicurazione presso la gestione separata e la assicurazione commercianti, ossia le due gestioni coinvolte.

1. La gestione separata.

Con la creazione di questa nuova gestione si è inteso estendere la copertura assicurativa, nell'ambito della c.d. "politica di universalizzazione delle tutele", non solo a coloro che ne erano completamente privi, ma anche a coloro che ne fruivano solo in parte, a coloro cioè che svolgevano due diversi tipi di attività e che erano "coperti" dal punto di vista previdenziale, solo per una delle due, facendo quindi in modo che a ciascuna corrispondesse una forma di assicurazione.

La norma è stata introdotta dalla legge 8 agosto 1995, n. 335, art. 2, comma 26, il quale dispone: "26. *A decorrere dal 1 gennaio 1996 sono tenuti all'iscrizione presso una apposita gestione separata, presso l'INPS, e finalizzata all'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, i soggetti che esercitano, per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui al comma 1 dell'art. 49 del T.U. delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni e integrazioni, nonché i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, di cui al comma 2 lett. A) dell'art. 49 del medesimo testo unico e gli incaricati alla vendita a domicilio. Sono esclusi dall'obbligo i soggetti assegnatari di borse di studio, limitatamente alla relativa attività*".

Sono dunque soggetti ad assicurazione due tipi di reddito da lavoro autonomo: quelli di cui all'art. 49 comma primo del TUIR che derivano dall'esercizio, abituale ancorché non esclusivo, di arti e professioni e quelli di cui al secondo comma dello stesso articolo, derivanti dagli uffici di amministratore e sindaco di società e da altri rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

1.2. La gestione separata presenta quindi aspetti diversi rispetto alle altre (la gestione dell'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti e le gestioni dei lavoratori autonomi, ossia commercianti, artigiani, coltivatori diretti), che sono caratterizzate da una definizione compiuta del proprio campo di applicazione, corrispondente alla attività lavorativa svolta, per cui alla gestione AGO sono iscritti i lavoratori dipendenti, alla gestione coltivatori diretti coloro che esercitano questa attività ecc. Diversamente, nel citato art. 2, comma 26, il riferimento è invece eteronomo e supportato esclusivamente dalla norma fiscale (i citati articoli del TUIR), per cui, nella gestione separata, l'obbligazione contributiva è basata sostanzialmente sulla mera percezione di un reddito: più che un contributo destinato ad integrare un settore previdenzialmente scoperto, i conferimenti alla gestione separata hanno piuttosto il sapore di una tassa aggiuntiva su determinati tipi di reddito, con il duplice scopo di «fare cassa» e di costituire un deterrente economico all'abuso di tali forme di lavoro.

1.3. Si tratta quindi di una nuova tutela previdenziale che può essere o "unica", in quanto corrispondente all'unica attività svolta, oppure "complementare" a quella apprestata dalla gestione a cui il soggetto è iscritto in relazione all'altra attività lavorativa espletata.

Inoltre, la compatibilità, per i lavoratori autonomi che percepiscono i redditi di cui all'art. 46 del TUIR, della doppia iscrizione è testualmente prevista dall'art. 59 comma 16 legge n. 449 del 27 dicembre 1997, che ha operato la distinzione, all'interno della gestione separata, tra coloro che sono iscritti ad altre forme di previdenza obbligatoria e quanti non lo sono: per i primi viene infatti mantenuta l'aliquota del 10% sui compensi percepiti, mentre per i secondi il contributo è stato elevato di 1,5 punti percentuali.

1.4. Questo comporta alcune differenze fondamentali fra la gestione separata e tutte le altre sopra indicate, si tratta, sinteticamente: a) contribuzione basata sul criterio di *cassa* e non di competenza; b) mancanza di un minimale contributivo, esistente invece, oltre che per l'AGO, anche per l'assicurazione commercianti (per cui, quale che sia il reddito ricavato, la contribuzione non può scendere al di sotto di una certa soglia, cfr. art. 6 comma 7 legge 31 dicembre 1991 n. 415); c) la negazione del principio dell'attività prevalente.

Va ancora precisato che nella gestione separata la contribuzione si commisura esclusivamente ai compensi percepiti. I decreti ministeriali a cui fa rimando il comma 30 dell'art. 2 della legge 335/95, ossia il D.M. 24 novembre 1995 ed il successivo D.M. 2 maggio 1996, n. 281, dettano i criteri per il versamento della contribuzione, distinguendo tra i redditi di cui art. 49 primo comma TUIR, che sono quelli da lavoro autonomo derivanti dall'esercizio di arti o professioni, per i quali il soggetto onerato del versamento della contribuzione è lo stesso soggetto percettore (come previsto per gli altri lavoratori autonomi iscritti nelle gestioni INPS artigiani, commercianti e coltivatori diretti), e i redditi di cui al secondo comma del medesimo art. 49, che derivano dagli uffici di amministratore, sindaco o revisore di società e dagli altri rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, per i quali il soggetto obbligato al versamento della contribuzione è invece il soggetto erogatore dei compensi (come prescritto per la gestione AGO dei lavoratori dipendenti) attraverso un meccanismo analogo a quello previsto per il sostituto di imposta (il T.U. 917/86 è stato modificato dal d. lgs. 12 dicembre 2003 n. 344, con effetti dal primo gennaio 2004, ma l'impianto fondamentale, per quanto interessa, è rimasto lo stesso).

1.5. La regola generale è quindi che all'espletamento di duplice attività lavorativa, quando per entrambe si prevede la tutela assicurativa, deve corrispondere la duplicità di iscrizione. Non si ha, peraltro, duplicazione di contribuzione, perché a ciascuna fa capo una attività diversa. Inoltre ciascuna delle obbligazioni contributive viene parametrata sulla base dei compensi rispettivamente percepiti, che non si cumulano, ma restano distinti e sottoposti alla rispettiva aliquota di prelievo. Ad es. non vi è dubbio che il lavoratore dipendente, iscritto nella gestione AGO, presso la quale il datore versa la contribuzione, se, oltre alla attività subordinata, svolge compiti di amministratore di società, per questa attività debba essere iscritto alla gestione separata e ad essa la società debba versare i contributi sul corrispettivo erogato.

2. Passando ora all'esame della gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali e del terziario, la disciplina previgente è stata modificata dalla L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 203 che così sostituisce la L. 3 giugno 1975, n. 160, art. 29, comma 1: *“L'obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali di cui alla L. 22 luglio 1966, n. 613, e successive modificazioni ed integrazioni, sussiste per i soggetti che siano in possesso dei seguenti requisiti:*

a) siano titolari o gestori in proprio di imprese che, a prescindere dal numero dei dipendenti, siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia, ivi compresi i parenti e gli affini entro il terzo grado, ovvero siano familiari coadiutori preposti al punto di vendita;

b) abbiano la piena responsabilità dell'impresa ed assumano tutti gli oneri ed i rischi relativi alla sua gestione. Tale requisito non è richiesto per i familiari coadiutori preposti al punto di vendita nonché per i soci di società a responsabilità limitata;

c) partecipino personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza;

d) siano in possesso, ove previsto da leggi o regolamenti, di licenze o autorizzazioni e/o siano iscritti in albi, registri e ruoli”.

L'art. 1, comma 208 citato dispone poi: *“Qualora i soggetti di cui ai precedenti commi esercitino contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente. Spetta all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale decidere sulla iscrizione nell'assicurazione corrispondente all'attività prevalente. Avverso tale decisione, il soggetto interessato può proporre ricorso, entro 90 giorni dalla notifica del provvedimento, al consiglio di amministrazione dell'Istituto, il quale decide in via definitiva, sentiti i comitati amministratori delle rispettive gestioni pensionistiche”*.

La iscrizione alla gestione commercianti è quindi obbligatoria ove si realizzino congiuntamente le fattispecie previste dalla legge e cioè: la titolarità o gestione di imprese organizzate e dirette in prevalenza con il lavoro proprio e dei propri familiari; la piena responsabilità ed i rischi di gestione (unica eccezione proprio per i soci di s.r.l.); la partecipazione al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza; il possesso, ove richiesto da norme e regolamenti per l'esercizio dell'attività propria, di licenze e qualifiche professionali.

La novità più rilevante rispetto alla precedente disciplina è che la iscrizione alla gestione commercianti diviene obbligatoria anche per il socio amministratore di società a responsabilità limitata operante nel settore commerciale. Questa modifica è finalizzata ad evitare che, grazie allo schermo della struttura societaria, la prestazione di lavoro del socio, resa nella compagine, venga sottratta alla contribuzione previdenziale, ancorché non si discosti da quella prestata dall'unico titolare della ditta commerciale. Sono quindi da assoggettare alla assicurazione commercianti non solo il socio unico quotista, ma anche tutti i soci che contribuiscono, con la propria partecipazione abituale e prevalente, al lavoro aziendale.

2.2. I soci tenuti alla iscrizione nella gestione commercianti devono versare il contributo previdenziale sulla base del reddito di impresa (da distinguere dai profitti che sono redditi da capitale distribuiti sotto forma di dividendi), così dispone l'art. 1 della legge n. 233 del 3 agosto 1990, che detta la disciplina per gli iscritti alla Gestione dei lavoratori autonomi artigiani, commercianti e coltivatori diretti. L'imponibile contributivo, per ciascun socio lavoratore, si determinerà sulla parte di reddito di impresa dichiarato dalla s.r.l. ai fini fiscali,

al medesimo attribuita in ragione della quota di partecipazione societaria.

2.3. Se le modifiche alla assicurazione commercianti si fermassero alle disposizioni sopra trascritte, non vi sarebbe dubbio - sulla base della regola generale (punto 1.5.) per cui all'espletamento di duplice attività lavorativa, quando per entrambe si prevede la tutela assicurativa, deve corrispondere la duplicità di iscrizione - che il socio di società commerciale che ivi lavora e che, nel contempo, svolge attività di amministratore, dovrebbe essere iscritto ad entrambe le gestioni, stante l'esistenza dei fatti costitutivi cui la legge subordina il diritto-obbligo di iscrizione a ciascuna (per la gestione separata l'insorgenza dell'obbligo è automatica al percepimento di redditi ricavati dalla attività di lavoro autonomo di cui all'art. 49 del TUIR, n. 917 del 1986, tra cui è ricompresa quella di amministratore di società, anche se svolta non in via esclusiva).

3. Vi è però una disposizione speciale della medesima legge che, se si tratta di impresa commerciale, lo preclude, si tratta del successivo comma 208 sulla attività prevalente. Recita la disposizione *“Qualora i soggetti di cui ai precedenti commi, esercitino contemporaneamente, anche in una unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchia ed i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente”*.

3.1. La norma potrebbe, a prima vista, sembrare pleonastica: se lo svolgimento di altra attività è prevalente su quella commerciale, è inevitabile che venga meno l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti, perché non è soddisfatto il criterio della prevalenza cui al comma 203, lett. a) e c) sopra riportati. Il che però non è, giacché la prevalenza della partecipazione al lavoro aziendale, prevista ai fini dell'iscrizione alla gestione commercianti, si riferisce all'apporto del soggetto all'attività della propria impresa e della sua preminenza rispetto all'attività prestata da altri soggetti al suo interno. Diversamente, la prevalenza prevista dal comma 208 si riferisce alle varie attività svolte dal soggetto, nell'esercizio di una o di più imprese, e postula un giudizio comparativo tra tali attività al fine di stabilire verso quale gestione ricorra l'obbligo contributivo.

3.2. La fattispecie in fatto - del socio della s.r.l. che effettivamente lavora per la società commerciale e che nel contempo ricava altri redditi dall'attività di lavoro autonomo di amministratore prestato a favore della medesima società di cui è socio (oppure di altre) si presta ad essere sussunta nella previsione di cui al comma 208 con applicazione del principio della prevalenza, e quindi di unica iscrizione, perché, innegabilmente, l'attuale ricorrente *“esercita contemporaneamente varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria IVS”*.

In questi casi va dunque individuata quale sia l'attività che il soggetto spiega in via prevalente e, sulla base di essa, va individuata la gestione cui effettuare la iscrizione, che sarà l'unica cui il soggetto sarà tenuto.

3.3. Va ancora evidenziato che la disposizione sulla prevalenza regola solo le posizioni di coloro che gestiscono da soli o come soci di s.r.l., una società commerciale, tale è infatti il riferimento *“i soggetti di cui ai precedenti commi...”*, per cui non si applica quando si svolgano una pluralità di attività autonome non riguardanti la gestione commercianti, né quando la attività commerciale venga gestita da una società per azioni

(posto che i commi precedenti al 208 fanno riferimento alla attività commerciale gestita dal singolo, oppure dalla società a responsabilità limitata).

Pertanto, in questi casi di svolgimento di più attività di lavoro autonomo (nessuna delle quali riguardi l'attività commerciale) - mancando la disposizione "sull'assorbimento" nella gestione cui appartiene l'attività prevalente - ciascuna attività determina la iscrizione alla rispettiva gestione, secondo la regola generale già indicata.

3.4. Quanto alla tesi dell'INPS, non è ravvisabile alcun riferimento né letterale, né logico, né sistematico che valga a circoscrivere l'applicazione del principio della "prevalenza" e quindi dell'unica iscrizione, esclusivamente alle cosiddette attività miste di artigiano e commerciante, come si sostiene in controricorso, con l'esempio del fornaio che produce il pane e lo vende insieme ad altri prodotti, e dell'orologiaio che effettua le riparazioni e svolge anche attività di vendita.

Certamente, anche nei casi di doppia attività richiamati dall'Istituto è applicabile il comma 208 sulla attività prevalente, questo però non opera solo per essi ma, come recita la norma, in tutti i casi in cui i soggetti che devono essere iscritti alla gestione commercianti esercitano, contemporaneamente *"varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti"*, e non vi è dubbio che il caso del socio lavoratore di una società commerciale, che percepisca anche un compenso come amministratore, sia sussumibile in questa previsione normativa e quindi valga anche per lui la regola ivi introdotta per cui la gestione cui iscriversi è una sola ed è quella che corrisponde alla attività prevalente.

Né in tale contesto rileva, come sostiene l'Istituto, il fatto che l'attività protetta dalla gestione separata possa avere natura "complementare" (cfr. punto 1.3) per cui dovrebbe necessariamente valere la regola della doppia iscrizione e non già quella dell'assorbimento. La norma sulla prevalenza vale infatti, lo si ripete, quando si esercitano contemporaneamente *"varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti"* e, non essendo escluso alcun tipo di "assicurazione obbligatoria", la regola non può che valere anche per la gestione separata che è sicuramente obbligatoria.

Inoltre vi è un elemento letterale che smentisce la tesi dell'INPS: il medesimo comma 208 applica la regola della prevalenza anche quando le due attività autonome vengano esercitate presso imprese diverse, dal momento che si precisa "anche in un'unica impresa", mentre i casi di "attività miste" indicate dall'Istituto, presuppongono sì lo svolgimento di una duplice attività ma solo in una impresa unica.

3.5. Il riferimento effettuato dal comma 208 ai *"soggetti di cui ai precedenti commi"* vale invero a spiegare la ratio della disposizione. Come già rilevato al precedente punto 2, si è innovativamente disposta l'estensione (comma 203 lett. c) dell'obbligo di iscrizione, e quindi dell'obbligo assicurativo, ai "soci" delle società commerciali costituite in società a responsabilità limitata. (Infatti, la prima legge di tutela dei commercianti, che riguardava l'assicurazione obbligatoria contro le malattie, ossia la legge 27 novembre 1960 n. 1397, che elencava i soggetti a cui poi sarebbe stata estesa l'assicurazione IVS dalla legge 22 luglio 1966 n. 613, all'art. 2 prevedeva che tutti i soci collaboranti nell'impresa si intendessero come titolari della stessa quando si trattava di società di persone, escludendo però espressamente

le imprese aventi personalità giuridica. Inoltre la noma di inclusione nella assicurazione commercianti anche dei soci delle società a r.l. non trova riscontro nella disciplina delle altre gestioni dei lavoratori autonomi, che pure sono nate quasi contestualmente ed hanno molti tratti comuni, ossia né nella gestione degli artigiani, né per quella dei coltivatori diretti, per i quali l'obbligo continua a valere solo per il titolare e per i familiari coadiuvanti).

Con queste disposizioni (comma 203, lett. c e comma 208) si intese, da un lato, evitare che, grazie allo schermo della struttura societaria, la prestazione di lavoro del socio, resa nell'impresa commerciale, venisse sottratta alla contribuzione; dall'altro lato, proprio in corrispondenza con questa estensione, si volle evitare la doppia iscrizione, e quindi la doppia imposizione contributiva, per il socio d'opera - partecipante ad una società commerciale di modeste dimensioni, magari titolare di una quota altrettanto modesta - il quale, in aggiunta al lavoro prestato per la società, spiegasse anche una attività ulteriore di natura autonoma. Si pensi al socio d'opera di società commerciale a r.l. che, curando con modesto impegno i bilanci societari, riceve per questa attività un altrettanto modesto compenso. Si pensi ancora al socio che per la sua società commerciale partecipi personalmente al lavoro aziendale e, che, nel contempo, spieghi, in via del tutto saltuaria e trascurabile, anche attività di cura della contabilità e dei bilanci a favore di altre imprese. In mancanza della disposizione sulla prevalenza di cui al comma 208, questi dovrebbe pagare sia i contributi alla gestione commercianti sul reddito di impresa proporzionato alla sua quota di partecipazione, sia i contributi alla gestione speciale sui proventi ricavati dai terzi per l'opera professionale resa. In tali casi il legislatore, sia per non gravare oltremodo l'attività di lavoro autonomo, sia nella convinzione che scarsa sarebbe la contribuzione ricavabile da un'attività assolutamente secondaria dell'interessato, rinuncia su di esso all'onere contributivo, anche considerando che la scarsità di quello "spezzone" di contribuzione difficilmente potrebbe condurre al conseguimento di un trattamento pensionistico.

3.6. Certamente attraverso questo meccanismo consegue che la attività "non prevalente" finisce col non essere assicurata, restando esenti da contribuzione i redditi da essa ricavati. Il predetto comma 208 infatti prescrive in questi casi una "unica iscrizione", e se unica deve essere la iscrizione, altrettanto unica deve essere la contribuzione.

In altri termini, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza di questa Corte n. 13215/2008, non è possibile sottoporre, alla contribuzione prevista dalla unica gestione presso la quale viene dedicata la attività prevalente, anche i redditi ricavati dall'interessato per l'attività "recessiva", giacché ciascuna gestione può ricevere esclusivamente i contributi di sua competenza. Inoltre l'imponibile contributivo è diverso, e diverso è anche il soggetto obbligato al pagamento, perché, come indicato al precedente punto 2.2. il socio lavoratore paga personalmente i contributi sul reddito di impresa secondo la propria quota, mentre i contributi sul compenso percepito come amministratore vengono pagati dalla società che eroga il compenso medesimo (punto 1.4), né vi è alcuna norma che ne consenta cumuli di sorta.

Tuttavia l'inconveniente ravvisato, per cui l'attività non prevalente non viene assicurata, sembra di modesto rilievo, se si considera che si verifica, nella sostanza, solo in corrispondenza dell'estensione della assicurazione commercianti al socio delle società commerciali a r.l. e serve a semplificare, senza apportare danno, giacché si tratta pur sempre

di attività secondaria, talvolta del tutto saltuaria, nell'assetto di interessi del lavoratore. Per converso, è chiaro che l'unico titolare dell'impresa commerciale dovrà essere sempre iscritto alla gestione commercianti, non essendovi dubbio che quella sia la sua attività prevalente.

3.7. Devesi, quindi, concludere che il principio dell'assorbimento, ossia dell'unica iscrizione presso la gestione ove si svolge l'attività prevalente opera anche in relazione alla fattispecie dell'amministratore della società per cui è causa.

Non ci si nasconde, come evidenziato da alcuni commentatori, che a questa ricostruzione seguirà, verosimilmente, una diffusa richiesta tendente alla trasmigrazione dalle gestioni commercianti alla gestione separata. Infatti nella attuale realtà economica, in cui l'esercizio delle attività imprenditoriali, anche di natura commerciale, avviene sempre più frequentemente mediante la costituzione di piccole società di capitali - qual è appunto la s.r.l., piuttosto che sotto forma di imprese individuali o società di persone - gli interessati si potrebbero indurre a preferire l'obbligo contributivo presso la gestione separata, in quanto priva di un minimale contributivo (a differenza di quanto avviene per la gestione commercianti), ed ancorato, nell'*an* e nel *quantum*, ad un compenso sulla cui determinazione lo stesso interessato è spesso in grado di influire.

Tuttavia spetta pur sempre all'Istituto, ai sensi del medesimo comma 8, decidere su quale sia la attività prevalente.

4. Proprio ai fini di individuare quale sia l'attività prevalente, conviene indicare gli elementi che valgono a distinguere, per il socio, l'attività di amministratore da quella di partecipazione personale e prevalente (rispetto agli altri fattori produttivi) al lavoro aziendale, condizione in presenza della quale scatta l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti.

E' noto che non esistono disposizioni che indicano in dettaglio quali compiti siano demandati alla figura dell'amministratore nella s.r.l. E' vero però che non può farsi rientrare nell'incarico solo il compimento di atti giuridici, perché all'amministratore è affidata la gestione della società, e dunque una attività di contenuto imprenditoriale, che si estrinseca nell'organizzazione e nel coordinamento dei fattori di produzione, comprendendovi sia il momento decisionale vero e proprio, sia quello attuativo delle determinazioni assunte, ancorché quest'ultimo non debba essere caratterizzato dalla abitualità dell'impegno esecutivo. Tali elementi si distinguono da quelli richiesti per la iscrizione alla gestione commercianti. Invero, detta assicurazione è posta a protezione, fin dalla sua iniziale introduzione, non già dell'elemento imprenditoriale del lavoratore autonomo, sia esso commerciante, coltivatore diretto o artigiano, ma per il fatto che tutti costoro sono accomunati ai lavoratori dipendenti dall'espletamento di attività lavorativa abituale, nel suo momento esecutivo, connotandosi detto impegno personale come elemento prevalente (rispetto agli altri fattori produttivi) all'interno dell'impresa.

5. Va quindi enunciato il principio di diritto per cui "La regola dettata dall'art. 1, comma 208, della legge n. 662 del 1996, - secondo la quale i soggetti che esercitano contemporaneamente, in una o più imprese commerciali, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente - si applica anche al socio di società a responsabilità limitata che eserciti attività commerciale

nell'ambito della medesima e, contemporaneamente, svolga attività di amministratore, anche unico. In tal caso, la scelta dell'iscrizione nella gestione di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335 del 1995, o nella gestione degli esercenti attività commerciali, ai sensi dell'art. 1, comma 203, della legge n. 662 del 1996, spetta all'INPS, secondo il carattere di prevalenza. La contribuzione si commisura esclusivamente sulla base dei redditi percepiti dalla attività prevalente e con le regole vigenti nella gestione di competenza.

La sentenza impugnata, che non si è attenuta a detto principio, va dunque cassata, rimettendosi al giudice del rinvio di accertare: 1. Se l'attuale ricorrente partecipi personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitudine, ed in misura preponderante rispetto agli altri fattori produttivi, intendendosi per partecipazione al lavoro aziendale lo svolgimento dell'attività operativa in cui si estrinseca l'oggetto dell'impresa; 2. In caso di verifica della insussistenza di tale elemento, mancando i requisiti per l'iscrizione alla gestione commercianti, non vi sarà necessità di procedere al giudizio di prevalenza tra detta attività e quella di amministratore, con conseguente obbligo di iscrizione del ricorrente esclusivamente alla gestione separata; 3. Se invece verrà accertato l'elemento di cui al n. 1, si dovrà procedere al giudizio di prevalenza, verificando se il medesimo ricorrente dedichi personalmente la propria opera professionale prevalentemente ai compiti di amministratore della società, ovvero ai compiti di cui al n. 1.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2008, p. 137

* * *

LA TUTELA PREVIDENZIALE DEI SOCI DI SOCIETÀ DI PERSONE ED S.R.L. DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE 3240/2010 E L'INTERPRETAZIONE LEGISLATIVA DELL'ART. 1, COMMA 208, L. 662/1996

1. Considerazioni generali – 2. La sentenza n. 3240/2010 della Suprema Corte - 3. L'art. 1, comma 1, l. 212/2010 e l'ammissibilità del concorso fra la Gestione Commercianti e la Gestione Separata – 4. La titolarità e/o gestione di impresa (art. 1, comma 203, lett. a, l. 662/1996) - 5. L'assunzione del rischio (art. 1, comma 203, lett. b. l. 662/1996) e il possesso di titoli e licenze (art. 1, comma 203, lett. d, l. 662/1996) - 6. Il requisito di cui all'art. 1, comma 203, lett. c, l. 662/1996 – 7. Considerazioni conclusive

1. - Considerazioni generali

La vastità del contenzioso che negli ultimi anni vi è stato fra l'INPS ed i lavoratori autonomi che volevano sottrarsi all'obbligo del versamento di contributi alla Gestione

Commercianti, impone alcune riflessioni sulle sue cause e sui conseguenti effetti, ora ancor più necessaria a seguito sia della recente pronuncia della Suprema Corte, a Sez. Un. (3240/2010), che dell'interpretazione offerta dal legislatore dell'art.1, comma 208, l. 662/1996.

Sebbene siano varie le categorie di lavoratori assoggettati¹ a tale forma di tutela previdenziale, oggetto del contenzioso è stato l'obbligo d'iscrizione presso le liste dei commercianti dei soci di società di persone e di s.r.l., che hanno cercato di paralizzare la pretesa dell'INPS con due eccezioni.

Con la prima eccezione si è negata la sussistenza di tutti i presupposti dell'obbligo contributivo, con particolare riferimento a quello di cui all'art. 1, comma 203, lett. c, l. 662/1996 che -appunto- prevede lo svolgimento di attività lavorativa (chiaramente autonoma) all'interno della società. Attività che -come generalmente avviene in tutti i casi di lavoro c.d. autonomo²- è considerata dal Legislatore meritevole di tutela previdenziale solo se esercitata in modo abituale e, in questo specifico caso, pure prevalente³.

La seconda eccezione ha avuto per oggetto la circostanza che era esercitata contemporaneamente altra attività lavorativa da considerarsi prevalente, in considerazione dell'assunto che l'art. 1, comma 208, l. 662/1996⁴ prevedesse che, in ipotesi di concorso fra la Gestione Commercianti⁵ con qualsiasi altra forma di assicurazione sociale, si dovesse optare per quella -fra le due- prevista per l'attività prevalente. L'attività che si eccipiva essere quella prevalente -nella generalità dei casi- era quella di amministratore, da cui scaturisce l'obbligo d'iscrizione presso la

(1) Oltre ai soci di società di persone e di s.r.l. (con la precisazione che per questi ultimi è stata prevista dall'art. 1, comma 203 l. 662/1996), la tutela propria della Gestione Commercianti è stata estesa ai coadiutori (art. 1, comma, l. 613 /1966) ed, a decorrere dal 1.1.1997, ai soggetti che esercitino in qualità di lavoratori autonomi le attività di cui all'art. 49, comma 1, lettera d), l. 9.3.1989 n. 88, con esclusione dei professionisti ed artisti (art. 1, comma 202, l. 662/1996).

(2) Ad esempio, con riferimento agli avvocati l'iscrizione alla Cassa forense è obbligatoria, qualora esercitino la libera professione con carattere di continuità (art. 22, l. 266/1980).

(3) Al contrario nell'ipotesi di lavoro subordinato anche le prestazioni occasionali (o accessorie: art. 72, d.lgs. n. 276/2003) sono considerate meritevoli di tutela previdenziale e l'accredito della contribuzione avviene secondo le modalità proprie dei voucher di pagamento.

(4) Il quale prevede che i destinatari della tutela propria della Gestione Commercianti se “(...) *esercitano contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente. Spetta all'Istituto nazionale della previdenza sociale decidere sulla iscrizione nell'assicurazione corrispondente all'attività prevalente (...).*”

(5) In merito al concorso fra due forme di assicurazione previdenziale, giova osservare che la Corte Cost. (2.5.1984, n. 133) ha affermato che non vi è duplicazione di tutela previdenziale nell'ipotesi di contemporaneo versamento di contributi a due sistemi previdenziali diversi, a condizione che ciascun versamento si riferisca a due distinte attività lavorative, non omogenee.

Gestione Separata⁶, alla condizione che sia percepito un compenso (art. 2, comma 26, l. 335/1995).

Quest'ultima forma di tutela previdenziale sembrava essere (e difatti lo è sotto il profilo dell'esborso economico), più conveniente giacché coincidendo l'imponibile previdenziale con il reddito (*rectius*: compenso percepito) l'importo dei contributi da versare poteva (e può) essere preventivamente calcolato dal lavoratore.

Tuttavia, alla convenienza economica non corrisponde una piena tutela previdenziale, poiché non è garantito neppure un importo minimo del trattamento previdenziale, non essendovi un minimale contributivo⁷, stabilito generalmente in tutte le forme di assicurazione sociale c.d. esclusiva ed utilizzato invece -in questo specifico sistema previdenziale- come semplice valore di riferimento cui rapportare l'eventuale contribuzione versata⁹. Ne consegue che a versamenti di contributi esigui corrisponde un importo esiguo del trattamento previdenziale, tale da escludere per gli assicurati la garanzia di mezzi adeguati per far fronte alle proprie esigenze nei casi di bisogno (art. 38, comma 2, Cost.).

La seconda questione controversa, per alcuni versi, ha 'assorbito' la prima, poiché l'esclusione di un concorso fra la Gestione Commercianti e quella Separata (tesi sovente accolta dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità⁹), e l'individuazione di quella cui versare i contributi attraverso il criterio di prevalenza, consentiva al lavoratore autonomo di sottrarsi all'obbligazione presso la Gestione Commercianti, eccedendo il contemporaneo esercizio di altra attività lavorativa, chiaramente da considerarsi 'prevalente', per la quale sorgeva l'obbligo d'iscrizione presso la Gestione Separata.

2. - La sentenza n. 3240/2010 della Suprema Corte

Il contrasto che è derivato da quest'ultimo tipo di contenzioso (cioè quello in cui si discorre dell'astratta configurabilità di un concorso fra Gestione Commercianti e Gestione

(6) Presso la quale sono tenuti ad iscriversi a decorrere dal 1° gennaio 1996 "(...) *i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui al comma 1 dell'art. 49 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché i titolari di rapporti di collaborazione, di cui al comma 2, lettera a), dell'articolo 49 del medesimo testo unico e gli incaricati alla vendita a domicilio di cui all'articolo 36 della legge 11 giugno 1971, n. 426. Sono esclusi dall'obbligo i soggetti assegnatari di borse di studio, limitatamente alla relativa attività.*"

(7) Ad esempio, l'art. 1. l. 233/1990 fissa il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi alla Gestione degli Artigiani e Commercianti: detto reddito è correlato al minimale retributivo previsto ai fini contributivi, per gli operai del settore artigiano e commercio (art. 1, d.l. 402/1981, conv. con modificazioni nella l. 537/1981).

(8) In particolare, se nell'anno vengono versati contributi su un reddito pari a quello minimale, la copertura assicurativa sarà pari a dodici mesi, altrimenti il periodo coperto sarà proporzionale all'importo dei contributi versati.

(9) Fra le pronunce della Suprema Corte, intervenute prima della pronuncia a sez. Unite, si segnalano: Cass., sez. lav., 22.5.2008, n. 13215; Cass. 17.1.2008, n. 854; Cass. 8.1.2008, n. 149.

Separata) è stato recentemente composto dalla Suprema Corte (Cass., Sez. Un., 12.2.2010, n. 3240) che ha affermato il principio secondo cui l'INPS (che ha il potere di compiere l'inquadramento previdenziale, relativamente ai lavoratori autonomi iscrivibili presso le proprie gestioni) può iscrivere il socio (di s.r.l.) che eserciti attività abituale e prevalente all'interno dell'azienda (art. 1, comma 203, lett. c, l. 662/1996) e, contemporaneamente, percepisca un compenso per l'attività di amministratore, solo presso una di siffatte Gestioni, che deve essere -appunto- quella relativa all'attività prevalente.

Conseguenza immediata, diretta e, peraltro, prevedibile di siffatta interpretazione è stata quella di escludere (con riferimento al socio di s.r.l.) il concorso fra la Gestione Commercianti e la Gestione Separata.

Effetto ulteriore, da un punto di vista processuale, era che l'INPS, che intendeva iscrivere il socio di s.r.l. che percepiva anche un compenso per l'attività di amministratore presso la Gestione Commercianti, doveva essere in grado non solo di provare i fatti costitutivi dell'obbligazione contributiva, ma anche che l'attività lavorativa da cui sorgeva l'obbligo fosse appunto prevalente rispetto a quella di amministratore (art. 1, comma 208, l. 662/1996¹⁰): onere che difficilmente poteva essere assolto specialmente con riferimento alla circostanza che quella da cui scaturiva l'obbligo presso la Gestione Commercianti fosse l'attività prevalente.

3. - L'art. 1, comma 1. l. 212/2010 e l'ammissibilità del concorso fra la Gestione Commercianti e la Gestione Separata.

Il suddetto rischio di diminuzione o riduzione della tutela del lavoratore non può dirsi scongiurato neppure ora che l'art.12, comma 1, d.l. 78/2010¹¹, conv. con modificazioni nell'art. 1, comma 1, l. 30.7.2010 n. 212, ha chiarito che può esservi concorso fra l'iscrizione presso la Gestione Commercianti e quella Separata¹², con riferimento a qualsiasi categoria di socio di società di persone o s.r.l.¹³.

(10) Il quale prevede che *“Qualora i soggetti di cui ai precedenti commi esercitino contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente (...)”*.

(11) Il quale prevede che *“L'art. 1, comma 208 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 si interpreta nel senso che le attività autonome, per le quali opera il principio di assoggettamento all'assicurazione prevista per l'attività prevalente, sono quelle esercitate in forma d'impresa dai commercianti, dagli artigiani e dai coltivatori diretti, i quali vengono iscritti in una delle corrispondenti Gestioni dell'INPS.*

(12) Secondo A. Asnaghi, questa norma costituisce una reale interpretazione autentica e non una modifica normativa (in *Il Giurista del Lavoro*, Amministratori e Soci Commercianti, agosto 2010, pp. 2-9). *Contra* G. Bonati, *Doppia contribuzione per il socio di società commerciale: interpretazione autentica o modifica normativa?* In Guida al Lavoro, 24/2010, 12.

(13) Giova osservare che la Corte d'Appello di Genova, con ordinanza del 17.11.2010, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 11, d.l. 31.5.2010, n. 78, conv., con modificazioni, nell'art. 1, comma 1, l. 30.7.2010, n. 122, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 6 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché con gli artt. 3, 24, comma 1, 102 e 11, comma 2, Cost.

Difatti, i destinatari della tutela potrebbero ancora agevolmente sottrarsi all'obbligazione presso la Gestione Commercianti se si assecondate il loro intento di estendere un principio affermato dalla Suprema Corte nella detta sentenza (3240/2010), *incidenter tantum* e con espresso riferimento al socio di s.r.l., a tutti i lavoratori autonomi che essa è diretta a proteggere: cioè a tutti gli imprenditori, gestori, e soci anche di società di persone.

Specificamente, la Suprema Corte con riferimento al socio di s.r.l. ha affermato che affinché sorga l'obbligazione contributiva verso la Gestione Commercianti è necessario che sussistano, per ciascun lavoratore, tutti gli elementi stabiliti dall'art. 1, comma 203, l. 662/1996: cioè possono essere assicurati soltanto i soci (lett. a), che svolgano nell'azienda attività lavorativa (di tipo esecutivo) abituale e prevalente (lett. c), a condizione che, se previsto, abbiano il possesso di titoli (lett.d).

Se si cadesse in siffatta trappola, oltre ad assecondate l'intento del lavoratore autonomo di ridurre l'esborso economico, si compierebbe però un errore di interpretazione, giacché si accomunerebbero fattispecie (cioè le varie categorie di soci di società di persone -già eterogenee fra loro- e quelle dei soci di s.r.l.) che hanno una diversa disciplina giuridica.

In buona sostanza, non può non considerarsi che, con riferimento alle società di persone (con eccezione dei soci accomandanti), il Legislatore generalmente ricollega alla qualità di socio il potere di gestire la società (art. 2257 c.c.); mentre invece, con riferimento alle società di capitali, il potere di gestione può anche non spettare ai soci (art. 2380 *bis*, comma 2, c.c., 2475 c.c.) e, comunque, è oggetto di un ufficio, che deve essere conferito.

Il che non può che portare alla conclusione che nell'ipotesi di società di persone la regola è che il socio lavora nella società, nel senso che la gestisce (con eccezione del socio accomandante) e che ciò deve presumersi che faccia, salva la prova (che non può che essere a carico del socio, costituendo un'eccezione) che sussista un patto contrario (art. 2257 c.c.). Tutt'al contrario, nella s.r.l. (che è l'unica fra quelle di capitali ai cui soci è estesa la tutela della Gestione Commercianti) il socio, in mancanza del conferimento del relativo incarico, non gestisce la società cosicché, di regola, il lavoro che svolge all'interno dell'azienda non può che essere di tipo esecutivo.

Pertanto, il Legislatore allorché ha disciplinato la tutela previdenziale relativa alle sopra menzionate categorie di soci, essendo questa intimamente connessa all'attività lavorativa, non poteva non tener conto dei due differenti profili giuridici e, conseguentemente, della diversa natura dell'attività lavorativa che può essere svolta dal socio: essa, a seconda che sia gestionale o esecutiva, ha delle proprie peculiari caratteristiche.

Ne consegue che la norma di cui al detto comma 203 doveva e deve essere interpretata non già limitandosi al suo tenore letterale (come peraltro è stato sovente fatto in passato), ma con riferimento alla disciplina giuridica prevista per ciascuna delle varie categorie di lavoratori cui appunto si applica la tutela previdenziale.

4. - La titolarità e/o gestione di impresa (art. 1, comma 203, lett. a, l. 662/1996).

L'art. 1, comma 203, lett. a, l. 662/1996 indica fra i destinatari della tutela previdenziale della Gestione Commercianti i titolari e gestori d'impresa, che siano organizzate prevalentemente con il lavoro proprio o dei familiari (con esclusione quindi delle società di grandi dimensioni, ovvero di quelle non organizzate prevalentemente dall'imprenditore o dai soci e rispettivi familiari).

Per titolari d'impresa, devono intendersi, oltre all'imprenditore, tutti i soci di società di persone o a responsabilità limitata, che è l'unica fra quelle di capitali ricompresa in detta forma di tutela: per espresso richiamo nell'art. 1, comma 203, lett. b, l. 662/1996.

I soci delle altre società di capitali non possono beneficiare della tutela, sia perché la relativa disciplina giuridica non prevede che si assumano i rischi d'impresa, (art. 1, comma 203, lett. b, l. 662/1996); sia perché non possono svolgere attività lavorativa di natura meramente autonoma all'interno della società¹⁴.

Invece, per 'gestori' devono intendersi coloro che, pur non essendo formalmente soci o imprenditori, compiono tutte quelle attività dirette alla realizzazione dell'oggetto sociale: tali sono gli imprenditori e i soci occulti o di fatto¹⁵, cioè coloro che compiono attività analoga a quella dell'imprenditore, pur non essendolo formalmente.

Non devono però essere ricompresi nella categoria dei 'gestori' i liquidatori della società che non possono compiere veri e propri atti di gestione, essendo le attività eseguite dirette allo scioglimento della società, tanto da essere loro precluso il compimento di nuove operazioni (artt. 2279 c.c.)¹⁶. Il che non può che portare a ritenere che godranno di tutela previdenziale solo qualora siano pure soci, ma solo nei limiti di cui si dirà appresso.

Non godono di siffatta tutela gli institori¹⁷ che -seppure esercitino l'impresa e quindi compiano atti di gestione- non si assumono i rischi relativi alla gestione (art. 1, comma 203, lett. b, l. 662/1996).

Da quanto sopra detto deriva, sotto il profilo dell'onere probatorio (a carico dell'INPS, attore sostanziale) che la prova potrà esser data, nell'ipotesi di titolarità di impresa o di società, *per tabulas*; al contrario, nell'ipotesi di gestori, potrebbe doversi far

(14) I quali -generalmente- possono lavorare per conto della società o come lavoratori subordinati o parasubordinati.

(15) Sulla definizione di società di fatto, Cass. 13.10.1997, n. 10699; 12.9.1997, n. 9030; 16.7.1996, n. 6770 e 2.4.1996, n. 3003.

(16) La locuzione nuove operazioni -secondo costante interpretazione giurisprudenziale- deve essere intesa nel senso che i liquidatori possono compiere atti di gestione che abbiano lo scopo di definizione o liquidazione di rapporti in corso (Cass. 19 gennaio 2004, n. 741; conf. Cass. 2 novembre 2000, n. 15080; Cass. 6 febbraio 1999 n. 1037; Cass. 17 novembre 1999, n. 11393; in senso conforme anche giurisprudenza di merito, Tribunale di Milano, 14 aprile 1983; App. Milano, 27 giugno 1969; App. Genova, 18 luglio 1967).

(17) Secondo la definizione pacificamente accolta dalla giurisprudenza "È institore colui che è preposto all'impresa e, come tale, compie tutti gli atti relativi all'esercizio di essa senza rendere conto ad alcun superiore, ma solo direttamente all'imprenditore e non può pertanto dipendere da persone che a loro volta dipendono dall'imprenditore" (Cass. 77/623).

ricorso ad altri mezzi (prova testimoniale, interrogatorio formale, giuramento) dovendo essere provato, in ipotesi di contestazione, sia il vincolo sociale che il compimento di vera e propria attività gestoria: attività che potrà essere desunta dal Giudice anche dai comportamenti tenuti per l'esercizio dell'impresa¹⁸.

5. - L'assunzione del rischio (art. 1, comma 203, lett. b, l. 662/1996) e il possesso di titoli e licenze (art. 1, comma 203, lett. d, l. 662/1996).

Quanto agli altri presupposti, in astratto previsti dalla norma, che pure è necessario che si realizzino contemporaneamente a quello testé menzionato, si osserva che sono diretti a specificare, delimitandolo ulteriormente, l'ambito di applicazione della tutela previdenziale, che è assicurata ad una particolare categoria di soci, cioè quelli che si assumono i rischi d'impresa e ne abbiano perciò la responsabilità (art. 1, comma 203, lett. b., l. 662/1996).

Di talché l'attività lavorativa svolta dai soci (sia di società di persone che di società di capitali) che non abbiano responsabilità di gestione, in un'ottica di tutela previdenziale, non può che essere qualificata come subordinata o parasubordinata.

Ulteriore limitazione è che la tutela è limitata ai soci che, ove previsto da leggi o regolamenti, siano in possesso di licenze o autorizzazioni (art. 1, comma 202, lett. d, l. 662/1996), cui -in mancanza- sarebbe addirittura precluso l'esercizio d'impresa e quindi sostanzialmente vietato l'esercizio di quell'attività lavorativa autonoma.

Entrambi detti requisiti non hanno generato problemi di ordine interpretativo (essendo univoco il loro significato); o di ordine probatorio (potendo essere provati *per tabulas* o con presunzioni).

Può essere agevolmente provato *per tabulas*, il possesso di titoli o licenze.

È oggetto di presunzioni *iuris tantum* l'assunzione da parte del socio (o imprenditore) dei rischi d'impresa (art. 1, comma 203, lett. b), l. 662/1996), che però -come già detto- non deve essere provato per i soci di s.r.l. (art. 1, comma 202, l. 662/1996).

Specificamente, il rischio si presume in capo all'imprenditore, a tutti i soci nella società in nome collettivo (art. 2291 c.c.), in capo ai soci accomandatari nella società in accomandita semplice (art. 2313 c.c.) ed a quelli di società semplice.

La partecipazione del rischio si presume anche in capo ai gestori, qualora si provi che siano soci di fatto o occulti, atteso che non costituiscono un soggetto diverso dalle persone dei soci a ciascuno dei quali spetta l'amministrazione degli affari sociali e la responsabilità per le obbligazioni sociali¹⁹.

Il che non può che portare a ritenere, trattandosi di presunzioni *iuris tantum*, che eventuali fatti e/o patti da cui discenda la limitazione di responsabilità in capo ad un socio

(18) In tal senso, *ex multis*, Cass. 7 dicembre 1989, n. 5408, in *Società*, 1990, 466; Cass. 28 marzo 1987, n. 3029, in *Società*, 1988, n. 595; Cass. 12 novembre 1984, n. 5691, in *Impresa*, 1985.

(19) Con riferimento all'amministrazione e rappresentanza di società di fatto si veda *ex multis* (Cass., sez. II, 7.11.1987, n. 8246 e Cass., sez. II, 10.2.1994, n. 2324); ed alla responsabilità (Cass., sez. I, 26.6.2001, n. 8704 e Cass., sez. II, 11.6.2002, n. 4068).

(con riferimento alle ipotesi in cui si presume che partecipi alla gestione della società) dovrà essere provata dal lavoratore autonomo, che avrà sollevato la relativa eccezione.

Conseguentemente, nella diversa ipotesi in cui sia l'Ente a ritenere che il socio (che, per la qualifica che ricopre, risponde nei limiti del proprio conferimento) sia illimitatamente responsabile per aver contravvenuto ai divieti previsti, a es. quello di cui all'art. 2320 c.c., dovrà fornire adeguata prova dei propri assunti²⁰.

6.- Il requisito di cui all'art. 1, comma 203, lett. c), l. 662/1996

Svolte le predette considerazioni circa i fatti costitutivi dell'obbligo contributivo, che appunto individuano i destinatari della tutela (art. 1, comma 203, lett. a, b e d, l. 662/1996), passiamo ora ad analizzare il requisito di cui alla lett. c del medesimo comma 203 che si riferisce alle caratteristiche dell'attività lavorativa svolta nell'azienda: requisito che deve sussistere unitamente agli altri, secondo quanto affermato dalla Suprema Corte (S.S.U.U. 3240/2010) con riferimento ai soci di s.r.l..

Specificamente, detto principio potrà estendersi indistintamente a tutte le altre categorie di soci destinatari della tutela, solo se si ritenesse che l'esercizio di attività abituale e prevalente all'interno dell'azienda (art. 1, comma 203, lett. c, l. 662/1996), abbia per oggetto lo svolgimento di qualsiasi tipo di attività lavorativa: sia quella di tipo c.d. esecutivo, che di quella di tipo c.d. gestionale.

Non si tratta solo di questione teorica, essendo notevoli le conseguenze anche sotto il profilo probatorio: se il requisito di cui alla lett. c concerne solo l'attività di tipo esecutivo, qualora sorga contestazione circa la pretesa contributiva, non dovrà essere offerta dall'INPS prova dell'esercizio di attività abituale e prevalente, anche con riferimento a imprenditori, gestori e soci che partecipano alla gestione. Prova che l'INPS difficilmente è in grado di dare, sia perché terzo rispetto al socio ed alla società, sia perché ha per oggetto una pluralità di fatti.

È opportuno precisare in merito che è attività di tipo esecutivo tutta quella che non può essere ricompresa nella gestione della società e che costituisce attuazione della stessa, cosicché può essere svolta oltre che da eventuali dipendenti, commessi o anche institori, da tutti i soci, cioè anche da quelli che non gestiscono la società.

Al contrario, l'attività di gestione che consiste nella realizzazione dell'attività d'impresa dedotta nel contratto, può essere svolta, oltre che dall'imprenditore o dai gestori²¹,

(20) È questa l'ipotesi del socio accomandante di società in accomandita semplice che acconsenta che il suo nome sia compreso nella ragione sociale, il quale risponde di fronte a terzi illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali (art. 2314, comma 2, c.c.). Ovvero, la diversa ipotesi, dalle analoghe conseguenze, in cui il socio accomandante, contravvenendo al divieto di cui all'art. 2320 c.c., compia atti di amministrazione o concluda affari in nome della società.

(21) Al riguardo si precisa che è pacifico l'orientamento secondo cui la società di fatto non costituisce un soggetto diverso dalle persone dei soci, a ciascuno dei quali, in forza del richiamo dell'art. 2297 c.c. e delle disposizioni degli artt. 2257 e 2266 c.c. sulla società semplice spetta disgiuntamente l'amministrazione degli affari sociali e la rappresentanza della società in giudizio (*ex multis*, Cass., 8246/1987).

da tutti i soci di società di persone (ad eccezione di quelli accomandanti): addirittura deve presumersi che i soci gestiscano l'azienda.

Presunzione che è *de iure* con riferimento agli imprenditori²², ai gestori ed all'unico socio accomandatario di società in accomandita semplice²³; e che negli altri casi è *iuris tantum*.

Specificamente, l'attività di gestione, proprio perché non è altro che esercizio dell'impresa, non può che essere abituale, essendo costante e continua aggregazione di mezzi materiali e immateriali²⁴; e prevalente rispetto al lavoro altrui ed agli altri fattori impiegati nell'azienda, rappresentandone l'essenza²⁵.

Di talché, qualora vi sia la prova della qualità di imprenditore, di gestore o socio di società di persone (tranne che si tratti di socio accomandante) non può che ritenersi che vi è pure prova dell'esercizio di attività lavorativa abituale e prevalente, qual è appunto quella di gestione²⁶.

Con l'ulteriore conseguenza che per assicurare tutela previdenziale alle predette categorie di lavoratori non era necessario prevedere il requisito di cui all'art. 1, comma 203, lett. c, che appunto sarebbe stato pleonastico, giacché la qualità rivestita implica (essendovi una presunzione in tal senso) lo svolgimento di un'attività (di gestione) dell'azienda, che è sicuramente abituale e prevalente.

Tutt'al contrario detta previsione era necessaria per quei soci che, non potendo compiere atti di gestione o potendo gestire solo in virtù di apposito conferimento di incarico (come appunto nell'ipotesi di soci di s.r.l.), se avessero compiuto attività di tipo esecutivo in piena autonomia nell'azienda, non avrebbero potuto beneficiare di siffatta forma di assicurazione sociale.

Di conseguenza, detto elemento, solo con riferimento ai soci che non gestiscono la società²⁷ costituisce uno dei fatti costitutivi dell'obbligazione contributiva.

(22) Non può escludersi la gestione da parte dell'imprenditore neppure in presenza di institori, che difatti devono sempre riferire a lui.

(23) In tal senso Cass., sez. lav., 19.1.2010, n. 845, la quale ha affermato il principio che il socio accomandatario di società in accomandita semplice di intermediazione immobiliare, in quanto unico soggetto abilitato a compiere atti in nome della società, deve ritenersi esercitare attività commerciale in modo abituale e prevalente, con conseguente obbligo di iscrizione alla Gestione Commerciali.

(24) In tal senso Cass. 03/9012.

(25) In conformità della definizione di attività prevalente datane da Cass., sez. un., n. 3240/2010.

(26) L'attività di gestione consiste nello svolgimento di tutte quelle attività che rientrano nell'oggetto sociale; cioè di tutti quegli atti ed attività che costituiscono lo strumento necessario per la realizzazione dell'attività d'impresa dedotta nel contratto e che costituisce l'esplicitazione del potere di amministrare la società (secondo la definizione accolta dalla dottrina maggioritaria: per tutti Campobasso, Diritto Commerciale, II, Torino, 1992, 91 e 97).

(27) Fra questi però non possono esservi ricompresi i soci accomandanti di s.a.s., poiché seppure compiano attività esecutiva abituale e prevalente all'interno della società possono essere destinatari della tutela solo qualora vi sia prova che abitualmente contravvengano al divieto di cui all'art. 2320 c.c.: altrimenti mancherebbe il requisito di cui alla lett. b), cioè quello relativo all'assunzione del rischio.

D'altronde sarebbe assurdo dover ritenere che il gestore (che è il fulcro della società) possa godere della tutela previdenziale propria della Gestione Commercianti (cioè analoga a quella dell'imprenditore) solo ove svolga pure attività di tipo esecutivo, che -invece- dovrebbe ritenersi assorbita in quella di gestione, certamente prevalente.

Né in merito potrebbe obiettarsi che i soci gestori (di società di persone), in quanto amministratori, dovrebbero iscriversi alla Gestione Separata e pure a quella Commercianti solo qualora svolgano attività di tipo esecutivo abitualmente e prevalentemente all'interno dell'azienda.

Difatti, non può tralasciarsi di considerare che l'obbligo d'iscrizione presso la Gestione Separata sorge per l'amministratore solo qualora sia percepito un compenso, così da esservi solo per gli amministratori che svolgano detta attività in forza di uno specifico atto di conferimento.

D'altra parte, l'art. 53, comma 2, T.U. sui redditi (approvato con d.P.R. 1986/9179), cui rinvia l'art. 2, comma 26, l. 335/1995, che istituisce la Gestione Separata, fa riferimento al compenso relativo all'«ufficio» di amministratore, cioè alle ipotesi in cui al socio o al non socio con apposito atto venga conferito l'incarico di amministratore, così da non potersi ritenere che siano iscrिवibili presso codesta Gestione i soci che amministrano la società in assenza di apposito conferimento, tanto più che spesso non percepiscono un compenso.

Pertanto, l'obbligazione contributiva verso la Gestione Separata non sorge in tutti quei casi in cui l'attività di amministratore non sia oggetto di uno specifico mandato e sia connessa alla qualifica di socio, il cui corrispettivo per la gestione della società non può essere rappresentato che dagli utili.

7. - Considerazioni conclusive

Dal quadro così delineato, emerge che un'interpretazione dell'art. 1, comma 203, l. 662/1996 con riferimento alla disciplina giuridica prevista per ciascuna delle categorie di lavoratori destinatari della tutela, deve portare a ritenere che i presupposti dell'obbligazione contributiva siano gli stessi per tutti i lavoratori autonomi, nel senso che essa sorge solo allorché gestori o soci (che siano gestori o no), che abbiano le specifiche caratteristiche previste svolgano in modo abituale e prevalente attività lavorativa (autonoma) nell'azienda.

Tuttavia, non dovrà costituire oggetto di specifica prova pure il requisito di cui alla lett. c, che si riferisce solo all'attività c.d. «esecutiva», qualora -per la qualifica rivestita- debba presumersi che il socio gestisca la società.

Le conseguenze sono le seguenti.

L'esercizio di attività lavorativa di tipo esecutivo in modo abituale e prevalente dovrà essere oggetto di prova anche nel caso di soci di società semplici, s.n.c. o accomandatari di s.a.s., qualora il socio non sia stato escluso dall'amministrazione per patto (società semplice o s.n.c.) ovvero si tratti di socio accomandatario cui non sia conferito l'incarico di amministratore (art. 2318, comma 2, c.c.). Così come nell'ipotesi in cui il socio sia liquidatore, non potendo presumersi che egli gestisca la società e quindi che compia attività abituale e prevalente di tipo gestionale.

Quanto ad un eventuale concorso fra Gestione Commercianti e Gestione Separata, esso potrà configurarsi sia nell'ipotesi di soci (c.d. gestori) e di gestori puri e semplici che compiano attività ulteriore a quella di gestione, che in quella di soci che compiano attività meramente esecutiva, qualora agli stessi sia conferito pure l'incarico di amministratore.

Nel primo caso ciò potrebbe avvenire, per esempio, se il socio percepisce compensi per attività ulteriore rispetto a quella di gestione vera e propria della società, quale appunto potrebbe essere quella di cura della contabilità e dei bilanci: il compenso percepito per quest'ultima attività (che non è di gestione in senso stretto) dovrebbe essere assoggettato a contribuzione presso la Gestione Separata.

Nell'altro caso, potrà configurarsi un concorso fra le due Gestioni qualora, ad esempio il socio di s.r.l., oltre a partecipare con abitualità e prevalenza al lavoro aziendale percepisca un compenso per l'ufficio di amministratore: per la prima attività sarà iscritto presso la Gestione Commercianti; per la seconda, presso quella Separata²⁸.

Ulteriore conseguenza dell'impossibilità per i gestori e per i c.d. soci gestori di contestare il requisito di cui alla lett. c), art. 1, comma 203, l. 662/1996, sarà quella di ampliare sensibilmente il numero dei lavoratori autonomi che godono di una tutela previdenziale piena, sì da scongiurare il rischio di vanificazione anche per i soci di persone del principio di cui all'art. 38, comma 2, Cost.: principio che potrebbe essere violato nell'ipotesi di unica iscrizione presso la Gestione Separata, qualora i compensi percepiti siano inferiori al minimale previsto presso la Gestione Commercianti.

La mancata previsione in detta Gestione assicurativa del c.d. 'minimale contributivo' non solo non garantisce allo Stato un costante gettito di contributi con cui provvedere al pagamento delle attuali prestazioni ma, ciò che è ancor più grave, non è ancora ad un minimo l'importo del trattamento pensionistico di cui potrà beneficiare il lavoratore, che perciò potrebbe anche essere irrisorio.

Da un esiguo versamento di contributi non potrà che conseguire un trattamento previdenziale d'importo irrisorio, giacché le obbligazioni del rapporto contributivo (cioè quella avente ad oggetto il versamento dei contributi e quella di pagamento delle prestazioni) pur se non legate da nesso di corrispettività, sono strumentali²⁹, nel senso che sono dipendenti, cosicché l'importo della prima incide su quello della seconda.

Deve, altresì, considerarsi che vi sono due ordini di motivi per cui il rischio di lesione della tutela del lavoratore è ancor più forte con riferimento a quelli assicurati da data successiva al 1.1.1996, ai quali si applica il sistema di calcolo del trattamento

(28) Deve presumersi, nell'ipotesi in cui venga in considerazione una s.r.l. con socio unico, che lo stesso svolga attività di tipo esecutivo con abitualità e prevalenza, qualora non vi siano dipendenti o commessi.

(29) È questa la definizione del vincolo datane da M. Persiani, *Diritto della Previdenza Sociale*, Cedam, Padova, 2009: l'autore esclude che fra l'obbligazione di pagamento dei contributi e quella previdenziale sussista rapporto di corrispettività. Parimenti esclude la sussistenza di vincolo di corrispettività fra le due prestazioni Cass., sez. lav., 27.5.2010, n. 12959, in Red. Giust. Civ. Mass., 2010, 5, la quale assume che nel nostro ordinamento alla base della contribuzione non vi è necessariamente un principio di corrispettività tra contributi e trattamenti previdenziali, ma un generale dovere di solidarietà ex art. 38 Cost.

pensionistico c.d. contributivo, che prevede che le prestazioni previdenziali siano calcolate sulla base della contribuzione versata nell'intero arco della vita lavorativa (art. 1, l.335/1995), anziché sulle retribuzioni percepite nell'ultimo periodo dell'attività lavorativa (art. 5, d.P.R. 484/1968 ed art. 4 l. 153/1969).

Il primo è che con il nuovo sistema di calcolo un minor versamento di contributi, in qualsiasi periodo si verifichi, si ripercuote necessariamente sull'importo del trattamento pensionistico.

Il secondo motivo è che, diversamente da quanto previsto con riferimento al sistema retributivo, l'importo del trattamento previdenziale non può essere integrato al minimo³⁰, nel senso che non può essere innalzato sino a quello che, secondo l'annuale indicazione del Legislatore, è considerato l'importo minimo necessario per garantire la sopravvivenza.

Carla d'Aloisio
Avvocato INPS

Bibliografia

Bonetti, *Il socio amministratore di società a responsabilità limitata: applicazione pratica dopo la pronuncia delle SSUU*, in Lav. Giur., 2010, 6, 573; Cama, *Unicità dell'iscrizione previdenziale e pretesa incompatibilità della Gestione dell'impresa con la partecipazione al lavoro aziendale. L'intervento della Cassazione sugli obblighi contributivi del socio d'opera -amministratore di srl del settore terziario*, in Inf. Prev., 2008, 137; Cardamellis, Vitale, *Soci di Srl alle prese con il problema della doppia contribuzione INPS*, in Dir. Prat. Soc., 2008, 5, 68; De Stefani, *Soci amministratori di s.r.l. e doppia contribuzione*, in Guida al Lav., 2007; Imbriaci, *Soci Amministratori di S.r.l. e doppia contribuzione*, in Guida al Lav., 2007, 41, 59; Imbriaci, *Socio amministratore di società commerciale: no delle Sezioni Unite alla doppia contribuzione*, in Guida Lav., 2010, 9, 50; Mantovani, *Obblighi previdenziali per i soci e amministratori di società*, in Guida Lav., 2006, n. 37; Mesiti, *L'individuazione dell'attività prevalente del socio amministratore di s.r.l. al vaglio delle Sezioni Unite*, in Lav. Giur., 2009, 7, 730; Rivero, *L'individuazione dell'attività prevalente del socio amministratore di s.r.l. al vaglio delle Sezioni Unite*, in Lav. Giur., 2010, 2, 128; Rivero, *Le Sezioni Unite sull'iscrizione del socio amministratore di s.r.l. alla gestione previdenziale prevalente: finito il contenzioso?* in Lav. Giur., 2010, 6, 565; Rondo, *Amministratore di s.r.l. ed obblighi contributivi*, in Mass. Giur. Lav., 2008, 1; Sica, *Soci Amministratori di S.r.l.: la S.C. esclude la doppia contribuzione*, in Dir. Prat. Lav., 2008, 2, 107; Toffoletto, *Soci amministratori di srl, commerciali, doppia contribuzione INPS ed onere della prova*, in Guida Lav., 2006, 40; Torrepadula, *Nota a Cass. sez. un. 3240/2010*, in Riv. Critica Dir. Lav., 2010, 1, 281; Zavalloni, *Amministratori di srl e doppia contribuzione*, in Guida Lav., 2007, 50.

(30) Come previsto dall'art. 1, comma 16, l. 335/1995.

CORTE COSTITUZIONALE

Contributi figurativi - Maternità – Accredito di periodi di astensione obbligatoria dal lavoro - Limitazione del beneficio, con norma autoqualificata di interpretazione autentica, solo agli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria in servizio alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 151 del 2001 - Asserita irragionevolezza nonché violazione dei principi di tutela della maternità e dell'infanzia e del principio della tutela delle lavoratrici madri - Esclusione - Non fondatezza della questione.

Corte Costituzionale - Sentenza 26.02.2010 n. 71 - Pres. Amirante - Rel. Saulle.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 504, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, recante interpretazione autentica dell'art. 25, comma 2, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, che limita l'accredito dei contributi figurativi relativi a periodi di astensione obbligatoria di maternità solo agli iscritti in servizio alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo.

FATTO - 1. – Il Tribunale di Torino, nel corso di un procedimento volto al riconoscimento della contribuzione figurativa relativa a due periodi di congedo obbligatorio per maternità avvenuti fuori del rapporto di lavoro, ha sollevato, con ordinanza del 31 ottobre 2008, questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 504, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008), per violazione degli artt. 3, 31 e 37 della Costituzione.

In punto di fatto il rimettente riferisce che la ricorrente nel giudizio principale chiede la condanna dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) al ricalcolo della pensione di vecchiaia di cui è titolare dal 1° luglio 1995, tenendo conto dei periodi sopra indicati, verificatisi nel 1961 e nel 1966, e utilizzabili, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nei termini della contribuzione figurativa.

Il Tribunale osserva che l'art. 25, comma 2, del d. lgs. n. 151 del 2001, come anteriormente interpretato, consentiva il riconoscimento della contribuzione in esame a chi era iscritto al fondo pensioni lavoratori dipendenti e alle forme di previdenza

sostitutive ed esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti.

In particolare, la nozione di «iscritti» contenuta nel citato art. 25, comma 2, era interpretata dalla giurisprudenza di legittimità e contabile, nonché dalla circolare n. 102 del 31 maggio 2002 emessa dall'INPS, in senso atecnico e diretta a ricomprendere tutte quelle persone la cui posizione contributiva era gestita da un ente previdenziale, essendo irrilevante la circostanza che al momento della domanda di riconoscimento della contribuzione figurativa l'iscritto fosse in servizio o già pensionato.

Da ciò sarebbe conseguito, a parere del rimettente, l'accoglimento della domanda proposta dalla ricorrente.

Il Tribunale rileva, però, che l'intervenuto art. 2, comma 504, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, ha stabilito che gli articoli 25 e 35 del decreto legislativo n. 151 del 2001 si applicano solo nei confronti degli iscritti in servizio alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo.

Tale mutamento del quadro normativo, a parere del rimettente, comporta il rigetto della domanda proposta dalla ricorrente, in quanto quest'ultima, al momento dell'entrata in vigore del decreto n. 151 del 2001 non era né in servizio, in quanto pensionata dal 1° luglio 1995, né destinataria di trattamento più favorevole rispetto a quello derivante dalla novella e da essa fatto salvo.

Il Tribunale rileva che la disposizione censurata, nel mutare l'uniforme interpretazione dell'art. 25, non può essere considerata norma interpretativa, ma innovativa con efficacia retroattiva, che fa dipendere l'accredito figurativo da una circostanza fortunosa e del tutto casuale e cioè dal fatto che il richiedente sia in servizio in un determinato giorno.

Il giudice a quo ritiene, pertanto, che l'art. 2, comma 504, della legge n. 244 del 2007 si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, il quale limita e circoscrive le condizioni di ammissibilità della legge interpretativa, inibendone l'utilizzo ove la nuova norma, da un lato, non possa in alcun modo essere ricondotta nell'ambito dei possibili significati della disposizione interpretata e, dall'altro, si appalesi decisamente irrazionale, per l'innovazione introdotta surrettiziamente.

Altresì violati sarebbero, sempre secondo il rimettente, gli artt. 31 e 37 della Costituzione, che impongono al legislatore di tutelare con misure adeguate la maternità e, in particolare, la donna lavoratrice.

2. – Si è costituita la ricorrente nel giudizio principale chiedendo che la Corte dichiarasse inammissibile o, nel merito, fondata la questione sollevata dal Tribunale di Torino.

In via preliminare, la parte privata rileva che il rimettente non ha esplorato la possibilità di giungere ad una interpretazione conforme a Costituzione della norma censurata, ritenendola, in ragione del suo carattere innovativo, applicabile solo per il futuro.

In via subordinata, la ricorrente nel giudizio a quo osserva che, qualora la norma dovesse intendersi meramente interpretativa, sarebbe in contrasto con gli artt. 3, 31 e 37

della Costituzione per gli stessi motivi esposti dal rimettente.

3. – Si è costituito in giudizio l'INPS chiedendo che la questione sollevata sia dichiarata infondata.

Quanto alla presunta violazione dell'art. 3 della Costituzione, l'Istituto di previdenza rileva che la norma censurata si limita ad attribuire uno dei possibili significati alla norma interpretata e, quindi, non ha alcun valore innovativo con effetto retroattivo, peraltro precluso alle sole norme in materia penale.

La difesa dell'INPS osserva che è errata la premessa argomentativa da cui muove il rimettente.

La disposizione censurata, infatti, non sarebbe intervenuta in presenza di un consolidato indirizzo interpretativo, in quanto le sentenze della Corte di cassazione richiamate nell'ordinanza di rimessione sarebbero inconferenti, mentre quella della Corte dei conti proverebbe l'esistenza di diverse letture del termine «iscritti» contenuto nell'art. 25 del d. lgs. n. 151 del 2001, così come ulteriormente confermato dalla circolare n. 8 del 28 febbraio 2003 dell'Istituto nazionale di previdenza per i dipendenti dell'amministrazione pubblica (INPDAP).

L'INPS osserva, infine, che il rimettente ha affermato la presunta irragionevolezza della norma censurata in modo apodittico, comportando essa l'individuazione delle possibili destinatarie del beneficio dell'accredito figurativo sulla base di un elemento del tutto accidentale e cioè dell'essere state in servizio il giorno dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 151 del 2001.

Quanto alla presunta violazione degli artt. 31 e 37 della Costituzione, l'INPS rileva che rientra nella discrezionalità del legislatore individuare i limiti di tutela della lavoratrice madre, dovendo quest'ultimo contemperare tale esigenza di tutela con gli altri interessi costituzionali coinvolti, tra i quali l'equilibrio della spesa pubblica.

4. – E' intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la Corte dichiari la questione infondata.

La difesa erariale osserva che la disposizione censurata si limita ad attribuire all'art. 25 del d.lgs. n. 151 del 2001 una delle sue possibili letture, dissipando in tal modo i dubbi ermeneutici che erano sorti in ordine alla sua applicazione, non essendo essa, diversamente da quanto sostenuto dal rimettente, oggetto di un univoco indirizzo interpretativo.

L'Avvocatura ritiene, pertanto, che la norma censurata non contrasti con il principio di ragionevolezza e di affidamento, assumendo a tal fine rilievo la circostanza che questa fa salvi i trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data della sua entrata in vigore.

Per quanto attiene alla presunta violazione degli artt. 31 e 37 della Costituzione, la difesa erariale osserva che la norma censurata non ha eliminato la contribuzione figurativa, ma si è limitata a regolarne alcuni aspetti afferenti alla sua disciplina, risultando in tal modo espressione della discrezionalità del legislatore nella conformazione dei diversi istituti posti a tutela della maternità.

DIRITTO - 1. – Il Tribunale di Torino dubita, in riferimento agli artt. 3, 31 e 37 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 504, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008) nella parte in cui, nell'interpretare l'art. 25 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), prevede che «Le disposizioni degli articoli 25 e 35 del citato testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, si applicano agli iscritti in servizio alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo [...]».

2. – La questione non è fondata.

E' necessario procedere alla ricostruzione del quadro normativo.

2.1 – I contributi figurativi sono riconosciuti all'assicurato per i periodi nei quali non è stata svolta attività lavorativa e, quindi, non sono stati effettuati versamenti di contributi obbligatori. I periodi di contribuzione figurativa sono computati ai fini del calcolo del diritto alla pensione e del relativo importo.

Per l'accreditamento dei contributi figurativi sono riconosciuti, tra gli altri, i periodi di gravidanza e puerperio.

In particolare, l'art. 14, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 593 (Norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici, a norma dell'articolo 3 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), al fine di apprestare un'adeguata tutela alle lavoratrici madri, ha riconosciuto l'accredito del contributo figurativo per i periodi di maternità obbligatoria ricadenti fuori dal rapporto di lavoro, ma dopo il 1° gennaio 1994.

Il d.lgs. n. 151 del 2001, da un lato, ha abrogato l'art. 14, riconoscendo il suddetto beneficio indipendentemente dalla collocazione temporale del periodo di maternità (art. 86); dall'altro, ha previsto che «In favore dei soggetti iscritti al fondo pensioni lavoratori dipendenti e alle forme di previdenza sostitutive ed esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, i periodi corrispondenti al congedo di maternità di cui agli articoli 16 e 17, verificatisi al di fuori del rapporto di lavoro, sono considerati utili ai fini pensionistici, a condizione che il soggetto possa far valere, all'atto della domanda, almeno cinque anni di contribuzione versata in costanza di rapporto di lavoro [...]» (art. 25, comma 2).

2.2 – Il dubbio di costituzionalità avanzato dal Tribunale di Torino presuppone l'esistenza, prima dell'intervento della norma oggetto di censura, di un'univoca interpretazione, da parte della giurisprudenza e della prassi amministrativa, del termine «iscritti» contenuto nell'art. 25 del d. lgs. n. 151 del 2001, secondo la quale tale termine era riferito sia ai soggetti in attività sia a quelli già pensionati.

Sulla base di ciò il rimettente ritiene che la norma censurata, laddove stabilisce che la contribuzione figurativa prevista dall'art. 25 è riconosciuta solo agli iscritti in servizio alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 151 del 2001, non può essere considerata meramente interpretativa, ma pone una nuova disciplina con carattere

retroattivo in contrasto con il principio di ragionevolezza, nonché con gli artt. 31 e 37 della Costituzione.

2.3 – Tale costruzione si fonda su presupposti errati.

Le sentenze della Corte di cassazione (n. 22244 del 2004, n. 18273 del 2005, n. 15081 del 2008), richiamate nell'ordinanza di rimessione, affrontano aspetti del tutto differenti da quello oggetto del presente giudizio. Le indicate pronunce affermano, infatti, che il beneficio dell'accredito figurativo per maternità, previsto dall'art. 25 del d. lgs. n. 151 del 2001, spetta anche in relazione agli eventi antecedenti al 1° gennaio 1994, essendo venuta meno la limitazione temporale disposta dall'art. 14 del d. lgs. n. 503 del 1992 abrogato dall'art. 86 del d.lgs. n. 151 del 2001).

La sentenza della Corte dei conti n. 7 del 2006, riportata dal giudice a quo, seppure pertinente al dubbio di costituzionalità sollevato, prova, in ragione della forma con la quale è stata adottata (Sezioni Riunite – in sede giurisdizionale), l'esistenza di diversi orientamenti interpretativi riferiti alla nozione di «iscritti» contenuta nell'art. 25 del d. lgs. n. 151 del 2001.

Ciò è confermato anche dalla prassi amministrativa: con la circolare n. 102 del 31 maggio 2002, richiamata dal Tribunale, l'INPS ha stabilito che, al fine del riconoscimento della contribuzione figurativa, è indifferente la circostanza se il richiedente al momento della presentazione della domanda svolga, o meno, attività lavorativa. A questa interpretazione si contrappone quella dell'INPDAP che, con la circolare n. 8 del 28 febbraio 2003, ha concesso il beneficio indicato a condizione che il richiedente fosse iscritto attivo e, quindi, prestasse servizio al momento della domanda.

In tale ultimo senso si è successivamente espresso anche l'INPS, con la circolare n. 100 del 14 novembre 2008.

2.4 – Ricostruito in tal modo il quadro applicativo dell'art. 25 del d. lgs. n. 151 del 2001, risulta che la norma censurata non si pone in contrasto con l'indicato art. 3 della Costituzione, in quanto essa ha natura interpretativa e non innovativa, atteso che la sua portata precettiva è compatibile, come dimostrato dai contrasti interpretativi sopra descritti, rispetto alla sopra indicata disciplina previgente.

Questa Corte ha costantemente affermato nella sua giurisprudenza il principio secondo cui «Il legislatore può emanare norme che precisino il significato di preesistenti disposizioni anche se non siano insorti contrasti giurisprudenziali, ma sussista comunque una situazione di incertezza nella loro applicazione, essendo sufficiente che la scelta imposta rientri tra le possibili varianti di senso del testo interpretato e sia compatibile con la sua formulazione» (sentenza n. 170 del 2008).

2.5 – La norma censurata non contrasta, poi, con gli artt. 31 e 37 della Costituzione, in quanto non incide sull'an del diritto alla pensione, ma solo marginalmente sul quantum; laddove il mancato aumento del trattamento previdenziale goduto da chi, alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 151 del 2001, già era in pensione, non vale a far considerare tale emolumento insufficiente ai fini della tutela imposta dalle norme costituzionali indicate.

(*Omissis*)

Processo civile - Rito del Lavoro - Appello - Termine di dieci giorni, imposto all'appellante, per la notifica all'appellato del ricorso e del decreto del Presidente di nomina del relatore e di fissazione dell'udienza di discussione - Ritenuta improcedibilità dell'appello in caso di inosservanza di detto termine - Asserita lesione del diritto di difesa e del diritto al giusto processo - Erroneità del presupposto interpretativo - Manifesta infondatezza della questione.

Corte Costituzionale - Ordinanza 24.02.2010 n. 60 - Pres. Amirante - Rel. Finocchiaro.

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 435 comma 2 cod. proc. civ., in relazione agli art. 24 e III cost., poiché il mancato rispetto del termine ivi previsto non impedisce la valida notificazione del ricorso di impugnazione e del decreto di fissazione dell'udienza, qualora essa intervenga entro il termine di cui al terzo comma dell'art. 435 cod. proc. civ., non configurandosi, in tale ipotesi, la violazione del diritto di difesa dell'appellato.

FATTO - Ritenuto che la Corte d'appello di Genova – sezione per le controversie in materia di lavoro, nel corso di un procedimento, promosso dall'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) – avente ad oggetto la corresponsione di somme da parte del predetto Istituto in favore di un lavoratore a titolo di differenze pensionistiche, procedimento nel quale l'appellato aveva eccepito preliminarmente la improcedibilità del gravame per non essere stato rispettato il termine previsto dall'art. 435, secondo comma, del codice di procedura civile, per la notifica all'appellato del ricorso e del decreto di nomina del relatore e di fissazione dell'udienza di discussione – ha sollevato, con ordinanza del 3 marzo 2009 (reg. ord. n. 139 del 2009), questione di legittimità costituzionale del citato art. 435, secondo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui fissa all'appellante un termine per provvedere a detta notifica, per contrasto con gli artt. 24 e 111 della Costituzione;

che i difensori dell'appellante hanno sollecitato la Corte d'appello a rimeditare l'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 20604 del 30 luglio 2008, alla stregua del quale gli effetti del tempestivo deposito del ricorso e la tempestività dell'impugnazione non si stabilizzano, in mancanza di valida notifica all'appellato del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di discussione nel termine imposto dalla legge;

che, in conseguenza, la Corte d'appello dovrebbe ritenere, sempre secondo i difensori dell'appellante, che alla violazione dell'art. 435, secondo comma, cod. proc. civ. non consegue la sanzione della decadenza e dell'improcedibilità del giudizio, non espressamente prevista dalla legge;

che il Collegio rimettente ritiene che il mancato rispetto del termine previsto dall'art. 435, secondo comma, cod. proc. civ. determini la preclusione della possibilità di potere validamente notificare il ricorso di impugnazione e il decreto di fissazione dell'udienza, con la conseguenza che il complesso atto unitario di introduzione del giudizio di impugnazione, caratterizzato da una fase iniziale di deposito del ricorso e da una successiva fase di instaurazione del contraddittorio, non si perfeziona, cosicché gli effetti prodromici e preliminari conseguenti alla *edictio actionis* non si stabilizzano in assenza di una valida *vocatio in ius*, e l'impugnazione, anche se valida

e tempestiva al momento del deposito del ricorso, non si perfeziona, con la conseguenza dell'improcedibilità del giudizio di appello, pur se ritualmente instaurato;

che dalle considerazioni sopra esposte il giudice a quo fa derivare la rilevanza della questione prospettata, dal momento che l'accoglimento dell'eccezione dell'appellato determinerebbe una pronuncia di declaratoria dell'improcedibilità dell'appello;

che, quanto alla non manifesta infondatezza del dubbio di illegittimità costituzionale, il giudice a quo assume che la previsione del termine di dieci giorni per la notifica all'appellato del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza non sia ragionevole e tale da giustificare, in caso di suo vano decorso, la preclusione che ne deriva e che non differisce da quella risultante dal decorso di un termine perentorio;

che la sola funzione concreta che può essere attribuita a quel termine è – secondo il Collegio rimettente – quella di impedire che l'udienza di discussione possa essere fissata dal Presidente della Corte di appello in tempi così brevi da rendere perfino difficoltosa la notifica all'appellato, con la conseguenza che risulterebbe irragionevole gravare l'appellante di un onere di notifica in termini prestabiliti, non già per la loro brevità – che comunque è idonea a consentire di provvedere all'adempimento – bensì per la gravità delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto del termine, comportanti la perdita del diritto all'azione, senza che ciò appaia in alcun modo giustificato da ragioni di equilibrio tra i poteri delle parti o di celerità del processo;

che, pertanto, l'art. 435, secondo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui fissa all'appellante un termine per provvedere alla notifica del ricorso e del decreto, appare alla rimettente in contrasto con gli artt. 24 e 111 della Costituzione, poiché comporterebbe, quale sanzione della decorrenza del termine medesimo, «il pregiudizio del diritto alla difesa, come diritto ad agire in giudizio», senza che ricorrano motivi ragionevoli che possano giustificare tale effetto, così violando il diritto al giusto processo;

che nel giudizio innanzi alla Corte si è costituito l'INPS, che ha concluso per la inammissibilità della questione, attesa la possibilità di una esegesi della norma censurata diversa da quella scaturente dalla sentenza delle Sezioni unite della Cassazione sulla quale si è fondato il percorso argomentativo del rimettente, che scongiuri il pregiudizio al diritto di difesa dallo stesso lamentato;

che – rileva l'Istituto – la fattispecie al vaglio delle Sezioni unite verteva in una ipotesi in cui, depositata opposizione a decreto ingiuntivo per crediti di lavoro, l'opponente non aveva affatto provveduto alla notificazione del ricorso e del decreto, laddove, nel giudizio in corso, la notifica era stata effettuata sia pure con ritardo;

che la inosservanza del termine di cui alla norma censurata non inciderebbe sulla complessiva durata del processo, poiché il mero ritardo nella notificazione, purché effettuata nel rispetto del termine dilatorio di cui al terzo comma dello stesso art. 435, non escluderebbe che l'udienza fissata con il decreto presidenziale possa comunque essere deputata alla discussione della causa ed alla immediata decisione;

che non sarebbe esatto il presupposto dal quale muove il rimettente, secondo cui la inutile scadenza del termine previsto dal secondo comma dell'art. 435 cod. proc. civ., in difetto di proroga accordata prima della scadenza, potrebbe comportare comunque il venir meno del potere di compiere l'atto, trattandosi di affermazione compiuta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con riguardo alla fattispecie già descritta, in cui al mancato rispetto dei termini per la notifica del ricorso ha fatto seguito anche la sopravvenuta impossibilità

di osservare i termini a comparire per la udienza di discussione, non essendo stati notificati l'atto di opposizione e il decreto di fissazione non solo nel rispetto del termine di cui all'art. 415, terzo comma, cod. proc. civ., ma neppure alla data della stessa udienza di discussione;

che è intervenuto nel giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, con il patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per la inammissibilità o, comunque, per la infondatezza della questione;

che, sotto il primo profilo, rileva l'Autorità intervenuta che, nel giudizio a quo, la controparte si era regolarmente costituita nel giudizio e che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza erano stati notificati a questa nel rispetto del termine di cui all'art. 435, terzo comma, cod. proc. civ., a differenza della fattispecie di cui alla decisione delle Sezioni unite, in cui era del tutto mancata la notifica e solo all'udienza di discussione il ricorrente aveva chiesto un termine per rinnovare la notificazione, con la conseguenza che la sanzione della decadenza sarebbe derivata non già dal mancato rispetto del termine ordinatorio per la notifica, ma dalla circostanza che quest'ultima non era avvenuta;

che, nel merito, secondo la interpretazione giurisprudenziale dell'art. 435, secondo comma, cod. proc. civ., la proposizione dell'appello si perfezionerebbe con il deposito del ricorso, mentre la notifica dello stesso, anche se nulla, non eliminerebbe gli effetti della litispendenza, con la conseguenza che la costituzione dell'appellato sanerebbe la irrituale notifica dell'atto di appello e del decreto per raggiungimento dello scopo (v. Cass., sent. n. 5699 del 2007), attesa la natura ordinatoria e non perentoria della notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di discussione al convenuto;

che la medesima questione è stata sollevata nella stessa data, con ordinanza di contenuto sostanzialmente identico (reg. ord. n. 180 del 2009), dalla stessa Corte d'appello di Genova, nel corso di un procedimento di appello avente ad oggetto il riconoscimento del diritto agli aumenti di perequazione automatica;

che nel giudizio innanzi a questa Corte si è costituita la Banca C. s.p.a., parte nel giudizio *a quo*;

che nell'atto di costituzione si rileva anzitutto la praticabilità di una interpretazione adeguatrice della norma censurata – anche sulla base dell'orientamento giurisprudenziale incontestato prima della sentenza n. 20604 del 2008, e in conformità al principio della ragionevole durata del processo – secondo la quale i termini fissati nell'art. 435, secondo comma, cod. proc. civ. devono ritenersi tra loro coordinati e nessuna variante dilatoria può derivare dal superamento del termine ordinatorio di cui alla stessa norma tutte le volte in cui sia rispettato il termine a difesa di cui all'art. 435, terzo comma, cod. proc. civ. e sia rimasta immutata la data della discussione non sussistendo la necessità di una nuova udienza;

che, in ogni caso, la parte costituita richiede alla Corte una interpretazione costituzionalmente orientata tale da escludere la sanzione della improcedibilità qualora la notifica dell'appello sia comunque avvenuta, quanto meno se perfezionata nel rispetto del termine di cui all'art. 435, terzo comma, cod. proc. civ.;

che, peraltro, nella interpretazione che della norma censurata ha fornito la Corte rimettente, la questione appare alla parte fondata, specialmente se applicata ai giudizi in corso alla data di pubblicazione della richiamata sentenza delle Sezioni unite, e ciò anche indipendentemente dalla brevità del termine di cui si tratta, avuto riguardo alla irreparabilità delle conseguenze che

il mancato rispetto dello stesso comporta qualora la notificazione sia stata comunque eseguita nel rispetto del termine a comparire di cui al terzo comma dell'art. 435 cod. proc. civ.;

che anche in tale giudizio ha spiegato intervento il Presidente del Consiglio dei ministri, per il tramite dell'Avvocatura generale dello Stato, concludendo nei termini già riferiti;

che la medesima questione è stata sollevata, con identiche ordinanze, nel corso di quattro giudizi pendenti innanzi alla Corte d'appello di Genova – sezione per le controversie in materia di lavoro (reg. ord. nn. 157, 158, 159 e 160 del 2009);

che, nell'imminenza dell'udienza pubblica e della discussione in camera di consiglio, le parti dei giudizi di merito e il Presidente del consiglio dei ministri hanno depositato memorie, con le quali hanno illustrato le conclusioni in precedenza esposte.

Considerato che la Corte d'appello di Genova – sezione per le controversie in materia di lavoro, con sei distinte ma identiche ordinanze (reg. ord. nn. 139, 157, 158, 159, 160 e 180 del 2009), dubita della legittimità costituzionale dell'art. 435, secondo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui impone all'appellante il termine di dieci giorni per provvedere alla notifica all'appellato del ricorso e del decreto di nomina del relatore e di fissazione dell'udienza di discussione, per violazione degli artt. 24 e 111 Cost., comportando, quale sanzione dell'inutile decorso del termine medesimo, l'improcedibilità dell'appello, con «il pregiudizio del diritto di difesa, come diritto di agire in giudizio», senza che ricorrano motivi ragionevoli che possano giustificare tale effetto, e così recando vulnus anche al diritto al giusto processo;

che i vari giudizi, comportando la soluzione della medesima questione, vanno riuniti, perché siano decisi con unica pronuncia;

che l'art. 435, secondo comma, cod. proc. civ. dispone che, nei procedimenti in materia di lavoro e di previdenza, l'appellante, nei dieci giorni successivi al deposito del decreto con il quale il Presidente della Corte d'appello, a norma del primo comma dello stesso art. 435, nomina il giudice relatore e fissa l'udienza di discussione dinanzi al collegio, provvede alla notifica del ricorso e del decreto all'appellato;

che l'art. 435, terzo comma, cod. proc. civ. stabilisce che tra la data di notificazione all'appellato e quella dell'udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di venticinque giorni;

che il giudice rimettente sospetta l'illegittimità costituzionale della norma denunciata, partendo dall'affermazione contenuta nella sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza n. 20604 del 2008), secondo cui l'inosservanza del termine di cui all'art. 435, secondo comma, cod. proc. civ. determina l'improcedibilità dell'appello, senza tenere presente che nella fattispecie esaminata dalle S.U. tale improcedibilità era stata affermata non già per la sola violazione dell'art. 435, secondo comma, ma per la inosservanza dell'art. 435, terzo comma, per non essere mai intervenuta la notifica ivi prevista;

che, nelle fattispecie in esame, invece, malgrado l'inosservanza del termine di cui all'art. 435, secondo comma, la notifica del ricorso e del decreto era intervenuta nel rispetto del termine di cui al successivo terzo comma, con la conseguente astratta possibilità dello svolgimento dell'udienza di discussione e della realizzazione del diritto di difesa dell'appellato;

che da tali rilievi discende la manifesta infondatezza della questione proposta per la evidente erroneità del presupposto interpretativo (ex plurimis: ordinanze n. 301 e n. 97 del 2009).

(Omissis)

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Contributi – Omesso versamento – Contributi prescritti - Principio di automatismo – Non opera - Costituzione di rendita vitalizia ex art. 13 della legge n. 1338/1962 – Unico rimedio possibile.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 18.03.2010 n. 6569 - Pres. De Luca - Est. Bandini - PM Patrone (Diff.) - S. M. (Avv. Antonini) – INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Giannico)

In ipotesi di omissione contributiva del datore di lavoro, qualora l'Istituto assicurativo –pur avendo ricevuto la denuncia del lavoratore- non si sia attivato per l'adempimento prima della maturazione del termine di prescrizione dei contributi omessi, non opera il principio di automatismo del rapporto assicurativo e l'unico rimedio esperibile a favore del lavoratore è la costituzione di una rendita vitalizia.

FATTO - Con sentenza del 3.10 - 5.11.2005 la Corte d'Appello di Roma rigettò l'appello proposto da S. M. nei confronti dell'INPS avverso la decisione del giudice di prime cure che aveva rigettato la domanda di riconoscimento del diritto alla pensione di anzianità; rilevato che la questione ineriva al mancato riconoscimento della copertura assicurativa per il periodo dal 1958 al 1960, durante il quale il S. aveva lavorato alle dipendenze di una impresa poi fallita, la Corte territoriale osservò che il principio dell'automatismo della costituzione del rapporto assicurativo opera solo nei limiti della prescrizione e che, nella specie, i contributi relativi al periodo di lavoro anzidetto, non corrisposti, erano ormai prescritti; rilevò inoltre la Corte territoriale che la nota dell'INPS del 18.7.1997, dimessa in giudizio, costituiva soltanto una comunicazione interna fra uffici dell'Istituto e che, quand'anche la stessa avesse configurato un atto di accertamento (o di avvio di un procedimento di accertamento) di un debito contributivo nei confronti dell'impresa originaria datrice di lavoro, non sarebbe valsa ad interrompere validamente il decorso della prescrizione, ormai compiuto per tutti i contributi maturati nel periodo dedotto in giudizio.

Avverso l'anzidetta sentenza S. M. ha proposto ricorso per cassazione fondato su un unico articolato motivo. L'intimato INPS ha resistito con controricorso.

DIRITTO - 1. Con l'unico articolato motivo il ricorrente denuncia violazione di legge (artt. 2116, 2697 e 2934 c.c.; artt. 9 e 27, r.d.l. n. 636/39; art. 40, l. n. 153/69, modificato dall'art. 23 *ter*, d. l. n. 267/72; artt. 215 e 216 c.p.c.), nonché vizio di motivazione, deducendo che:

- il diritto dell'assicurato all'automaticità delle prestazioni era entrato nel suo patrimonio nel momento in cui l'Istituto si era trovato nella condizione di poter accertare ed esigere il credito contributivo;

- tale condizione emergeva dalla nota dell'Istituto del 18.7.1997, della quale alla Corte territoriale era sfuggito il valore probatorio, avendolo richiamato solo per negargli, com'era del resto evidente, valenza di atto interruttivo della prescrizione nei confronti del datore di lavoro;

- la Corte territoriale aveva altresì ommesso di prendere in esame altro documento, dimesso in giudizio già in prime cure, dai quale si evinceva che esso ricorrente aveva denunciato all'INPS, nel 1962, l'omissione contributiva del proprio datore di lavoro.

2. A mente dell'art. 13, legge n. 1338/62, il datore di lavoro che abbia ommesso di versare contributi per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti e che non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione ai sensi dell'art. 55 del R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827, può chiedere all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale di costituire, nei casi previsti dal successivo quarto comma, una rendita vitalizia reversibile pari alla pensione o quota di pensione adeguata dell'assicurazione obbligatoria che spetterebbe al lavoratore dipendente in relazione ai contributi ommessi, mediante il versamento della corrispondente riserva matematica; analoga facoltà è altresì attribuita al lavoratore, in sostituzione del datore di lavoro, quando non possa ottenere da quest'ultimo la costituzione dell'anzidetta rendita, salvo il diritto al risarcimento del danno. La giurisprudenza di questa Corte ha già avuto modo di precisare che il lavoratore, per potere agire direttamente nei confronti dell'INPS, deve allegare e comprovare che non ha potuto far valere questa pretesa nei confronti del datore di lavoro (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 23584/2004) e che la disposizione all'esame non crea un trattamento peggiore per il lavoratore, ma, al contrario, costituisce una norma di favore, i cui limiti trovano la loro giustificazione nella funzione sostitutiva della facoltà di attivarsi direttamente presso l'INPS, e nel necessario temperamento tra l'interesse del lavoratore a non rimanere privo di tutela previdenziale e l'esigenza di contrastare il rischio di posizioni lavorative fittizie (Cass. n. 15304/2005).

La ricordata normativa ha dunque la funzione di consentire al lavoratore, ricorrendone gli specifici presupposti, di eliminare, attraverso la costituzione della rendita vitalizia, il detrimento pensionistico conseguente all'intervenuto ommesso versamento dei contributi dovuti.

Non è invece prevista la regolarizzazione della posizione assicurativa, in ipotesi di ommesso versamento dei contributi da parte del datore di lavoro, per l'ipotesi in cui l'Istituto assicuratore, pur se messo a conoscenza dell'inadempimento contributivo prima della decorrenza del termine di prescrizione, non si sia attivato per l'adempimento nei confronti del soggetto obbligato; anche in tale ipotesi, infatti, in difetto di previsione di diverso segno, la tutela del lavoratore deve ritenersi affidata al ricorso alla descritta procedura di costituzione della rendita (con il che deve rilevarsi come non possa trovare applicazione nel presente giudizio il principio affermato dalla sentenza di questa Corte richiamata dal ricorrente - Cass., n.

7459/2002 - siccome resa nell'ipotesi, qui nient'affatto accertata in sede di merito, in cui il lavoratore non aveva potuto, né avrebbe potuto in futuro, sopperire ricorrendo ai rimedi apprestati dal legislatore per i casi di inadempimento datoriale). Dal che discende l'infondatezza del motivo all'esame, restando assorbiti i profili di doglianza inerenti ai denunciati vizi di motivazione, siccome finalizzati al riconoscimento dell'avvenuta tempestiva conoscenza, da parte dell'Istituto, dell'inadempimento contributivo.

3. Il ricorso va pertanto rigettato.

Applicandosi *ratione temporis* il disposto dell'art. 152 disp. att. c.p.c. nel testo vigente anteriormente alle modifiche di cui al d.l. n. 269/03, convertito in legge n. 326/03, non è luogo a provvedere sulle spese afferenti al presente giudizio di cassazione.

Disoccupazione - Indennità ordinaria – Incompatibilità con l'assegno di invalidità - Sussiste - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 08.03.2010 n. 5544 - Pres. De Luca - Est. Di Nubila - PM Finocchi Gherzi (Diff.) - INPS (Avv.ti Stumpo, Triolo, Fabiani) – G.G. (Avv. Gaetano)

Il divieto di cumulo dell'indennità di disoccupazione con i trattamenti pensionistici a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, introdotto dall'art. 6, comma 7, del d.l. 20 maggio 1993 n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993 n. 236, applicabile "ratione temporis", si estende all'assegno ordinario di invalidità, la cui natura di trattamento pensionistico trova conferma nella modalità di erogazione, che ha luogo a fronte dell'assicurazione generale obbligatoria, nonché di calcolo, che ha luogo secondo le norme della medesima, e nella sua conversione "ex lege" in pensione di vecchiaia al compimento dell'età prevista per il normale pensionamento.

FATTO - 1. Con ricorso depositato in data 17.10.2003, G.G. conveniva l'INPS dinanzi al Tribunale di Catania ed esponeva di avere chiesto l'indennità di disoccupazione con domanda 25.9.2002. Tale domanda era stata respinta, perché l'Istituto aveva ritenuto la stessa incompatibile con l'assegno ordinario di invalidità *ex lege* n. 222/1984 di cui l'attore fruiva. Chiedeva pertanto la condanna dell'INPS alla corresponsione della citata indennità. Previa costituzione ed opposizione dell'INPS, il Tribunale accoglieva la domanda attrice. Proponeva appello l'INPS e la Corte di Appello di Catania confermava la sentenza di primo grado così motivando:

- l'INPS sostiene che in virtù del Decreto Legge n. 478/1992, art. 5, i trattamenti ordinari e speciali di disoccupazione sono incompatibili con i trattamenti pensionistici a carico dell'assicurazione generale obbligatoria contro l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti;

- la tesi non è fondata, perché scopo dell'art. 10 della Legge n. 887/1984, è quello di evitare che colui il quale non può, per le proprie condizioni fisiche, espletare alcuna attività lavorativa riceva una indennità prevista per coloro che, pur essendo in grado di lavorare, non possono farlo per le difficoltà occupazionali nel mercato del lavoro;

- la disposizione invocata dall'appellante, cioè l'art. 5 del Decreto Legge n. 478/1992, ha in buona sostanza ribadito il contenuto della norma precedente e torna pertanto applicabile il principio di cui a Cass. n. 5330/1997 (vedi *infra*);

- posta, dunque, la differenza tra assegno di invalidità e pensione di inabilità, in relazione ai diversi presupposti, non sussiste alcuna incompatibilità in ordine alla prestazione richiesta.

2. Ha proposto ricorso per Cassazione l'INPS, deducendo un motivo, illustrato da memoria integrativa. Resiste con controricorso il G.

DIRITTO - 3. Con l'unico motivo del ricorso, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., degli artt. 10 della Legge n. 887/1984, 6 del Decreto Legge n. 148/1993 convertito con modificazioni nella Legge n. 236/1993 e 45 del R.D.L. n. 1827/1935: erroneamente la Corte di Appello ha ritenuto compatibile con l'indennità di disoccupazione l'assegno ordinario di invalidità, limitando il divieto di cumulo alla sola pensione di inabilità. Il principio di cui a Cass. 5330/1997 va rivisto in relazione al chiaro tenore delle norme applicabili. Non a caso l'art. 2 del Decreto Legge n. 299/1994 convertito con modificazioni nella Legge n. 451/1994 e la Corte Costituzionale con la sentenza n. 218/1995 (1), occupandosi della questione della compatibilità dell'assegno ordinario di invalidità con l'indennità di mobilità, hanno risolto la questione nel senso dell'incompatibilità tra le due prestazioni e della possibilità di opzione per il trattamento più favorevole.

4. Nel controricorso, G.G. sostiene che le norme in questione debbono essere interpretate secondo la loro *ratio*: se il pensionato per invalidità possiede residue capacità lavorative e non può rioccuparsi per mancanza di lavoro sul mercato, egli deve essere ritenuto in grado di ricevere l'indennità di disoccupazione involontaria.

5. Con la memoria di replica, l'INPS ribadisce la validità della propria interpretazione anche in relazione alla *ratio legis*, perché la possibilità di collocare sul mercato del lavoro le residue capacità lavorative, propria del pensionato per invalidità, non osta comunque a che egli fruisca dalla pensione e quindi preclude la possibilità di fruire di ulteriore beneficio, tenuto anche conto che il pensionato di invalidità percepisce comunque l'integrazione al minimo.

6. Il ricorso è fondato e va accolto. È noto che l'assegno di invalidità spetta al lavoratore assicurato la cui capacità di lavoro in occupazioni confacenti alle sue attitudini sia ridotta a meno di un terzo (art. 1, comma 1 della Legge n. 222/1984).

L'assegno è riconosciuto per tre anni ed è soggetto a conferma per periodi della stessa durata. Dopo tre riconoscimenti consecutivi l'assegno diviene permanente. Esso si trasforma in pensione di vecchiaia al compimento dell'età pensionabile (comma 10). Per la disciplina del cumulo, il comma 11 rinviava all'art. 20 della Legge n. 153/1969 e succ. mod.

7. La pensione di inabilità presuppone (art. 2) che l'assicurato si trovi nella assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa ed è prevista la preventiva rinuncia ad una serie di trattamenti, tra cui quello di disoccupazione (comma 2).

8. Con Decreto Legge n. 148/1993 convertito con modificazioni nella Legge n. 236/1993 è stato previsto (art. 6, comma 7) che, tra l'altro, i trattamenti ordinari e speciali di disoccupazione sono incompatibili con i trattamenti pensionistici a carico dell'Invalidità, vecchiaia e superstiti. Successivamente, il Decreto Legge n. 299/1994 convertito con modificazioni nella Legge n. 451/1994 ha previsto espressamente l'opzione tra assegno o pensione di invalidità e indennità di mobilità.

9. Per quanto rileva ai fini della decisione della presente controversia, occorre stabilire se l'assegno ordinario di invalidità (parziale) costituisca o meno un trattamento pensionistico. La risposta deve essere positiva, trattandosi dell'erogazione a fronte dell'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità, vecchiaia e superstiti, calcolato secondo le norme dell'assicurazione stessa e convertito *ex lege* in pensione di vecchiaia al compimento dell'età prevista per il normale pensionamento. Torna quindi applicabile l'art. 6, comma 7 del Decreto Legge n. 148/1993 sopra citato, in virtù del quale l'indennità di disoccupazione è incompatibile con i "trattamenti pensionistici" dell'assicurazione Invalidità, vecchiaia e superstiti.

10. Non è utilizzabile nella presente causa il precedente di cui a Cass. n. 5330/1997, sentenza che ha deciso su una richiesta di indennità di disoccupazione per il periodo 8.7.1987 - 6.1.1988, periodo a fronte del quale il cumulo era disciplinato dall'art. 20 della Legge n. 153/1969 e non era applicabile la normativa sopravvenuta, della quale per l'appunto non è cenno nel testo della sentenza stessa.

11. La sentenza impugnata deve pertanto essere cassata. La causa, non risultando necessari ulteriori accertamenti, può essere decisa nel merito mediante la reiezione della domanda introduttiva. Giusti motivi, in relazione alla complessità della questione dibattuta, all'incertezza obiettiva circa l'esito della lite al momento della proposizione del ricorso, alla presenza di un precedente della Corte di Cassazione (apparentemente) favorevole all'attore consigliano la compensazione delle spese dell'intero processo.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 756

Prestazioni – Decadenza – Decorrenza – Dies a quo – Sospensione della decisione sulla domanda di prestazione – Non incide.

Corte di Cassazione – 01.03.2010 n. 4896 – Presidente Battimiello – Rel. Coletti de Cesare - C.F. (Avv.to Palmieri) – INPS (Avv.ti Fabiani, De Rose, Triolo)

Il termine di decadenza sostanziale per l'esercizio dell'azione giudiziaria in materia di prestazioni previdenziali decorre –senza deroghe concernenti il dies a quo- indipendentemente dal comportamento delle parti. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto irrilevante sul decorso del termine decadenziale di un anno la avvenuta comunicazione all'interessata da parte dell'Inps della sospensione di ogni decisione sulla richiesta indennità di maternità, in attesa della definizione del procedimento amministrativo pendente in merito alla avvenuta cancellazione della ricorrente dagli elenchi dei braccianti agricoli).

FATTO - Il Tribunale di S.M. Capua Vetere rigettava la domanda proposta da C.F. nei confronti dell'INPS per ottenere l'indennità di maternità riconosciuta alle lavoratrici agricole, ritenendo la ricorrente decaduta dall'azione giudiziaria per decorso del termine annuale di cui al D.L. n. 384 del 1992, art. 4, conv. in L. n. 438 del 1992.

La Corte d'appello di Napoli, con sentenza del 4 febbraio 2006, ha respinto l'impugnazione della C., osservando che non era ostativa alla decorrenza del termine di decadenza l'avvenuta comunicazione, da parte dell'INPS, della sospensione di ogni decisione sulla domanda amministrativa della prestazione in attesa della definizione del procedimento amministrativo connesso alla legittimità della iscrizione della istante negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli. Contro questa sentenza la C. ha proposto ricorso fondato su un unico motivo, illustrato con successiva memoria ex art. 378 c.p.c.

L'INPS ha depositato la procura speciale ai propri difensori e ha, poi, partecipato all'udienza di discussione.

DIRITTO - 1. Nell'unico motivo, con denuncia di violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 639 del 1970, art. 47, nel testo di cui al D.L. n. 384 del 1992, art. 4, conv. in L. n. 438 del 1992 (art. 360 c.p.c., n. 3) si assume che la comunicazione, da parte dell'INPS, della sospensione della definizione della domanda amministrativa dell'indennità di maternità in attesa della conclusione del procedimento relativo alla legittimità dell'iscrizione dell'interessata negli elenchi anagrafici dell'agricoltura giustifica la proposizione tardiva dell'azione giudiziaria; in ogni caso il decorso della decadenza sarebbe impedito dalla mancata osservanza, da parte dell'Istituto previdenziale, dell'obbligo di fornire alla richiedente la prestazione, le indicazioni di cui all'art. 47, comma 5, del (novellato) art. 47.

2. Il ricorso non è fondato.

3. La pendenza del procedimento connesso alla contestazione, in sede amministrativa, del provvedimento di cancellazione dell'interessato dagli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli subordinati (l'iscrizione nei quali concorre ad integrare la complessa

fattispecie costitutiva del diritto alle prestazioni previdenziali riconosciute dalla legge a tale categoria di assicurati: vedi Sez. Un. sent. n. 1133 del 2000) non interferisce nè sul dies a quo nè sulla decorrenza del termine di decadenza per la proposizione dell'azione giudiziaria intesa al riconoscimento del diritto alle prestazioni in questione (vedi Cass. sent. n. 12498 del 2003, n. 14299 del 2004, n. 6231 del 2005).

4. Quest'ultima, infatti, ha una sua propria autonoma disciplina nel D.P.R. n. 639 del 1970, art. 47 (come integrato e modificato dai successivi D.L. n. 103 del 1991, art. 6, convertito nella L. n. 166 del 1991, e D.L. n. 384 del 1992, art. 4, convertito nella L. n. 438 del 1992), norma che ne impone l'esperimento entro termini determinati (nella specie, di un anno, trattandosi di prestazione previdenziale a carico della gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti, di cui alla L. n. 88 del 1989, art. 24) e posti in stretto collegamento con i termini del procedimento amministrativo (compresa la fase eventualmente contenziosa) che segue alla istanza dell'assicurato; così che l'inizio del relativo decorso è legislativamente ancorato alla data di comunicazione della decisione del ricorso amministrativo pronunciata dai competenti organi dell'Istituto, ovvero alla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della predetta decisione, ovvero ancora (per il caso di ricorso amministrativo tardivo o di sua mancata proposizione) alla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione.

5. Come osservato dalla Corte costituzionale (vedi sent. n. 246 del 1992) e dalla giurisprudenza di questa Corte (da ultimo Sez. un. sent. n. 12718 del 2009(1)) l'inutile decorso dei suddetti termini comporta l'estinzione del diritto ai ratei pregressi della prestazione previdenziale richiesta (decadenza cd. sostanziale) e l'inammissibilità della relativa domanda giudiziale.

6. Ancora, la citata sentenza delle Sezioni unite, nel ribadire che la decadenza sostanziale di cui si discute "è di ordine pubblico", ha sottolineato come tale natura renda irrilevanti, ai fini del decorso dei relativi termini, i comportamenti assunti dalle parti; in particolare si è osservato che tra tali comportamenti devono farsi rientrare anche gli atti interlocutori dell'Istituto previdenziale o i suoi provvedimenti capaci di assumere carattere decettivo (lettere dell'Istituto con le quali si richiedano ulteriori documenti ovvero si deduca che si sta provvedendo al pagamento o, più in generale, all'esame della pratica amministrativa, ovvero ancora come è avvenuto nella presente controversia - si soprasseda al pagamento della prestazione adducendo la necessità di ulteriori accertamenti per stabilire la legittimità della sua erogazione, etc.); potendo i suddetti atti e comportamenti legittimare, semmai, azioni risarcitorie ove concretizzino condotte lesive dei canoni di correttezza e buona fede (il che, peraltro, nella specie, non è neppure dedotto dall'odierna ricorrente).

7. Sempre sul presupposto della impossibilità per le parti di incidere, attraverso propri atti o comportamenti, sul decorso dei tempi del procedimento amministrativo e sulla disciplina legale dei termini decadenziali in una materia, come quella delle assicurazioni sociali, sottratta alla loro disponibilità, si è escluso, nella richiamata sentenza delle Sezioni unite, che sia ostativa al decorso della decadenza l'omissione delle indicazioni

di cui al D.P.R. n. 639 del 1970, art. 47, comma 5, integrando la mancata osservanza del relativo onere da parte dell'INPS una mera irregolarità.

8. Infine, con riferimento alla questione prospettata per la prima volta nella memoria difensiva depositata ex art. 378 c.p.c., dalla odierna ricorrente - la quale sostiene che la mancata proposizione del ricorso amministrativo comporterebbe l'applicazione dell'art.6, primo comma, ultima proposizione, del convertito D.L. n. 103 del 1991 e, quindi, la decorrenza del termine di decadenza dalla insorgenza del diritto ai singoli ratei della richiesta indennità di maternità - deve osservarsi che la giurisprudenza di questa Corte (ancora Sez. un. n. 12718 del 2009 e Cass. n. 22110 del 2009) ha ritenuto la previsione di legge in questione superata da quella del convertito D.L. n. 384 del 1992, art. 4, affermandosi che, allorquando manchi il ricorso amministrativo, per l'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di decadenza dall'azione giudiziale occorre fare riferimento alla scadenza del termine legislativamente previsto per l'esaurimento del procedimento amministrativo e, dunque, alla scadenza del termine di 300 giorni (risultante dalla somma del termine di 120 giorni dalla data di presentazione della richiesta di prestazione e di quello di 180 giorni complessivamente assegnato dalla L. n. 88 del 1989, art. 46, per l'esperimento e la decisione del previsto gravame amministrativo, per un totale, appunto di 300 giorni).

9. In conclusione, tutte le censure mosse alla sentenza impugnata sono prive di giuridico fondamento, per cui il ricorso dev'essere rigettato.

10. Nonostante la soccombenza la ricorrente non è condannata al pagamento delle spese di questo giudizio ai sensi dell'art. 152 disp. att. c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.L. n. 269 del 2003, nella specie inapplicabile *ratione temporis*).

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2009, p. 429

Integrazione salariale - Trattamento straordinario - Quota t.f.r. maturata e non liquidata - Prescrizione ordinaria.

Corte di Cassazione - 01.02.2010 n. 2278 - Pres. De Luca - Rel. Di Nubila - P.M. Finocchi Gherzi - L.V.S. (Avv. Lombardo) - Min. Lavoro e Politiche Sociali (Avv. Generale Stato) - INPS (Avv.ti Triolo, Fabiani)

Poiché la quota del t.f.r. maturata durante un periodo di integrazione salariale straordinaria ha natura assistenziale, il diritto alla relativa prestazione non liquidata si prescrive in dieci anni.

FATTO - 1. L.V.S. adiva il Tribunale di Messina, nei confronti del Ministero del Lavoro, quale gestore del Fondo per la Mobilità della Manodopera e dell'INPS, onde ottenere le quote di t.f.r. maturate e non corrisposte durante il periodo (3.12.1984 - 10.2.1992) in cui aveva fruito della Cassa integrazione guadagni, come dipendente della spa S. dichiarata fallita. In contraddittorio coi convenuti, il Tribunale respingeva la domanda attrice. Proponeva appello l'attore L.V., sottolineando tra l'altro che legittimato passivo doveva intendersi il citato Ministero; non sussisteva invece la prescrizione, interrotta il 20.9.1991 e il 17.1.1997, e peraltro decennale.

2. Si costituiva in appello il Ministero e reiterava l'eccezione di prescrizione, mai interrotta nei suoi confronti. Si costituiva l'INPS e deduceva di non essere tenuto alla prestazione, la quale faceva carico al Ministero.

3. La Corte di Appello di Messina motivava nel senso dell'accoglimento dell'appello. Posto che la prescrizione è decennale e decorre dalla cessazione del trattamento di integrazione salariale (febbraio 1992), l'azione intrapresa il 3.2.1998 è tempestiva. La legittimazione passiva appartiene al Ministero, sulla scorta della sentenza della Corte di Cassazione n. 9001/2002, perchè occorre fare riferimento alla prima domanda di corresponsione dell'integrazione e non alle successive proroghe. La prestazione veniva quindi posta a carico del ripetuto Ministero, con interessi legali e rivalutazione monetaria. In dispositivo, la Corte di Appello rigettava l'impugnazione.

4. Ha proposto ricorso per Cassazione L.V.S., deducendo due motivi. Resiste con controricorso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, il quale propone ricorso incidentale affidato a tre motivi. L'INPS ha depositato delega ed ha partecipato alla discussione. Il ricorso principale ed il ricorso incidentale, essendo stati proposti contro la medesima sentenza, vanno riuniti.

DIRITTO - 5. Con il primo motivo del ricorso principale, il ricorrente deduce contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, ex art. 360 n. 5 Codice di Procedura Civile, per contrasto tra motivazione e dispositivo. La motivazione afferma la natura assistenziale dell'erogazione, la conseguente prescrizione decennale, la legittimazione del Ministero e tuttavia conferma la sentenza di primo grado, reiettiva della domanda.

6. Con il secondo motivo del ricorso, il ricorrente L.V. deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., dell'art. 91 Codice di Procedura Civile, per conseguente erronea compensazione delle spese.

7. Con il primo motivo del ricorso incidentale, il Ministero denuncia violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., degli artt. 21 della Legge n. 675.1977 e 8 della Legge n. 160.1988, nonché omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione in fatto circa un punto decisivo della controversia, a sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c.: l'onere delle quote di t.f.r. maturate successivamente all'entrata in vigore della citata Legge n. 160.1988 è a carico dell'INPS.

8. Con il secondo motivo del ricorso incidentale, lo stesso Ministero deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., degli artt. 112 e 2948 Codice di Procedura Civile, per avere la Corte di Appello erroneamente applicato la

prescrizione decennale, laddove la prescrizione è quinquennale e non è stata validamente interrotta nei confronti di esso Ministero.

9. Con il terzo motivo del ricorso incidentale, il Ministero deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., dell'art. 16 comma 6 della Legge n. 421.1991, per avere la Corte di Appello erroneamente cumulato interessi legali e rivalutazione monetaria anche per il periodo 31.12.1991 - 10.2.1992

10. Per motivi logici, occorre preliminarmente prendere in considerazione il ricorso incidentale. Il primo motivo risulta infondato alla luce del costante orientamento giurisprudenziale, in base al quale le prestazioni previdenziali ed assistenziali non liquidate si prescrivono in dieci anni. Non vi è dubbio che nella specie l'erogazione del T.F.R. a fronte di un periodo di Cassa integrazione ha natura assistenziale. Così Cass. 9.1.02 n. 1772 e 6.7.02 n. 11105, nonché altre conformi tra le quali, recentemente Cass. 26.3.2008 n. 7895 e le nn. 17051/2009, 16333/2009, 16207/2009, 15920/2009, 15993/2009.

11. Quanto al secondo motivo del ricorso incidentale, attinente alla legittimazione, questa Corte ha affrontato il problema della successione dell'INPS al Ministero quale gestore del Fondo ed ha ritenuto che permane la legittimazione del Ministero qualora la prima domanda di integrazione sia stata presentata nel vigore della normativa previgente, mentre non hanno rilievo le successive domande di proroga dell'intervento della CIG. Vedi per tutte Cass. 23.3.2002 n. 4171, la quale ha ritenuto che l'art. 8, comma secondo, del D.L. n. 86/1988, convertito con modificazioni dalla legge n. 160/1988, che ha abrogato l'art. 21, quinto comma, legge n. 675/1977, che poneva a carico del Fondo per la mobilità della manodopera le quote di indennità di anzianità maturate durante il periodo di fruizione della cassa integrazione guadagni straordinaria da parte di lavoratori non rioccupati nella stessa azienda al termine di detto periodo, per l'impossibilità da parte dell'azienda di mantenere il livello occupazionale (disposizione applicabile anche, come nella specie, ai lavoratori di aziende industriali fallite, collocati in cassa integrazione guadagni straordinaria a norma dell'art. 25, comma settimo, della legge n. 675/1977, - comma inserito dall'art. 2 legge n. 301/1979), trova applicazione, come espressamente disposto dalla disposizione transitoria del comma 8 del citato art. 8, solo relativamente alle domande di integrazione salariale presentate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge. Ne consegue l'applicabilità della disciplina previgente, quanto all'individuazione del soggetto tenuto al pagamento del trattamento di fine rapporto, con riferimento a tutti i periodi di cassa integrazione dipendenti da una iniziale domanda di ammissione alla c.i.g.s. antecedente all'entrata in vigore del decreto legge, poiché la disposizione transitoria persegue lo scopo di assoggettare alla medesima disciplina l'intero rapporto costituito a seguito dell'accoglimento con provvedimento amministrativo della domanda iniziale, e le richieste successive, dirette alla conferma del trattamento, hanno una diversa e minore portata, intervenendo nell'ambito di un rapporto già costituito.

12. Il principio dianzi affermato è stato seguito da giurisprudenza univoca, tra cui Cass. nn. 6746/2002, 9944/2004, 8718/2004, 5207/2002, 9001/2002, 10846/2002, 10040/2002.

13. Il terzo motivo del ricorso incidentale è inammissibile in quanto proposto in modo contraddittorio e non autosufficiente. La parte sostiene dapprima che si tratta di prestazione soggetta a prescrizione quinquennale e quindi di credito di lavoro; in punto di interessi legali e rivalutazione monetaria sostiene invece il divieto di cumulo - e peraltro per le quote afferenti ad un periodo di quaranta giorni - ma senza dedurre esplicitamente che si tratta di credito di natura previdenziale e/o assistenziale.

14. Il primo motivo del ricorso principale è manifestamente fondato e va accolto. La sentenza di appello motiva l'accoglimento della domanda attrice, ma il dispositivo (probabilmente pensato sulla posizione dell'INPS, il quale viene assolto dalla domanda attrice) è di rigetto dell'appello. Il motivo deve quindi essere valutato come violazione dell'art. 132 comma 2 n. 4 Codice di Procedura Civile, in relazione alla mancata corrispondenza tra motivazione e dispositivo. Trattandosi di violazione di legge, la sentenza impugnata deve essere cassata e la causa può essere decisa nel merito mediante l'accoglimento della domanda attrice.

15. In applicazione del principio della soccombenza, va accolto il secondo motivo del ricorso principale e le spese vanno poste a carico del Ministero del Lavoro. Va disposta la distrazione delle spese in favore del difensore, il quale ha reso le prescritte dichiarazioni.

Non risultando notule nel fascicolo di parte, la liquidazione viene effettuata di ufficio tenendo conto del modesto valore economico della controversia. L'INPS rimane vittorioso in punto legittimazione passiva, ma nei suoi confronti le spese non sono ripetibili.

(Omissis)

CORTE D'APPELLO
Sezioni Civili

Contributi - Cartella di pagamento - Notifica a società di persone cessata - Omessa impugnativa - Rinotifica ai soci - Obiezioni di merito - Preclusione.

Corte di Appello di Brescia - 28.01.2010 n. 41 - Pres. rel. Dott. Tropeano – INPS - SCCI (Avv. Faienza) - G.E. (Avv. Vicini) – G.B. (Avv. Vicini) - Equitalia Esatri S.p.a. (Avv. dall'Asta)

Deve ritenersi avere efficacia interruttiva della prescrizione del credito contributivo nei confronti dei soci di una società di persone la pregressa notifica della cartella alla cessata società presso la sede legale coincidente con la residenza dei soci, perfezionatasi nel regime antecedente la modifica, ex art. 4 D.lgs. n. 6/2003, dell'art. 2495 c.c., a tenore del quale la cancellazione dal registro delle imprese determina l'estinzione della società. La mancata impugnazione della cartella di pagamento notificata alla società cessata preclude al socio illimitatamente responsabile, destinatario di una ulteriore notifica della cartella, la riproposizione di questioni di merito.

FATTO - Con ricorsi separati depositati il 20.12.2006 G.E. e G.B., ex soci illimitatamente responsabili della GRL di G.E. & C S.n.c, proponevano opposizione avverso le cartelle esattoriali rispettivamente n. 022 2001 00988063 47 501 e n. 022 2001 00988063 47 502 notificate entrambe il 24.11.2006 con le quali si intimava a ciascuno il pagamento di somme per contributi omessi e somme aggiuntive relativamente agli anni 1993-1995. Eccepevano la prescrizione, l'infondatezza della pretesa anche per la vigenza del *beneficium excussionis* e comunque per insussistenza dell'addebito e l'erroneità del regime sanzionatorio applicato.

Si costituiva in entrambi i procedimenti l'INPS, anche per la società cessionaria SCCI, chiedendo il rigetto dell'opposizione e producendo il fascicolo amministrativo, dal quale risultavano diversi atti interruttivi; si costituiva anche Equitalia, producendo le cartoline comprovanti la notifica alla società e quella ai soci.

Il primo giudice, ritenendo non provati gli atti interruttivi, con le sentenze n. 529/08 e 530/08 dichiarava prescritto il credito.

Appellava con distinti atti l'INPS, sostenendo l'erroneità della decisione in quanto la prescrizione era decennale e, in ogni caso, erano state versate in atti le ricevute delle raccomandate con le quali, nei confronti della società, era stata interrotta la prescrizione; si costituivano, nei due procedimenti, G.E. e G.B. per la conferma, riproponendo in subordine tutte le ulteriori eccezioni.

Si costituiva tardivamente all'udienza anche Equitalia, depositando il fascicolo di primo grado contenente le prove delle notifiche.

All'odierna udienza, disposta la riunione delle cause, le parti discutevano e la Corte decideva con sentenza del cui dispositivo era data immediata lettura.

DIRITTO - Le cartelle qui impugnate sono "derivate" dalla cartella principale con la quale nel 2001 l'INPS aveva chiesto alla società GRL, nel frattempo cancellata, il pagamento di contributi dovuti a causa di DM non pagati, dedotte le somme già versate con due condoni parzialmente adempiuti.

Ritiene la Corte che l'eccezione di prescrizione, accolta dal primo giudice, sia in realtà infondata, esistendo una serie di atti interruttivi costituiti sia da ricognizioni di debito che da atti di costituzione in mora.

Osserva la Corte innanzitutto che le violazioni si ricavano in via confessoria dai modelli DM10 rimasti parzialmente o totalmente insoluti, che atto interruttivo ulteriore è il verbale di accertamento degli ispettori INPS, notificato regolarmente il 10.5.1996: per inciso, si osserva che dalla data di notifica dell'accertamento deriva che la prescrizione dei crediti, relativi agli anni 1993, 1994 e 1995, è certamente quinquennale.

Ma anche tenendo conto di ciò, vi sono ulteriori atti interruttivi legati alla vicenda dei condoni: la GRL, infatti, come risulta da una corrispondenza interna tra uffici INPS, ha presentato una domanda di condono il 3.6.1996 versando una sola rata e una seconda domanda di condono il 5.6.1997 versando solo tre rate, l'ultima delle quali, come da ricevuta prodotta dall'INPS, è stata pagata il 30.9.1997.

È vero che le istanze di condono non risultano prodotte dall'INPS, ma la circostanza è ammessa dai fratelli G. nelle memorie conclusionali di primo grado, nelle quali affermano che il versamento del 1997 potrebbe essere considerato valido atto interruttivo, mentre negano che lo sia, come si dirà, la notifica della prima cartella alla società, donde la fondatezza, a loro parere dell'eccezione.

Successivamente all'ultima rata di condono l'INPS, provveduto ai conteggi del residuo e al calcolo delle sanzioni, provvedeva all'iscrizione a ruolo e il 25.5.2001 effettuava la notifica della cartella esattoriale alla società, cartella che non veniva impugnata.

A tal proposito si rileva che "In tema di opposizione a cartella esattoriale, emessa dall'istituto concessionario della gestione del servizio di riscossione, per il mancato pagamento di contributi pretesi dall'INPS, l'accertamento della tempestività del ricorso proposto dall'ingiunto, con riguardo all'osservanza del termine prescritto dall'art. 24, comma 5, d.lg. 26 febbraio 1999 n. 46, in quanto involge la verifica di un presupposto processuale quale la proponibilità della domanda (e, perciò, una ipotesi di decadenza prevista "ex lege", avente natura pubblicistica), è un compito che il giudice deve assolvere a prescindere dalla sollecitazione delle parti, disponendo l'acquisizione degli elementi utili anche "aliunde", in applicazione degli art. 421 e 437 c.p.c, con la conseguenza che il mancato rilievo officioso dell'eventuale carenza di detto presupposto comporta la nullità della sentenza, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, in ragione del difetto di "potestas iudicandi" derivante dalla

preclusione dell'azione giudiziale", (così da ultimo Cassazione civile, sez. lav., 16 maggio 2007, n. 11274) (1).

La notifica è avvenuta nella sede della società, ormai cancellata, in Gottolengo, Via Solaro 7 ed è stata ricevuta, come attesta la firma apposta per esteso, da G. E., sorella dei due soci anche se estranea alla società, che nel frattempo era stata sciolta senza liquidazione.

Ritiene la Corte che si tratti di valido atto interruttivo in quanto la notifica è stata effettuata nel rispetto delle norme procedurali allora vigenti.

Innanzitutto, la giurisprudenza, anche di legittimità, è assolutamente costante nell'affermare che l'intervenuta liquidazione e/o cancellazione della società dal registro delle imprese non priva la società della propria soggettività giuridica e della legittimazione processuale, allorquando la società sia stata sciolta in pendenza di posizioni debitorie o, comunque, di richieste da parte di asseriti creditori, come in questi casi è provato dal fatto che, quanto meno nei confronti dell'INPS erano addirittura pendenti le rateizzazioni del condono.

La notifica è stata attuata presso la sede legale della società stessa (in applicazione della regola di cui all'art. 145 c.p.c.) che coincideva con la residenza dei soci ed è rimasta sanata dalla circostanza che l'atto ha raggiunto il suo scopo per essere stato il piego consegnato alla terza sorella ivi pure residente che ne ha accettato la consegna. Del resto gli opposenti hanno sempre negato la regolarità formale della notifica ma non hanno mai affermato di non averne avuto contezza, assumendosi il relativo onere probatorio.

A fronte della provata regolarità della notifica della cartella alla società e della sua mancata impugnazione, il credito, così cristallizzato, è stato fatto oggetto di due distinte cartelle esattoriali notificate correttamente all'indirizzo privato dei soci illimitatamente responsabili ex art. 145 c.p.c..

Benché in tema d'interpretazione del nuovo diritto societario, la modifica dell'art. 2495 c.c. ex art. 4 D.lgs. n. 6 del 2003, secondo la quale la cancellazione dal registro delle imprese determina, contrariamente al passato, l'estinzione della società, si applica anche alle società di persone, nonostante la prescrizione normativa indichi esclusivamente quelle di capitali e quelle cooperative ed, inoltre la norma, per la sua funzione ricognitiva, è retroattiva e trova applicazione anche in ordine alle cancellazioni intervenute anteriormente al 1 gennaio 2004, data di entrata in vigore delle modifiche introdotte dal citato d.lg. n. 6 del 2003, con la sola esclusione dei rapporti esauriti e degli effetti già irreversibilmente verificatisi (così Cassazione civile, sez. II, 15 ottobre 2008, n. 25192), nel caso di specie l'effetto della notifica si era già interamente prodotto e quindi la domanda, svolta oggi nei confronti dei soci, beneficia del regime precedente quanto agli effetti in allora previsti per la cancellazione dal registro delle imprese.

Se dunque la notifica alla società era corretta e il termine per l'opposizione è stato fatto spirare invano, non è neppure più possibile rimettere in termini il socio illimitatamente responsabile per la riproposizione di questioni di merito, ma solo per far valere le eccezioni tipiche relative al contratto sociale, che qui non risultano svolte.

Peraltro la mancata allegazione, da parte dell'INPS, di tutte queste circostanze, che pure si desumono dagli atti, non consentono di assumere una decisione in questo senso, ma certamente, attesa l'elencazione degli atti interruttivi tutti efficaci, consentono di escludere che si sia maturata la prescrizione del credito.

Sul merito, la questione della debenza dei contributi non può dirsi controversa, risultando chiaramente dai DM10, oltre che dai condoni, e non essendo neppure contestata efficacemente dai due appellati che si limitano a censurare la scarsa comprensibilità della cartella e la violazione del diritto di difesa. Si tratta di argomenti di stile, non a caso relegati in poche righe di un corposo ricorso, che, comunque, sono contraddetti proprio dalla presenza di precise ricognizioni di debito e di adempimenti parziali dei due condoni.

Passando all'altra questione proposta, il *beneficium excussionis* attiene, a prescindere da ogni altra considerazione, solo alla fase esecutiva e non è quindi proponibile in questa sede.

Ne consegue che la sentenza deve essere riformata con la reiezione delle opposizioni proposte e con conseguente condanna degli appellati in solido alla rifusione delle spese processuali liquidate in favore dell'INPS e dell'Esatri nella misura di € 1.000,00 (di cui euro 400 per diritti ed euro 550 per onorari) ciascuno per il primo grado e di € 1.200,00 (di cui euro 450 per diritti ed euro 650 per onorari) ciascuno per il presente grado.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2007, p. 369

Pensioni - Domanda giudiziale di accertamento invalidità e condanna all'attribuzione del bonus contributivo ex art. 80 comma 3 L. 388/2000 - Difetto previa istanza amministrativa all'INPS - Inammissibilità domanda di condanna.

Corte di Appello di Milano - 08.10.2009 n. 967- Pres. rel. Dott. Ruiz - INPS (Avv.ti Guerrera e De Maestri) - B.M. (Avv. Poma) - Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avvocatura dello Stato) - ASL Pavia (contumace)

È inammissibile la domanda giudiziale promossa nei confronti dell'INPS e finalizzata all'attribuzione del bonus contributivo ex art. 80 comma 3 L. 388/2000 ove la stessa, dedotta nell'ambito di un ricorso avente ad oggetto l'accertamento del grado di invalidità, non sia stata preceduta dalla relativa domanda amministrativa all'Ente previdenziale.

FATTO E DIRITTO - Con sentenza n. 171 del 2007 il Tribunale di Pavia ha accolto il ricorso proposto da B. M. nei confronti del MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, dell'INPS e dell'ASL di PAVIA dichiarando la ricorrente invalida con capacità di lavoro ridotta nella misura del 75% a far data da marzo 2006 e accertando il diritto ad avvalersi dei benefici di cui all'art 80 comma 3 legge n. 388 del 2000 , sulla scorta delle conclusioni della espletata consulenza tecnica che ha confermato la sussistenza del requisito sanitario in capo alla ricorrente.

Avverso la sentenza ha proposto appello l'INPS deducendo che il Tribunale ha trascurato di esaminare le eccezioni relative alla inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione passiva di esso appellante, siccome subentrato nelle funzioni delegate al Ministero solo dal 1.4.2007 e quindi in epoca successiva alla proposizione del ricorso , nonché per mancata presentazione di domanda amministrativa di pensione o comunque di benefici ex L. 388/2000.

L'appellata si è costituita e evidenziava l'infondatezza delle eccezioni dell'Inps che, dopo la sentenza del Tribunale di Pavia, a seguito della relativa domanda ha concesso il beneficio di cui alla legge citata.

Anche il Ministero si è costituito e ha rilevato che il tribunale ha correttamente emanato una pronuncia meramente accertativa del diritto di B. a fruire del bonus, a fronte della domanda di condanna proposta nei confronti dell'INPS. Infatti il c.d. bonus contributivo consiste nella mera applicazione di un determinato regime previdenziale agevolato, la cui mancata domanda all'istituto previdenziale comporta la inammissibilità del ricorso di B.. Ha quindi chiesto, in via di appello incidentale la riforma della sentenza sul punto.

L'ASL è rimasta contumace.

Questa Corte ritiene che la sentenza vada parzialmente riformata osservando, innanzi tutto che, come risulta dalle conclusioni di cui al ricorso introduttivo, B. ha proposto due domande autonome : una di accertamento dello stato di invalidità nella misura del 75%, l'altra di condanna dell'INPS, quale ente erogatore a corrispondere il bonus contributivo ai fini pensionistici.

Non trattandosi di un beneficio assistenziale ma piuttosto di un beneficio connesso al trattamento previdenziale è evidente la sussistenza della legittimazione dell'Inps ma, come giustamente affermato dalla difesa dell'istituto, nessuna domanda amministrativa tesa ad ottenere il beneficio in questione è mai stata rivolta all'INPS e il fatto che non sussistesse il requisito sanitario non è all'evidenza ragione sufficiente per avviare al difetto di una condizione dell'azione ricavabile dall'art. 80 cit. secondo cui il beneficio previdenziale è attribuito a richiesta dell'interessato.

È conseguente il rigetto nel merito della domanda.

La mancanza di motivi di impugnazione in ordine alla accertata invalidità comporta la conferma della sentenza sul punto nonché in relazione al regolamento delle spese del primo grado.

Spese del grado compensate tra tutte le parti atteso l'esito della lite.

(*Omissis*)

Contributi - Cartella di pagamento - Società cooperativa - Soci - Non raggiunta prova della natura subordinata delle prestazioni di lavoro - Domanda subordinata di debenza contribuzione ex L. 335/1995 per lavoro coordinato - Accoglimento.

Corte di Appello di Milano - 24.07.2009 n. 654 - Pres. Dott. Salmeri - Rel. Castellini - INPS (Avv. ti Mogavero, Guerrera) - Il G. coop. a r l. (Avv. Borsani).

In un giudizio di opposizione a cartella di pagamento nel quale si sia dedotta, in relazione alle prestazioni dei soci, in principalità, la domanda di conferma del credito contributivo per lavoro subordinato e, in via subordinata, sia svolta domanda di accertamento della debenza della contribuzione ex L. 335/1995 per rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, quest'ultima può essere accolta, anche senza necessità di apposita domanda riconvenzionale, con conseguente declaratoria di debenza dei relativi importi.

FATTO E DIRITTO - Deve essere parzialmente riformata la sentenza del Tribunale di Como che, pronunciando prima mediante sentenza parziale (in senso proprio, avendo risolto anticipatamente alcune questioni processuali e di merito oltre a disporre l'istruttoria per il prosieguo, spezzando la materia del contendere in più parti, secondo l'uso invalso nel codice previgente mentre l'attuale codice di procedura prevede solo la possibilità di sentenze non definitive) e poi con sentenza definitiva (nella quale ha deciso le restanti questioni di merito), sul ricorso della società cooperativa sociale di servizi Il G. in opposizione ad una cartella esattoriale emessa su istanza dell'INPS, fondata su un verbale di accertamento del 28 marzo 2003 (sembra senza avere svolto particolari indagini), relativa a contributi previdenziali obbligatori riguardanti 330 soci della cooperativa che avrebbero svolto lavoro subordinato nel periodo dal 1° febbraio 1997 al 30 aprile 2002, il primo giudice, con la prima sentenza, respinta l'eccezione di inammissibilità della domanda riconvenzionale proposta dalla società, ha dichiarato non dovuti i contributi, rilevando la mancanza della domanda dell'Inps di accertamento del lavoro subordinato, la nullità della cartella esattoriale in questione e, dopo avere ammesso l'istruttoria sulla domanda subordinata dell'INPS, esperita l'istruttoria, nella sentenza definitiva ha riconosciuto il valore interruttivo della prescrizione del verbale di ispezione, accertato che i soci della cooperativa avevano svolto attività coordinata e continuativa in una data misura e con un certo compenso, dichiarando la cooperativa tenuta alla contribuzione previdenziale per tali soci, compensando le spese processuali.

Lamenta giustamente l'appellante INPS che il primo giudice, pur avendo respinto l'eccezione di inammissibilità della domanda riconvenzionale circa la sussistenza del credito contributivo - in realtà non necessaria, trattandosi della stessa domanda introdotta con l'ingiunzione - abbia poi ritenuto, contraddittoriamente, che la relativa domanda di

accertamento dell'esistenza di rapporti di lavoro subordinato con i soci non fosse stata espressa nelle conclusioni e ha criticato il modo di assunzione dei testimoni. In realtà tuttavia il primo giudice (ancorché con il metodo singolare proprio del giudice comasco) ha dato ugualmente sfogo alla relativa istruttoria con i testi indicati dall'Inps, sia pure in relazione alla domanda subordinata di accertamento di rapporti di parasubordinazione.

L'accertamento positivo di quest'ultima situazione vale quindi a negare l'esistenza della *locatio operarum*, ricorrendo invece la *locatio operis* (per esprimersi con il linguaggio del primo giudice).

Invero i testi hanno confermato, oltre alla modestia dei compensi percepiti, l'occasionalità delle prestazioni assistenziali, pur se ricorrenti, e il grado di autonomia che le caratterizzava, in quanto evidentemente non richiedevano direttive da parte della società.

Quest'ultima disponeva infatti di un gruppo di 14 lavoratori subordinati (regolarmente inquadrati anche sotto il profilo contributivo), mentre per il lavoro infermieristico estemporaneo si avvaleva dell'opera di molti altri soci che intervenivano con mezzi propri in caso di necessità, recandosi al domicilio dei pazienti in orari diurni o notturni, liberamente scelti. Lo stesso numero rilevante dei soci rende evidente che non poteva trattarsi di lavoratori subordinati, ma di autonomi che si avvicendavano a seconda delle emergenze, taluni con maggiore frequenza altri sporadicamente.

La giurisprudenza di legittimità (richiamata anche dal primo giudice) ha ormai chiarito che anche per i rapporti societari svoltisi sotto il vigore del r.d. n. 1422 del 1924, il sistema debba essere interpretato alla luce della successiva evoluzione legislativa, a partire dall'art. 45 Cost. e fino alle leggi successive che rispecchiano i mutamenti economici intervenuti negli ultimi ottant'anni nel settore delle imprese cooperative nonché il necessario ampliamento della tutela previdenziale che l'art. 38 comma 2° Cost. garantisce senza distinzione a tutti i lavoratori, onde il reale contenuto delle norme citate debba essere condotto sulla base degli orientamenti più vicini quali la legge n. 142 del 2001, che non valgono solo *de futuro*, ma anche per dissipare le incertezze interpretative generate col passare del tempo dall'art. 2°, comma 3° r.d. n. 1422 del 1924. Ne consegue che all'interno dell'organizzazione societaria è dato rinvenire, ora come allora, insieme al contratto di partecipazione alla comunità, quello commutativo del lavoro subordinato, ma la *factio iuris* di assimilare a questo regime ogni specie di rapporto di lavoro costituisce una forzatura, mentre l'attuale normativa permette di affiancare al rapporto associativo quello di lavoro subordinato, autonomo o d'altro genere, compreso quello parasubordinato, connettendo la contribuzione previdenziale ai diversi tipi contrattuali lavoristici (cfr Cass. SU 26 luglio 2004, n. 13967(1), seguita da Cass. 6 giugno 2007, n. 13278, mentre la recente Cass. 8 gennaio 2009, n. 164, invocata dall'appellante, in quanto sembra discostarsi da tale consolidato indirizzo, non può costituire un significativo precedente). Semmai la norma avrebbe inteso statuire una sorta di presunzione semplice, superabile dalla prova contraria.

Può quindi accogliersi la domanda subordinata dell'Inps per assoggettare i soci della cooperativa sociale, che svolgono le mansioni più diverse, legati da rapporti di coordinazione, in relazione ai compensi percepiti, alla relativa contribuzione a sensi di legge e non già secondo i singolari criteri indicati dal primo giudice.

Mentre merita conferma la sentenza cd parziale, in assenza di appello incidentale, oltre che per le questioni di indole processuale risolte anche per l'annullamento della cartella che si basava sulla natura subordinata dei rapporti, deve invece modificarsi quella definitiva nella parte in cui limita l'obbligo di contribuzione a criteri impropri, sussistendo l'obbligazione contributiva senza limite quantitativo alcuno. Come precisa l'INPS, la Cooperativa dovrà regolarizzare alla gestione separata per tutti i periodi lavorativi successivi al 1° aprile 1996 (data di entrata in vigore della legge 335/1995), nella misura che l'ente si riserva di determinare.

Stante la reciproca soccombenza, oltre alla stessa incertezza della situazione di fatto, possono dichiararsi compensate le spese dei gradi.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 637

Contributi – Aliquote contributi di maternità – Settore trasporti – Personale che ha mantenuto l'iscrizione all'Inpdap - Riduzione ex art. 78, comma 1, D.Lgs. n. 151/2000 – Non spetta.

Corte di Appello di Roma – 04.11.2009 n. 830 – Pres. Blasutto – Rel. Selmi – A.T. S.p.A. (Avv.ti Maresca, Grassi) – INPS (Avv. Ingala).

Le società per azioni, già imprese pubbliche esercenti un pubblico servizio di trasporto, in relazione ai propri dipendenti che abbiano optato per il mantenimento della iscrizione all'Inpdap non possono fruire delle agevolazioni previste dall'art. 78 D.Lgs. n.151/2000 per la contribuzione di maternità, posto che con riguardo ad essi non si applica l'elevazione della aliquota contributiva dovuta per il finanziamento del F. P. L. D. ex lege n. 335/1995, e quindi non si realizza la necessaria correlazione tra riduzione del contributo di maternità ed aumento del contributo al F.P.L.D.

FATTO – Con ricorso depositato in data 15.2.2004 la società A. T. s.p.a. conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Roma in funzione di Giudice del lavoro, l'INPS al fine di far accertare e dichiarare, a decorrere dal 31.12.1999, la sua assoggettabilità alla contribuzione per maternità con l'aliquota ridotta dello 0,46%, assolvendo conseguentemente la società ricorrente da ogni e qualsiasi pretesa avanzata nei suoi confronti dall'Inps.

Chiedeva inoltre la condanna dell'ente convenuto alla restituzione di quanto indebitamente versato dalla società ricorrente a tale titolo fino al mese di ottobre 2003 nella

misura indicata nel ricorso, oltre accessori di legge. In via subordinata chiedeva il conguaglio di tali somme con la contribuzione dovuta per il futuro.

A fondamento di tali domande esponeva quanto segue:

- che l'art. 3 comma 23 della legge n. 335/1995 aveva previsto, a decorrere dall'1.1.1996, l'elevazione al 32% della aliquota contributiva di finanziamento dovuta al fondo pensioni lavoratori dipendenti e la contestuale riduzione delle aliquote contributive di finanziamento per le prestazioni temporanee a carico della gestione di cui all'art. 24 legge n. 88/1989 (tra cui rientravano quelle oggetto della presente controversia). Riduzione che veniva successivamente disposta con D.M. 21.2.1996:

- che l'art. 49 legge n. 488/1999, poi recepito nell'art. 78 t.u. sulla tutela della maternità e della paternità (D. Lgs. N. 151/2000) aveva disposto, a decorrere dal 1.7.2000, la riduzione per gli anni fino al 2001 degli oneri contributivi per maternità a carico dei datori nella misura dello 0,20%;

- che l'art. 79 t.u. n. 151/2000 aveva stabilito in modo uniforme la misura della contribuzione per tutti i dipendenti pubblici e privati senza operare distinzione sulla base dei regimi pensionistici di appartenenza;

- che per il settore dell'industria, a cui apparteneva la società ricorrente, l'aliquota contributiva per maternità era stata fissata nella misura dello 0,46%;

- che tale riduzione di aliquota doveva applicarsi anche ai dipendenti della società ricorrente che, ai sensi dell'art. 5, primo comma, della legge n. 274/1991, avevano optato per il mantenimento dell'iscrizione all'Inpdap, atteso che gli stessi non costituivano una categoria di lavoratori iscritti a regimi pensionistici diversi dal Fondo istituito presso l'Inps ai sensi del DM 21.2.96, bensì un "accorpamento di lavoratori provenienti da categoria diversa";

- che a fronte di una diversa interpretazione dovevano ritenersi illegittimi, per violazione dell'art. 3 Cost., sia l'art. 79 del D.lgs n. 151 del 26/3/2001, sia l'art. 3 comma 23 legge n. 335/1995;

- che erroneamente la società ricorrente aveva quindi versato, relativamente a tali dipendenti, il contributo per la maternità con la superiore aliquota dell' 1,03%.

L'Inps si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto della domanda perché infondata.

Con la sentenza impugnata, emessa all'esito di una causa istruita solo documentalmente, il Tribunale rigettava il ricorso compensando le spese di lite.

Avverso tale sentenza la società A.T. s.p.a. presentava appello, contestando l'erroneità della stessa nella parte in cui non aveva tenuto in considerazione, ai fini della decisione, la disciplina introdotta con il t.u. sulla tutela della maternità e della paternità (d.lgs. n. 151/2001).

Censurava inoltre la soluzione interpretativa seguita dal Tribunale sostenendo che:

1) i dipendenti che avevano optato individualmente per il mantenimento dell'iscrizione all'INPDAP ai sensi della legge n. 274 del 1991, art. 5, primo comma, non costituiscono una "categoria di lavoratori" iscritti a regimi pensionistici diversi dal Fondo istituito presso l'INPS ai sensi del D.M. 21.2.1996 (decreto che stabilisce che "le riduzioni di cui all'art 1, comma 5, non trovano applicazione per le categoria iscritte a regimi pensionistici obbligatori diversi dal Fondo pensioni lavoratori dipendenti") ed infatti,

“pur sussistendo l’opzione per la prosecuzione dell’iscrizione all’INPDAP, i contributi per gli assegni familiari vengono versati alla Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti istituita presso l’INPS dall’art. 24, legge 9 marzo 1989 n. 88” (ric. app.);

2) una diversa interpretazione renderebbe l’art. 3, comma 23 della legge n. 335 del 1995 affetta da vizio di illegittimità costituzionale, in quanto in contrasto con l’art. 3 Cost.

Insisteva pertanto per l’accoglimento delle domande avanzate in primo grado.

L’Inps si costituiva in giudizio sostenendo l’infondatezza dell’appello chiedendone il rigetto.

All’odierna udienza, successivamente al deposito di note autorizzate da parte di entrambe le parti, la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO - L’appello deve essere respinto.

Si osserva preliminarmente che, così come si evince dal contenuto del ricorso di primo grado e dalle allegazioni poste a suo fondamento, l’oggetto della presente controversia è costituito esclusivamente dalla sussistenza del diritto della società odierna appellante a vedersi applicata, relativamente alla contribuzione per maternità, l’aliquota dello 0,46% prevista dal combinato disposto degli art. 78, comma 1, e 79, comma 1, lett. a) della l. n. 151/2000.

Questo relativamente al personale della società appellante che, avvalendosi della facoltà prevista dall’art. 5, comma 1, della l. n. 274/1991, ha optato per il mantenimento dell’iscrizione all’INPDAP.

La società A.T. sostiene che le aliquote contributive dovute per tali lavoratori devono essere armonizzate con quelle applicate agli altri dipendenti, in quanto sia per gli uni che per gli altri viene versata la contribuzione alla medesima gestione dell’INPS; ciò consentirebbe di ritenere che i lavoratori optanti non costituiscano una “categoria di lavoratori iscritti a regimi pensionistici diversi dal Fpld” istituito presso l’INPS e che, pertanto, non sia giustificata l’esclusione della relativa contribuzione dalla riduzione dell’aliquota a norma del D.M. 21.2.1996.

In altri termini, il fatto che anche per i dipendenti optanti per il regime INPDAP i contributi oggetto di controversia vengano comunque versati, al pari di quanto avviene per i lavoratori iscritti al Fpld, alla Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti istituita presso l’INPS dall’art. 24 legge n. 88/1989, escluderebbe - ad avviso dell’appellante - la possibilità di considerare gli stessi appartenenti ad una “categoria di lavoratori” diversa da quella degli iscritti al Fondo pensioni lavoratori dipendenti.

L’argomento è privo di pregio.

Il fatto che la contribuzione oggetto di controversia sia versata dalla società appellante, indifferentemente per tutti i dipendenti, alla medesima Gestione prestazioni temporanee istituita presso l’INPS dall’art. 24 legge n. 88/1989 non consente di inferire che anche i lavoratori che hanno optato per il regime pensionistico INPDAP possiedano lo status di iscritto al Fondo pensioni lavoratori dipendenti, costituente il presupposto per beneficiare della riduzione dell’aliquota CUA di cui si discute.

L’art. 3, comma 23 della legge n. 335/1995 (c.d. riforma Dini), prevede che “CON EFFETTO DAL 1 GENNAIO 1996, L’ALiquota CONTRIBUTIVA DI FINANZIAMEN-

TO DOVUTA A FAVORE DEL FONDO PENSIONI LAVORATORI DIPENDENTI È ELEVATA AL 32 PER CENTO CON CONTESTUALE RIDUZIONE DELLE ALIQUOTE CONTRIBUTIVE DI FINANZIAMENTO PER LE PRESTAZIONI TEMPORANEE A CARICO DELLA GESTIONE DI CUI ALL'ARTICOLO 24 DELLA LEGGE 9 MARZO 1989, N. 88 PROCEDENDO PRIORITARIAMENTE ALLA RIDUZIONE DELLE ALIQUOTE DIVERSE DA QUELLE DI FINANZIAMENTO DELL'ASSEGNO PER IL NUCLEO FAMILIARE, FINO A CONCORRENZA DELL'IMPORTO FINANZIARIO CONSEGUENTE ALLA PREDETTA ELEVAZIONE....”

La norma, nel prevedere l'aumento dell'aliquota contributiva di finanziamento dovuta al Fondo pensioni lavoratori dipendenti, introduce la “contestuale riduzione delle aliquote contributive di finanziamento per le prestazioni temporanee a carico della gestione di cui all'articolo 24 della legge 9 marzo 1989, n 88...”, demandando poi ad un apposito decreto ministeriale l'adozione delle misure di adeguamento.

Con l'uso della locuzione “...contestuale riduzione...”, il legislatore ha stabilito una evidente correlazione tra aumento della aliquota pensionistica (IVS) dovuta al Fondo pensioni lavoratori dipendenti (Fpld) e riduzione delle aliquote contributive per le prestazioni temporanee, tra cui la contribuzione per maternità. La ratio della disposizione è quella, indicata nella sentenza impugnata, di cercare di aumentare le entrate a copertura della spesa per prestazioni pensionistiche senza aumentare il costo del lavoro, introducendo una contestuale riduzione di aliquote per le prestazioni temporanee.

La previsione di cui al D.M. 21.2.1996, secondo cui “le riduzioni...non trovano applicazione per le categorie iscritte a regimi pensionistici obbligatori diversi dal Fondo pensioni lavoratori dipendenti”, nel ribadire la correlazione tra la riduzione delle aliquote contributive per le prestazioni temporanee e la limitazione del beneficio ai soli lavoratori iscritti al Fondo pensione lavoratori dipendenti (Fpld), non costituisce altro che la specificazione di un principio già contenuto nell'art. 3, comma 23, cit.; l'esclusione ivi prevista (per le “categorie iscritte...”) deve intendersi riferita alla “categoria di lavoratori iscritti a regimi pensionistici obbligatori diversi dal Fpld...”.

Appare poi un artificio nominalistico intendere i lavoratori optanti per il mantenimento dell'iscrizione all'INPDAP ai sensi della legge n. 274/1991 non come una “categoria di lavoratori”, ma come un “accorpamento di lavoratori provenienti da categoria diversa”. Non si vede, infatti, come tali lavoratori possano considerarsi comunque iscritti presso il Fondo pensioni lavoratori dipendenti, iscrizione che costituisce - come si è detto - il presupposto previsto dalla normativa di legge per l'operatività della riduzione dell'aliquota in questione.

Né tale interpretazione rende la norma passibile di dubbi di costituzionalità, in quanto - come correttamente osservato dal primo Giudice (senza peraltro che in sede di appello la società abbia opposto alla motivazione della sentenza specifici argomenti, limitandosi alla mera ed apodittica riproposizione della censura di illegittimità costituzionale) - la norma citata lega la diminuzione delle contribuzioni minori a compensazione dell'aumento dell'aliquota contributiva nel Fpld, in una “logica di sistema che tende ad aumentare le risorse contributive degli iscritti al fondo pensioni lavoratori dipendenti, senza far pesare tale azione sulle imprese, attraverso un aggravio del costo del lavoro”.

Non può reputarsi meritevole di accoglimento nemmeno il motivo di appello fondato sulla omessa considerazione da parte del Tribunale del combinato disposto degli artt. 78, comma 1, e 79, lett. a) del t.u. n. 151/2000 (in cui sono trasfusi gli artt. 49, commi 1 e 4, della l. n. 488/1999 e 21 della l. n. 1204/1971) nella parte in cui ha ridotto, per gli anni successivi al 2001, nella misura dello 0,20% gli oneri contributivi per maternità (art. 78) e stabilito, per il settore della industria (riconducibile, secondo tale parte, all'attività esercitata dalla società appellante), l'aliquota contributiva unica dello 0,46% (art. 79 lett. a).

Sul punto assume valore pienamente assorbente la considerazione che tale normativa non può reputarsi applicabile ai lavoratori che, per loro scelta, abbiano conservato l'iscrizione all'INPDAP.

L'art. 79 t.u. n. 151/2001 limita infatti espressamente l'applicabilità delle aliquote contributive ivi previste ai lavoratori del solo settore privato ("...lavoratori con rapporto di lavoro subordinato privato...") manifestando così l'intenzione di limitare l'ambito applicativo di tale disposizione ai soli fondi pensionistici dell'Inps ed escludendo i regimi pensionistici del settore pubblico (nel quale sono riconducibili, limitatamente alla loro posizione previdenziale, i dipendenti della società appellante che per loro scelta hanno mantenuto l'iscrizione all'INPDAP).

Sotto altro profilo si osserva che la riduzione prevista dall'art. 78, comma 1 (di cui le aliquote previste al successivo art. 79, comma 1, t.u. costituiscono dichiaratamente l'attuazione) è espressamente subordinata, dallo stesso art. 78, comma 1, all'adozione dei decreti di cui al comma 2 dell'articolo 49 della legge 23 dicembre 1999 n. 488 (e cioè ad un decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri avente lo scopo della copertura finanziaria dell'onere), provvedimento che nel presente caso di specie risulta non essere stato emesso.

Il mancato verificarsi di tale necessario presupposto esclude qualsiasi possibilità di applicazione analogica od estensiva dei benefici contributivi previsti dalla norma in questione (in ordine all'inapplicabilità ai lavoratori iscritti all'INPDAP dei benefici contributivi previsti dall'art. 78, comma 1, e 79, comma 1, del t.u. n. 151/2001 cfr. parere C.D.S. - Sezione Seconda - n. 84 del 14.1.2004, prodotto dall'INPS come all. n. 1 del fascicolo di appello).

Deve infine osservarsi che non vale a mutare le conclusioni precedentemente effettuate il fatto che la l. n. 662/1996 (art. 1, comma 238) ha sancito, a decorrere dal dicembre 1996, l'elevazione anche dell'aliquota pensionistica del settore pubblico (INPDAP, CPDEL, Cassa per le pensioni ai sanitari, Cassa per le pensioni agli insegnanti di asilo e di scuole elementari parificate e Cassa per le pensioni agli ufficiali giudiziari).

Anche a volere prescindere dalla inammissibilità di tale allegazione (in quanto tardivamente effettuata dalla società appellante, per la prima volta, solo in sede di note autorizzate presentate nel corso del presente giudizio di appello) si osserva che una tale disposizione appare anzi significativa della volontà del legislatore di regolare diversamente la disciplina degli obblighi di contribuzione relativi al lavoro pubblico.

In tale sede il legislatore non solo non ha disposto, a fronte dell'aggravio dell'aliquota pensionistica, alcuna contestuale riduzione delle aliquote relative alle contribuzioni minori ma ha anche previsto un aumento della contribuzione sensibilmente inferiore

rispetto a quello previsto dall'art. 3, comma 23, della l. n. 335/1995 per il fondo pensioni lavoratori dipendenti (23,80% rispetto a 32%), introducendo una disciplina normativa completamente diversa e rendendo così sostanzialmente non paragonabili i due quadri normativi di riferimento (art. 1, comma 238: "A DECORRERE DAL PERIODO DI PAGA IN CORSO AL 1° DICEMBRE 1996 IL CONTRIBUTO A CARICO DEGLI ENTI DATORI DI LAVORO DEGLI ISCRITTI ALL'ISTITUTO NAZIONALE DI PREVIDENZA PER I DIPENDENTI DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA, GESTIONI CASSA PER LE PENSIONI AI DIPENDENTI DEGLI ENTI LOCALI, CASSA PER LE PENSIONI AI SANITARI, CASSA PER LE PENSIONI AGLI INSEGNANTI DI ASILO E DI SCUOLE ELEMENTARI PARIFICATE E CASSA PER LE PENSIONI AGLI UFFICIALI GIUDIZIARI È ELEVATO AL 23,80 PER CENTO DELLA RETRIBUZIONE IMPONIBILE").

Per tali assorbenti motivi, la sentenza impugnata va confermata, con rigetto dell'appello e compensazione della spese di lite, stante la novità delle questioni oggetto del contendere e la non agevole interpretabilità della normativa di riferimento.

(Omissis)

Contributi – Aliquote contributi CUAFF – Settore elettrico - Personale che ha mantenuto l'iscrizione all'Inpdap - Riduzione ex L.n. 338/2000 – Non spetta.

Corte di Appello di Roma – 17.11.2009 n. 820 – Pres. Blasutto – Rel. Panariello – A. S.p.A. (Avv.ti Maresca, Grassi) – INPS (Avv. Ingala).

Le società per azioni, già imprese pubbliche esercenti un pubblico servizio, in relazione ai propri dipendenti che abbiano optato per il mantenimento della iscrizione all'Inpdap, non possono fruire delle agevolazioni previste dall'art. 120 L. n. 338/2000 per la contribuzione CUAFF, posto che con riguardo ad essi non si applica l'elevazione -ex art. 3 comma 23 legge n. 335/1995- della aliquota contributiva dovuta per il finanziamento del F.P.L.D., quindi non si realizza la necessaria correlazione tra riduzione del contributo CUAFF ed aumento del contributo F.P.L.D.

FATTO. Con due distinti ricorsi depositati e ritualmente notificati, A. Energia spa e A. Elettricità spa esponevano che:

- l'art. 3, co. 23, L. n. 335/1995 aveva previsto dall'01/01/1996 l'elevazione al 32% dell'aliquota contributiva di finanziamento dovuta al fondo Pensioni lavoratori dipendenti, con contestuale riduzione delle aliquote contributive di finanziamento per le prestazioni temporanee a carico della gestione di cui all'art. 24 L. n. 88/1989;

- con D.M. 21/02/1996 era stata disposta la riduzione delle aliquote contributive per il finanziamento dell'assegno per il nucleo familiare nei vari settori;
- successivamente l'art. 120 L. n. 338/2000 aveva previsto una riduzione degli oneri sociali, da realizzarsi mediante un esonero dal versamento della contribuzione per assegno per il nucleo familiare dovuta dai datori di lavoro, di ammontare differenziato in relazione alle varie ipotesi previste (0,80% ovvero 0,40% per le aziende operanti in settori per i quali l'aliquota contributiva per il nucleo familiare era dovuta in misura inferiore a 0,80%);
- in applicazione di tale disposizione essa era tenuta al versamento del CUAF (contributo unificato per assegni familiari) con aliquota del 2,48% ridotta all'1,60% dal 1 febbraio 2001;
- erroneamente l'INPS non riteneva applicabile tale riduzione ai dipendenti delle ricorrenti che avevano optato per il mantenimento dell'iscrizione all'INPDAP ai sensi della legge n. 274/1991;
- tale riduzione, invece, spettava pure in relazione a tali dipendenti, in quanto essi non costituivano una categoria di lavoratori iscritti a regimi pensionistici diversi dal fondo istituito presso l'INPS ai sensi del D.M. 21/02/1996, bensì un "accorpamento di lavoratori provenienti da categoria diversa";
- qualora fosse stata esatta l'interpretazione dell'INPS, l'art. 3, co. 23, L. n. 335/1995 doveva ritenersi in contrasto con l'art. 3 Cost.

Pertanto adivano il Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, per ottenere l'accertamento che esse società erano assoggettabili ad aliquota CUAF del 2,48% ridotta all'1,60% dal 01/02/2001, anziché del 6,20%, e per l'effetto il rigetto di ogni diversa pretesa dell'INPS nei suoi confronti a tale titolo.

Costituitosi in giudizio, l'INPS contestava la fondatezza della domanda, di cui chiedeva il rigetto.

In particolare richiamava la circolare della Direzione Centrale delle Entrate Contributive n. 52 del 06/03/2001, ai sensi della quale la ricorrente era tenuta al versamento del contributo CUAF del 6,20% con esonero dello 0,80% in base all'art. 120 L. n. 338/2000.

Il Tribunale di Roma, con due distinte sentenze (nn. 16178 e 16181) del 27/09/2004, rigettava la domanda.

Avverso tali decisioni la A.spa in qualità di mandataria di A. Eletticità spa (anche quale incorporante di A.Energia spa) proponeva un unico tempestivo appello con ricorso depositato presso questa Corte in data 27/09/2005. L'appellante censurava la sentenza impugnata, riproponendo le argomentazioni in diritto già articolate in primo grado.

Quindi concludeva per la riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento della domanda avanzata con il ricorso introduttivo.

Costituitosi in giudizio, l'INPS contestava la fondatezza dei motivi di gravame, di cui chiedeva il rigetto.

Concesse note difensive, mutato (a decorrere dal 29/09/2008) il relatore originariamente designato, all'udienza odierna la Corte ha deciso la causa come da dispositivo, di cui ha dato pubblica e contestuale lettura.

DIRITTO L'appello è infondato e va pertanto rigettato.

Va premesso che il Tribunale ha fondato la sua decisione sulle seguenti ragioni:

a) con la trasformazione delle imprese pubbliche esercenti pubblici servizi in società per azioni, il legislatore, con la legge n. 274/1991, ha concesso al personale dipendente la facoltà di restare iscritto all'INPDAP, al fine di tutelare tali dipendenti, dal momento che i due sistemi pensionistici (INPS e INPDAP) differivano in maniera sostanziale, quanto ai requisiti di accesso alle prestazioni, quanto al calcolo delle prestazioni, quanto alle percentuali di contribuzione da versare;

b) la riforma Dini (L. n. 335/1995) elevò l'aliquota contributiva pensionistica al 32%, ma per evitare un aumento del costo del lavoro prevede la riduzione delle aliquote contributive per le prestazioni temporanee; così il decreto attuativo (D.M. 21/02/1996) si riferisce ai lavoratori iscritti all'INPS a fini pensionistici, per l'evidente correlazione fra riduzione dell'aliquota CUAFF e aumento della IVS (aliquota pensionistica generale) al 32% dovuta all'INPS;

c) per il personale iscritto all'INPDAP il legislatore del 1995 nulla ha previsto al riguardo, né appare convincente la tesi dell'azienda, secondo cui si tratterebbe di "accorpamento di lavoratori provenienti da categoria diversa", in quanto, più che provenire da diversa categoria, sono rimasti lavoratori iscritti all'INPDAP come erano prima della privatizzazione dell'azienda;

d) le questioni di legittimità costituzionale sono infondate, atteso che la norma lega la riduzione delle contribuzioni minori all'aumento dell'aliquota contributiva del fondo pensioni lavoratori dipendenti iscritti all'INPS, in una logica di sistema che mira ad aumentare le risorse contributive degli iscritti a tale fondo senza determinare un aggravio del costo del lavoro per le imprese.

L'oggetto della presente controversia è costituito dalla sussistenza del diritto della società odierna appellante a vedersi applicata, relativamente alla contribuzione CUAFF (*id est* contributo unificato per assegni familiari), l'art. 120 L. n. 338/2000, che ha previsto una riduzione degli oneri sociali, da realizzarsi mediante un esonero dal versamento della contribuzione per assegno per il nucleo familiare dovuta dai datori di lavoro, di ammontare differenziato in relazione alle varie ipotesi previste (0,80% ovvero 0,40% per le aziende operanti in settori per i quali l'aliquota contributiva per il nucleo familiare era dovuta in misura inferiore a 0,80%), con conseguente suo obbligo al versamento di tale contributo secondo l'aliquota del 2,48% ridotta all'1,60% dal 1° febbraio 2001, relativamente al personale della società appellante che, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 5, comma 1, della l. n. 274/1991, ha optato per il mantenimento dell'iscrizione all'INPDAP.

La società appellante sostiene che le aliquote contributive dovute per tali lavoratori devono essere armonizzate con quelle applicate agli altri dipendenti, in quanto sia per gli uni che per gli altri viene versata la contribuzione alla medesima gestione dell'INPS; ciò consentirebbe di ritenere che i lavoratori optanti non costituiscano una "categoria di lavoratori iscritti a regimi pensionistici diversi dal Fpld" (*id est* fondo pensione lavoratori dipendenti) istituito presso l'INPS e che, pertanto, non sia giustificata l'esclusione della relativa contribuzione dalla riduzione dell'aliquota a norma del D.M. 21.2.1996.

In altri termini, il fatto che anche per i dipendenti optanti per il regime INPDAP i contributi oggetto di controversia vengano comunque versati, al pari di quanto avviene per i lavoratori iscritti al Fpld, alla Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti istituita presso l'INPS dall'art. 24 legge n. 88/1989, escluderebbe - ad avviso dell'appellante - la possibilità di considerare gli stessi appartenenti ad una "categoria di

lavoratori” diversa da quella degli iscritti al Fondo pensioni lavoratori dipendenti.

L’argomento è privo di pregio.

Il fatto che la contribuzione oggetto di controversia sia versata dalla società appellante, indifferentemente per tutti i dipendenti, alla medesima Gestione prestazioni temporanee istituita presso l’INPS dall’art. 24 legge n. 88/1989 non consente di inferire che anche i lavoratori che hanno optato per il regime pensionistico INPDAP possiedano lo status di iscritto al Fondo pensioni lavoratori dipendenti, costituente il presupposto per beneficiare della riduzione dell’aliquota CUAFF di cui si discute.

L’art. 3, comma 23 della legge n. 335/1995 (c.d. riforma Dini), prevede: “Con effetto dal 1 gennaio 1996, l’aliquota contributiva di finanziamento dovuta a favore del fondo pensioni lavoratori dipendenti è elevata al 32 per cento con contestuale riduzione delle aliquote contributive di finanziamento per le prestazioni temporanee a carico della gestione di cui all’articolo 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88 procedendo prioritariamente alla riduzione delle aliquote diverse da quelle di finanziamento dell’assegno per il nucleo familiare, fino a concorrenza dell’importo finanziario conseguente alla predetta elevazione ...”.

La norma, nel prevedere l’aumento dell’aliquota contributiva di finanziamento dovuta al Fondo pensioni lavoratori dipendenti, introduce la “contestuale riduzione delle aliquote contributive di finanziamento per le prestazioni temporanee a carico della gestione di cui all’articolo 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88...”, demandando poi ad un apposito decreto ministeriale l’adozione delle misure di adeguamento.

Con l’uso della locuzione “... contestuale riduzione ...” il legislatore ha stabilito una evidente correlazione tra aumento della aliquota pensionistica (IVS) dovuta al Fondo pensioni lavoratori dipendenti (Fpld) e riduzione delle aliquote contributive per le prestazioni temporanee, tra cui la contribuzione per maternità. La ratio della disposizione è quella, indicata nella sentenza impugnata, di cercare di aumentare le entrate a copertura della spesa per prestazioni pensionistiche senza aumentare il costo del lavoro, introducendo una contestuale riduzione di aliquote per le prestazioni temporanee.

La previsione di cui al D.M. 21.2.1996, secondo cui “le riduzioni ... non trovano applicazione per le categorie iscritte a regimi pensionistici obbligatori diversi dal Fondo pensioni lavoratori dipendenti”, nel ribadire la correlazione tra la riduzione delle aliquote contributive per le prestazioni temporanee e la limitazione del beneficio ai soli lavoratori iscritti al Fondo pensione lavoratori dipendenti (Fpld), non costituisce altro che la specificazione di un principio già contenuto nell’art. 3, comma 23, cit.; l’esclusione ivi prevista (per le “categorie iscritte...”) deve intendersi riferita alla “categoria di lavoratori iscritti a regimi pensionistici obbligatori diversi dal Fpld ...”.

Appare poi un artificio nominalistico intendere i lavoratori optanti per il mantenimento dell’iscrizione all’INPDAP ai sensi della legge n. 274/1991 non come una “categoria di lavoratori,” ma come un “accorpamento di lavoratori provenienti da categoria diversa”. Non si vede, infatti, come tali lavoratori possano considerarsi comunque iscritti presso il Fondo pensioni lavoratori dipendenti, iscrizione che costituisce - come si è detto - il presupposto previsto dalla normativa di legge per l’operatività della riduzione dell’aliquota in questione.

Né tale interpretazione rende la norma passibile di dubbi di costituzionalità, in quanto - come correttamente osservato dal primo Giudice (senza peraltro che in sede di

appello la società abbia opposto alla motivazione della sentenza specifici argomenti, limitandosi alla mera ed apodittica riproposizione della censura di illegittimità costituzionale) - la norma citata lega la diminuzione delle contribuzioni minori a compensazione dell'aumento dell'aliquota contributiva nel Fpld, in una "logica di sistema che tende ad aumentare le risorse contributive degli iscritti al fondo pensioni lavoratori dipendenti, senza far pesare tale azione sulle imprese, attraverso un aggravio del costo del lavoro".

Infine non può essere condivisa la doglianza dell'appellante, secondo cui il Tribunale avrebbe omissis ogni considerazione dell'appartenenza delle aziende al primo settore di attività di cui alla tabella INPS allegata alla circolare n. 52 del 06/03/2001, che si riferisce ad "aziende industriali in genere comprese le aziende di pubblici servizi di trasporto, elettriche, telefoniche, marittime e di navigazione aerea", per le quali è prevista l'aliquota del 2,48% poi ridotta con esonero dell' 0,80%. Secondo l'appellante, questo suo diritto non può essere vanificato dalle opzioni individuali di alcuni dipendenti di restare iscritti all'INPDAP ex art. 5, co. 1°, L. n. 274/1991.

La censura non merita accoglimento.

Va infatti evidenziato che, il Tribunale ha spiegato il collegamento fra riduzione e aumento e poiché tale aumento non vale per i dipendenti in questione, correlativamente l'azienda non può pretendere la riduzione rispetto a tali lavoratori. Mancando questo collegamento tra riduzione e aumento, a nulla rileva che l'azienda appellante appartenga al primo settore di attività di cui alla tabella INPS allegata alla circolare n. 52 del 06/03/2001: questa circostanza incide solo sull'aliquota contributiva CUAFF che l'appellante deve versare in relazione a quei suoi dipendenti iscritti al Fpld (v. supra).

La sentenza impugnata va dunque confermata.

La natura eminentemente interpretativa della controversia costituisce un giusto motivo per compensare le spese del presente grado di giudizio.

(Omissis)

Processo civile - Totalizzazione – Prova dei versamenti effettuati – Grava sul ricorrente – Allegazione in secondo grado – È inammissibile.

Corte di Appello di Venezia – 05.06.2009 n. 10 – Pres. Dott. Santoro – Rel. Gesumunno – S.M. (Avv. Orsoni) – INPS (Avv. Cavallari).

La domanda di totalizzazione dei contributi versati in varie gestioni postula l'allegazione degli effettivi versamenti operati, non bastando allo scopo la semplice indicazione dei periodi di iscrizione; posto che l'onere della relativa prova grava sul lavoratore istante per il riconoscimento del diritto a pensio-

ne, i fatti costitutivi del diritto preteso devono essere ritualmente dedotti nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, pena la inammissibilità di allegazione dei medesimi per la prima volta in appello.

FATTO - Con ricorso depositato il 10.10.2003 e diretto al Giudice del Lavoro del Tribunale di Venezia i ricorrenti M. S. e B. De L., premesso di avere svolto attività lavorativa di spedizionieri doganali come dipendenti, ed ora come liberi professionisti ovvero soci d'opera di società di persone; che la copertura previdenziale gli era stata assicurata, nel periodo come dipendenti, dai versamenti operati dai rispettivi datori di lavoro, ed in seguito attraverso propri versamenti presso il Fondo per gli Spedizionieri Doganali e, dal momento della sua soppressione (1.1.1998), presso la gestione separata istituita ex art. 2, co. 26, L.335/95; che essi avevano presentato domanda all'INPS volta all'ottenimento della pensione di anzianità, la quale peraltro era stata rigettata dall'Istituto sull'erroneo presupposto della mancata previsione della pensione di anzianità a favore degli spedizionieri doganali; che ciò era in contrasto con le previsioni di cui alla L.230/97 di soppressione del Fondo per gli Spedizionieri Doganali. Che aveva previsto la conservazione della quota di pensione maturata sulla base dell'anzianità assicurativa maturata presso il Fondo al 31.12.1997; che pure il diritto alla pensione di anzianità discendeva dal disposto dell'art. 16 della L.233/90, prevedente la totalizzazione dei contributi versati nell'assicurazione generale obbligatoria e prevedente la totalizzazione dei contributi versati nell'assicurazione generale obbligatoria e presso più gestioni speciali dei lavoratori autonomi; tanto premesso, i ricorrenti agivano affinché l'INPS venisse condannato a costituire a loro favore la pensione di anzianità, con corresponsione dei ratei arretrati, oltre accessori, e del risarcimento del danno patito per il ritardo nell'accoglimento della domanda.

Si costituiva in giudizio l'INPS, deducendo la correttezza del proprio operato ed in particolare rilevando che con successivi decreti legge reiterati, ed infine con la legge di conversione n. 608/96, era stata elevata l'età pensionabile per gli spedizionieri doganali, con rinvio alla tab. A di cui al D.Lgs. 503/92, per cui alla luce di tale disciplina al gennaio 2002 l'età pensionabile era quella di 65 anni, pacificamente non ancora raggiunti dai ricorrenti; deduceva altresì che, in ogni caso, i ricorrenti non avevano neppure allegato di possedere i requisiti contributivi necessari per accedere alla pensione di *anzianità*. Concludeva dunque per il rigetto del ricorso, per le ragioni meglio indicate in epigrafe.

Nel corso del giudizio i ricorrenti proponevano istanza cautelare volta ad ottenere pronuncia interinale nel senso della concessione in loro favore della pensione di anzianità, rigettata per la carenza del presupposto del *periculum in mora*; quindi, sulla base di ulteriori note dimesse dalle parti, la causa veniva decisa mediante separato dispositivo all'udienza del 22.2.2005.

Il Tribunale di Venezia rigettava le domande di parte ricorrente e compensava integralmente le spese di lite.

Il solo S.M. con ricorso depositato il 29.5.2006 proponeva appello avverso la sentenza e ne chiedeva l'integrale riforma. Si costituiva l'INPS e chiedeva il rigetto dell'appello e la conferma dell'impugnata sentenza.

Dopo alcuni rinvii concessi al solo di fine di consentire alle parti la verifica dell'effettiva situazione contributiva dell'appellante, all'udienza di discussione del 13.1.2009 i procuratori delle parti concludevano come in epigrafe e il Collegio pronunciava la presente sentenza mediante pubblica lettura di separato dispositivo.

DIRITTO - L'appello è infondato e deve essere rigettato.

Il Tribunale ha disatteso le tesi dell'appellante ritenendo che la normativa che disciplina la soppressione del Fondo Spedizionieri ed il passaggio degli assicurati sotto la Gestione Separata dell'INPS non consenta il computo dei contributi versati nel Fondo ai fini della liquidazione della pensione di anzianità.

L'appellante censura sotto diversi profili tale decisione, sostenendo in sostanza che le norme in esame si limitano a disciplinare i presupposti per la liquidazione della pensione di vecchiaia, ma non escludono l'applicazione delle disposizioni generali in materia di totalizzazione dei periodi contributivi maturati presso diverse gestioni previdenziali.

Il Collegio ritiene che anche a volere accedere alle tesi in diritto sostenute dalla parte appellante (si segnala che in senso favorevole alla tesi di parte appellante si è pronunciata la Corte di Appello di Napoli con sentenza 5829/06), tuttavia l'accoglimento delle domande sarebbe comunque precluso dalle carenze di allegazione e prova sui requisiti contributivi.

L'INPS in primo grado ha eccepito, in via subordinata, tali carenze del ricorso introduttivo, osservando che gli attori non avevano svolto nessuna allegazione sull'anzianità contributiva maturata presso il Fondo Spedizionieri.

Solo con il ricorso in appello il sig. S. ha specificato i periodi di iscrizione rispettivamente all'AGO, al Fondo Spedizionieri ed alla gestione separata, allegando di avere versato un ammontare di contributi pari a 44 anni.

L'INPS, nella memoria di costituzione in appello, ha ribadito la propria eccezione sulla carenza di allegazione relativa ai requisiti contributivi richiesti per la pensione di anzianità ed ha fatto riferimento all'estratto contributivo prodotto in primo grado dall'Istituto, dal quale risulta un accredito di contributi in misura insufficiente, anche per il caso in cui si accedesse alle tesi in diritto sostenute dall'appellato.

Nel corso del giudizio di secondo grado, la difesa della parte appellante ha depositato in giudizio una dichiarazione del Fondo Spedizionieri (cfr. verbale udienza 16.12.2008) datata 20.12.1997, nella quale sono attestati i periodi di iscrizione al fondo, l'anzianità previdenziale (29 anni) e la quota di pensione maturate al 31.12.1997.

Il procuratore dell'INPS ha replicato che i dati attestati nella certificazione di cui sopra non sono rilevanti, poiché, ai fini dell'eventuale riconoscimento del diritto alla pensione di anzianità, non è sufficiente il solo periodo di iscrizione al Fondo, ma è necessario accertare il numero effettivo di contributi versati.

Le argomentazioni svolte dall'INPS sono condivisibili.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, in applicazione del generale principio di cui all'art. 2697 c.c., l'onere della prova sull'esistenza del requisito contributivo, in caso di contestazione da parte dell'INPS, grava sull'assicurato (cfr. sentenze n. 1060/1999, 4183/1996, 2475/1995, 10753/1990, 3848/1986). Talune pronunce,

tenuto conto delle difficoltà di prova che incontra l'assicurato, ammettono il ricorso del giudice ai poteri di ufficio ex art 421 c.p.c. ovvero alla prova mediante il ricorso a presunzioni semplici (cfr. per esempio Cass. 27671/05).

Tuttavia, appare a questo Collegio imprescindibile l'assolvimento da parte dell'assicurato dell'onere di allegazione dei fatti costitutivi del diritto alla prestazione. Tale allegazione è stata totalmente omessa nel ricorso di primo grado e non è possibile ovviare alla stessa mediante l'introduzione di fatti nuovi nel ricorso d'appello ovvero tramite produzione di nuovi documenti (peraltro già in possesso dell'interessato in epoca anteriore all'inizio della causa) nel giudizio di secondo grado.

Tali considerazioni rendono superflua la delibazione delle contrapposte tesi sulla interpretazione della normativa che disciplina le prestazioni pensionistiche degli iscritti all'ex Fondo Spedizionieri.

La novità delle questioni trattate giustifica la compensazione integrale delle spese di lite per entrambi i gradi di giudizio.

(Omissis)

**TRIBUNALI
Sezioni Civili**

Contributi - Cartella di pagamento - Accettazione dell'eredità con beneficio di inventario - Iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali nei confronti dell'erede - Legittimità

Tribunale di Genova - 17.03.2010 n. 62 – Dott. Barenghi – P.A. (Avv. Moretti) – INPS-SCCI Spa (Avv. Lolli) - INAIL (Avv. Cunati) - Equitalia Polis Spa (Avv. Calisi)

L'accettazione con beneficio d'inventario non determina il venir meno dell'obbligazione contributiva ma assume rilievo solo nella fase esecutiva e non è quindi opponibile in sede di ricorso in opposizione alla iscrizione a ruolo, proposto ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, che è giudizio di cognizione ordinaria.

FATTO e DIRITTO - Con distinti ricorsi avverso l'iscrizione a ruolo di crediti contributivi la sig.ra P.A. proponeva opposizione avverso le cartelle esattoriali notificatele per contribuzione gestione artigiani e premi richiesti dall'INAIL, chiedendo la revoca degli atti impositivi.

L'INPS e l'INAIL si costituivano in giudizio con memorie difensive, con le quali deducevano l'infondatezza delle tesi difensive svolte dalla parte opponente. Quindi la causa è stata decisa all'udienza del 14 gennaio 2010 come da allegato dispositivo pubblicamente letto. I ricorsi in opposizione avverso le cartelle esattoriali emesse a carico della società opponente, previamente riuniti in forza della disciplina dettata dall'art 151 Disp. att c.p.c., sono infondati.

Dal corpo complessivo dei ricorsi in opposizione emerge che la P. non ha svolto alcuna contestazione circa la sussistenza dei crediti per contributi e premi nei confronti del dante causa della opponente sig. C. fatti valere dall'INPS e dall'INAIL; né la parte opponente ha dedotto fatti impeditivi dell'insorgenza del rapporto assicurativo con l'ente previdenziale ovvero con l'INAIL.

L'unica eccezione che la opponente solleva è quella di aver accettato l'eredità con beneficio d'inventario come dalla documentazione prodotta e che a sensi dell'art. 490, comma 1 c.c. l'accettazione con beneficio di inventario produce l'effetto di mantenere distinti il patrimonio del defunto e quello dell'erede, di talché la pretesa contributiva esercitata dagli enti previdenziali sarebbe ingiustificata e quindi illegittima.

Ad avviso del Giudicante tale eccezione è infondata, dovendosi richiamare in termini adesivi il principio giurisprudenziale (Cass. n. 3791-2003) secondo cui l'erede

che ha accettato l'eredità con beneficio d'inventario è soggetto all'azione di cognizione dei creditori del de cuius i quali possono ottenerne la condanna al pagamento del debito ereditario per l'intero, salva la limitazione della responsabilità dell'erede in fase esecutiva entro il valore dei beni ereditari.

Nel caso di specie va rilevato che l'inventario dei beni dismessi morendo da C.F., aperto in data 8.7.2006, quantunque depositato, come risulta dal verbale di redazione del medesimo, non determina il venir meno dell'obbligazione contributiva e del suo legittimo trasferimento nel patrimonio dell'erede.

Su altro piano, cioè quello esecutivo e non di cognizione ordinaria che pertanto non assume rilievo nel presente giudizio, si colloca la questione relativa alla configurabilità di una responsabilità patrimoniale dell'erede oltre le attività del patrimonio dismesso. Pertanto le opposizioni proposte dalla P. vanno integralmente rigettate poiché infondate, con conferma delle cartelle esattoriali.

Tenuto conto della peculiarità della posizione della parte opponente appare equa la compensazione degli oneri di lite tra tutte le parti del giudizio.

(Omissis)

Pensioni - Indebito - Omessa applicazione della disciplina relativa alla parziale incumulabilità tra pensione e redditi da lavoro autonomo - Sanatoria - Esclusione.

Tribunale di Genova - 13.01.2010 n. 48 - Dott. Barengi - D.F. (Avv. Pugliese) - INPS (Avv. Lolli)

Ai trattamenti pensionistici erogati indebitamente in conseguenza dell'omessa applicazione della disciplina relativa alla parziale incumulabilità tra pensione e redditi da lavoro autonomo, non si applicano le norme speciali in materia di sanatoria dell'indebito previdenziale

FATTO e DIRITTO - Il ricorso di D.F., titolare di pensione di anzianità liquidatagli in via provvisoria, diretto ad ottenere condanna dell'INPS alla restituzione di quote della pensione trattenute dall'ente in esecuzione del provvedimento assunto in data 20.03.2006, è infondato.

Va preliminarmente rilevato che dai documenti 2, 5 e 9, allegati al ricorso introduttivo, risultano pacifiche le seguenti circostanze:

al ricorrente l'INPS liquidò con decorrenza dal 1.7.1996 la pensione di anzianità in via provvisoria sulla base della documentazione a quell'epoca disponibile;

con nota successiva del 25.10.1999 l'INPS comunicò al ricorrente di aver percepito indebitamente sulla pensione di anzianità per il periodo dal 1.7.1996 al 31.12.2000, la somma pari a £ 30.195.090; quindi il 4 luglio 2003 l'Istituto rappresentò all'odierno ricorrente che per il periodo di cui sopra aveva percepito a titolo di pensione un importo superiore a quello spettante, a seguito della corresponsione di quote di pensione in cumulabili con i redditi da lavoro autonomo.

Sempre dalle risultanze dei documenti prodotti emergono due dati incontrovertibili; il primo che i due provvedimenti INPS del 25.10.1999 e 4.7.2003 individuano un identico periodo oggetto della corresponsione di somme in eccedenza rispetto al dovuto; il secondo è che il ricorrente per l'intero periodo indicato dall'INPS ha percepito redditi da lavoro autonomo.

Da quanto esposto consegue che la pretesa di recupero esercitata dall'INPS riguarda somme erogate dall'ente in conseguenza dell'omessa applicazione della disciplina relativa alla parziale incumulabilità tra pensione e redditi derivanti dal lavoro autonomo.

Tanto rilevato sul piano della ricostruzione dei fatti originanti la controversia, si rileva che l'eccezione di prescrizione del credito sollevata dal ricorrente è priva di fondamento, essendo al credito restitutorio fatto valere dall'INPS applicabile il termine prescrizione di dieci anni efficacemente interrotto dall'INPS, non vertendosi in ipotesi di prescrizione breve ex art. 2948 c.c..

Nel merito, dalle considerazioni svolte emerge la fondatezza della tesi difensiva svolta dall'INPS che correttamente ha rilevato che la vicenda originata dalle comunicazioni 25.10.1999 e 4.7.03 non costituisce un indebito previdenziale, in conformità di quanto affermato da Cass., Sez. Lav., n. 10634/2003 che rileva che il provvedimento dal quale trae origine l'erogazione del trattamento pensionistico (in misura superiore a quella risultata poi dovuta) non è "viziato da errore di qualsiasi natura imputabile all'ente erogatore" (v. l'art. 13, l. 30 dicembre 1991 n. 412, dettato a modifica dell'art. 52, l. 9 marzo 1989 n. 88, per il tempo successivo alla sua entrata in vigore, come ha statuito la Corte costituzionale nella sentenza n. 39 del 10 febbraio 1993) (1) essendo l'erogazione della pensione e la successiva trattenuta eventi fisiologicamente necessari nella fattispecie legale prevista dall'art. 10, commi 1 e 4, D.Lvo n. 503/1992.

Pertanto, deve concludersi che alle comunicazioni effettuate dall'INPS comportanti la trattenuta mensile a carico del ricorrente non si applica alcuna delle norme costituenti l'indebita erogazione di ratei di pensione.

Il ricorso va quindi rigettato con compensazione totale delle spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 188

Contributi – Prescrizione quinquennale – Denuncia del lavoratore intervenuta oltre il quinquennio – Non incide.

Contributi – Cartella di pagamento – Opposizione per vizi formali – Ricorso ex artt. 618 bis e 617 c.p.c..

Tribunale di Pavia – 31.03.2010 n. 33 – Dott.ssa Ferrari – Z. s.r.l. (Avv. Panucci) – Inps-SCCI (Avv. Demaestri) – Equitalia Esatri S.p.A. (Avv. Conforti).

In relazione ai contributi scaduti dopo il 1° gennaio 1996, il termine prescrizione è quinquennale e non può incidere in senso contrario la denuncia del lavoratore che intervenga oltre il quinquennio dalla data di scadenza, essendosi ormai estinto il relativo diritto.

Avverso i vizi formali della cartella è esperibile opposizione ex art. 617, comma 1, c.p.c., da proporsi, a pena di decadenza, nel termine di venti giorni dalla notifica della cartella stessa.

(Nella specie, la società opponente aveva lamentato la indeterminatezza del contenuto e la mancata indicazione della autorità presso la quale fosse possibile ricorrere).

FATTO E DIRITTO - Con ricorso depositato il 19.12.2008 Z. srl ha proposto opposizione avverso la cartella di pagamento n. 079 2008 00195895 69 - notificata il 12.11.2008 - per la somma di € 15.893,81 pretesa a titolo di contributi previdenziali relativi al periodo 1998 – 1999-2000.

L'opponente ha eccepito la nullità della cartella per indeterminatezza del contenuto e per mancata indicazione dell'autorità cui è possibile ricorrere; la prescrizione dei contributi; la decadenza ex art. 46 D.L. 46/9; la infondatezza della pretesa nel merito.

In diritto l'opponente ha dedotto in primo luogo che ogni pretesa è prescritta nel merito l'infondatezza della pretesa.

Ha quindi rassegnato le conclusioni sopra trascritte chiedendo altresì la sospensione del ruolo.

L'Istituto, costituitosi tempestivamente in giudizio, ha eccepito preliminarmente la inammissibilità del ricorso, stante la mancata prova della tempestività della opposizione. Ha poi osservato che il termine di prescrizione è decennale e non già quinquennale, essendo intervenuta denuncia del lavoratore nel corso dell'anno 2007.

Equitalia Esatri si è costituita chiedendo il rigetto della opposizione in quanto infondata.

All'odierna udienza la causa è stata decisa come da dispositivo in calce di cui è stata data lettura.

L'opposizione proposta nei confronti dell'INPS e della SCCI S.p.A. è fondata essendo meritevole di accoglimento l'eccezione di prescrizione, giacché sulla busta con-

tenente la cartella prodotta dall'opponente il timbro reca la data del 11.11.2008 e quindi l'opposizione è stata proposta tempestivamente, e cioè entro il termine di quaranta dalla notificazione della cartella a norma dell'art. 24, comma 5 del d.lgs. 26.2.1999, n. 46.

La conferma testuale che avverso la cartella è consentita sia l'opposizione per motivi di merito che l'opposizione agli atti esecutivi per vizi formali si rinviene sia nella formulazione dell'art 24, comma 6 del d.lgs. n. 46/99 secondo cui, invero, *“il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile”*, sia nell'art. 29, comma 2 del medesimo decreto legislativo n. 46/99. Tale ultima disposizione infatti prevede che *“alle entrate indicate nel comma 1 [cioè, tra l'altro, quelle non tributarie] non si applica la disposizione del comma 1 dell'articolo 57 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, come sostituito dall'articolo 16 del presente decreto e le opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi si propongono nelle forme ordinarie”*.

Il citato art. 57 del d.P.R. n. 602/73, nel testo ora vigente, in relazione alla procedura di riscossione delle entrate tributarie, non consente le opposizioni regolate dall'articolo 615 del codice di procedura civile, fatta eccezione per quelle concernenti la pignorabilità dei beni; né le opposizioni regolate dall'articolo 617 dello stesso codice relative alla regolarità formale ed alla notificazione del titolo esecutivo.

Quindi, per quanto riguarda la riscossione dei crediti contributivi, il debitore ben può proporre l'opposizione agli atti esecutivi secondo la disciplina del codice di rito e, in particolare, secondo gli artt. 618 bis e 617 (cfr. Cass. 18.11.2004, n. 21863).

Se si applicano le disposizioni processuali ordinarie, ciò comporta che le contestazioni concernenti la regolarità formale degli atti di esecuzione nonché della cartella, che non è altro che un estratto del ruolo, devono essere proposte nel termine perentorio di venti giorni decorrenti, per quanto riguarda la cartella, dalla notificazione della stessa (il termine, già di cinque giorni, è divenuto di venti giorni a decorrere dal 1° marzo 2006 per effetto delle modifiche apportate dal d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. in L. 145.2005, n. 80, la cui entrata in vigore è stata differita dapprima alla data del 1° gennaio 2006 dall'art. 8 del d.l. 30.6.2005, n. 115, conv. in L. 17.8.2005, n. 168 e poi a quella detta del 1° marzo 2006, ai sensi di quanto previsto dal comma 6 dell'art. 1, L. 28 dicembre, 2005, n. 263 e modificato dall'art. 1, d.l. 30 dicembre 2005, n. 271).

Da ciò, quindi, deriva che i motivi di opposizione relativi alla regolarità formale della cartella, cioè in sostanza quelli che emergono dall'esame diretto della cartella stessa, non possono essere esaminati se non viene proposta nel termine di legge opposizione agli atti esecutivi.

I rilievi di carattere formale devono dunque ritenersi inammissibili in quanto tardivamente proposti.

Quanto alla eccepita prescrizione si osserva.

A norma dell'art. 3, comma 9 della legge n. 315/95, *“le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria si prescrivono e non possono essere versate con il decorso dei termini di seguito indicati:*

a) *dieci anni per le contribuzioni di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori*

dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie, compreso il contributo di solidarietà previsto dall'articolo 9-bis, comma 2 del decreto- legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla legge 1°giugno 1991, n. 166, ed esclusa ogni aliquota di contribuzione aggiuntiva non devoluta alle gestioni pensionistiche. A decorrere dal 1° gennaio 1996 tale termine è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti;

b) *cinque anni per tutte le altre contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria”.*

I crediti per cui l'INPS agisce sono relativi a periodo successivo all'entrata in vigore della citata legge n. 335 del 1995 (17 agosto 1995).

L'Istituto di previdenza sostiene che, essendo intervenuta denuncia da parte del lavoratore, vi sia una deroga al nuovo generale regime del termine di prescrizione stabilito in cinque anni, sicché debba farsi riferimento al maggiore termine decennale.

Con la pronuncia 18540/04 la Corte di Cassazione, esaminando un caso relativo a contributi relativi a periodo interamente precedente la data di entrata in vigore della nuova legge, ha affermato il principio secondo cui *“in materia di prescrizione del diritto degli enti previdenziali ai contributi dovuti dai lavoratori e dai datori di lavoro, la riduzione a cinque anni, prevista a partire dal 1° gennaio 1996 (art. 3 comma decimo, in relazione al comma nono, della legge 8 agosto 1995 n. 335), del termine di prescrizione del diritto alle contribuzioni relative ai periodi precedenti l'ingresso della predetta legge e di pertinenza del fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie, è sospensivamente condizionata al fatto che entro il quinquennio successivo al 1° gennaio 1996, e nei limiti del decennio dalla nascita del diritto stesso, non intervenga la denuncia del lavoratore”.*

Con tale sentenza non è stato esaminato espressamente il caso dei contributi relativi al periodo successivo alla data di efficacia della nuova legge (cioè dal 1° gennaio 1996 in poi), ma la Corte ha tuttavia affermato - come si legge in motivazione - che *“poiché la riduzione da dieci a cinque anni è immediata, pur non immediatamente efficace, come si dirà, e poiché la denuncia non può intervenire quando il diritto è estinto (quando è trascorso un quinquennio dal 1° gennaio 1996), questo tempo di rilevanza [della denuncia] si estende per il quinquennio successivo al 1° gennaio 1996”.*

Con successiva sentenza del 24.2.2006, n. 4153, che si pone in motivato dissenso rispetto a quella n. 18540, la Corte, pur sempre esaminando un'ipotesi di contributi dovuti relativamente a periodo interamente ricadente prima dell'entrata in vigore della legge, ha affermato che non deve comunque ritenersi valida la denuncia presentata fino al quinquennio posteriore al 1° gennaio 1996, ma, affinché sia operante il termine di prescrizione decennale, occorre che la denuncia intervenga comunque entro il quinquennio dalla data di scadenza dei contributi, precisando che tale meccanismo opera anche per i contributi scaduti dopo l'entrata in vigore della legge poiché il lavoratore è ormai avvertito che, in caso di mancata denuncia, il termine è quinquennale e non più decennale.

Entrambe le pronunce, tuttavia, sembrano concordare sul fatto che comunque la denuncia non può più produrre effetti quando il diritto è ormai estinto per il maturare del quinquennio dalla sua scadenza.

Per i contributi scaduti dopo il 1° gennaio 1996, cioè, non sembra esservi dubbio che il termine sia quinquennale e che, se entro tale termine non interviene la denuncia, il diritto si estingue e non può rivivere per effetto della denuncia presentata dal lavoratore.

Nella specie, essendo intervenuta la denuncia il 24.6.2007, il credito contributivo relativo al periodo più recente - luglio 2000- da versare nel mese successivo, si era già prescritto nell'agosto 2005.

Le spese di lite nei confronti dell'INPS seguono la soccombenza. Compensate le altre.

(Omissis)

Contributi – Cartella di pagamento – Opposizione - Vizi formali della cartella – Ricorso ex art. 617 c.p.c. - Termini.

Contributi – Agenzia di somministrazione lavoro – Lavoratori somministrati – Aliquote contributive – Settore terziario – Applicazione.

Lavoro (Rapporto di) – Lavoratori somministrati – Rapporto di lavoro subordinato con società somministratrice – Sussiste.

Tribunale di Roma – 20.05.2009 n. 6644/08 – Dott. Cirignotta – A.1 Agenzia per il lavoro S.p.A. (Avv. Ranieri) – INPS-SCCI S.p.A. (Avv. Piergentili) – GERIT S.p.A.

Avverso i vizi formali della cartella è esperibile opposizione ex art.617, comma 1, c.p.c., da proporsi, a pena di decadenza, nel termine di venti giorni dalla notifica della cartella stessa.

(Nella specie, la società opponente aveva lamentato la tardiva iscrizione a ruolo del credito Inps, per superamento del termine di cui all'art. 25, comma 1, lett. a) del D. Lgs n. 46/1999).

Ai fini della determinazione del regime contributivo applicabile ai lavoratori somministrati rileva esclusivamente il settore di appartenenza della società fornitrice (settore terziario), mentre non incide la eventuale diversità delle aliquote previste per il settore di appartenenza della società utilizzatrice dei lavoratori somministrati.

I lavoratori somministrati intrattengono un rapporto di lavoro subordinato con la agenzia di somministrazione, indipendentemente dalla circostanza che

essi vengano collocati presso altra società utilizzatrice, ovvero siano impiegati per il funzionamento della struttura datrice di lavoro.

FATTO - Con ricorso depositato il 17.09.2006 A. 1 - Agenzia per il Lavoro S.p.a. conveniva in giudizio l'INPS ed esponeva: 1) che era sorta una controversa tra la essa ricorrente A. 1 - Agenzia per il Lavoro S.p.a. e l'INPS, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 9 della L. 24/6/1997, abrogato dall'art. 85 del D. Lgs. n. 276 del 10.09.2003, come modificato ed integrato dall'**art. 25, comma 1**, di tale ultima norma, in merito all'individuazione del regime contributivo e previdenziale da applicarsi ai lavoratori somministrati; 2) che sulla base di una erronea, illogica ed iniqua esegesi di predetta normativa, offerta dall'Istituto convenuto con delle proprie decisioni, ed in particolare con la Circolare n. 153 del 15 Luglio 1998, ribadita con il provvedimento del 22.08.2006 di rigetto del ricorso gerarchico proposto in data 3.11.2004 da essa ricorrente, infatti, l'INPS assumeva che le Agenzie per il lavoro, già società di fornitura di lavoro temporaneo, erano tenute ad effettuare i versamenti contributivi relativi ai lavoratori somministrati ad altra impresa (c.d. utilizzatrice), sulla base delle aliquote relative al settore di appartenenza di esse Agenzie per il lavoro (Settore Terziario; prescindendo, dunque, completamente dalle aliquote previste per il settore di inquadramento dell'impresa presso la quale era materialmente impiegato il lavoratore somministrato (utilizzatrice), se non coincidenti con il primo; 3) che essa ricorrente, tuttavia, alla luce dei principi costituzionali di proporzionalità, adeguatezza e non discriminazione, di cui agli artt. 2, 3, 36 e 38 Cost., dei principi generali dell'ordinamento giuridico, dei criteri direttivi di cui alla Legge - Delega n. 30/2003, dell'unico chiarimento reso in materia dal Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale con la Circolare n. 141 del 5.11.1997, nonché del sistema previdenziale, assicurativo ed assistenziale nella sua interezza, riteneva che ai lavoratori somministrati presso un'impresa (utilizzatrice) dovessero invece essere applicate le medesime aliquote contributive dei lavoratori di pari livello, mansioni e retribuzioni ivi impiegati.

Dopo avere ampiamente argomentato in diritto, conclusivamente chiedeva al giudice adito:

in via principale:

1) accertare e dichiarare l'assoluta erroneità, infondatezza ed illegittimità della corrente interpretazione dell'art. 25, comma 1, D. Lgs. 276/2003, come proposta dall'INPS, nelle proprie circolari (ed in particolare nella n. 153 del 15 luglio 1998), e ribadita nel provvedimento del 22.08.2006 di rigetto del ricorso gerarchico proposto da essa ricorrente, circa l'obbligo per le Agenzie per il lavoro di effettuare i versamenti previdenziali per i lavoratori somministrati, esclusivamente sulla base delle aliquote previste per il Settore Terziario;

2) per l'effetto, dichiarare che le Agenzie per il lavoro erano e sono tenute ad effettuare i versamenti contributivi in favore dei lavoratori temporanei prima, e somministrati adesso, unicamente sulla base del settore di inquadramento delle imprese utilizzatrici, e delle aliquote contributive applicate da dette ultime imprese ai propri dipendenti di pari livello e mansioni;

in via subordinata:

3) accertare e dichiarare il trattamento previdenziale dei lavoratori somministrati, sulla base dell'interpretazione dell'art 25, comma 1, D. Lgs. 276/2003, ed alla luce dei principi costituzionali di proporzionalità, adeguatezza e non discriminazione, di cui agli artt. 2, 3, 36 e 38 Cost., dei principi generali dell'ordinamento giuridico, dei criteri direttivi di cui alla Legge Delega n. 30/2003, del chiarimento del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale di cui alla Circolare n. 141 del 5.11.1997, e del sistema previdenziale, assicurativo ed assistenziale nella sua interezza;

in via ulteriormente gradata, e nella denegata ipotesi di accoglimento dell'interpretazione dell'art. 25) comma 1, D. Lgs 276/2003, come proposta dall'INPS:

4) sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 25, comma 1, del D. Lgs. n. 276/2003 per contrasto con gli artt. 2 e 3, 36 e 38 Cost., anche con riferimento all'art. 1 della L. n. 335/1995, alla Direttiva Comunitaria n. 97/81/CE del 15.12.1997, ed all'art. 1, comma 2, lett. m) n. 5, della L. n. 30/2003;

in ogni caso:

5) con vittoria delle spese di giudizio tutte.

L'INPS si costituiva ritualmente in giudizio e preliminarmente eccepiva l'improcedibilità della domanda ai sensi dell'art 443 c.p.c, nonché la carenza di interesse ad agire della ricorrente ex art 100 c.p.c; nel merito chiedeva il rigetto del ricorso perché infondato in fatto e in diritto, con vittoria di spese.

Con altro ricorso depositato l'8.10.2007 A. 1 S.p.a conveniva in giudizio l'INPS, la SCCI (Società di cartolarizzazione dei crediti INPS) S.p.a. e la Gerit S.p.a. proponendo opposizione avverso la cartella di pagamento n. 097 2007 02622789 31 notificata il 10.9.2007 e di cui al ruolo ordinario a 2007/1909 reso esecutivo il 19.6.2007, relativa al mancato versamento di parte dei contributi assediamente dovuti da essa opponente per i propri lavoratori somministrati per gli anni 2004, 2005 e 2006 e per complessivi € 615.916,04 comprensivi di interessi e sanzioni, ai sensi dell'art. 116, comma 8, lett a), della L. n. 388/2000.

Deduceva che l'iscrizione a ruolo dei predetti importi era stata effettuata quando ormai il termine decadenziale di cui all'art. 25, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n. 46/1999 era già integralmente trascorso e superato quantomeno con riferimento a tutte le somme iscritte a ruolo per gli anni 2004 e 2005; nel merito sosteneva l'inesistenza della pretesa dell'INPS in quanto tale Istituto erroneamente riteneva che essa società avrebbe dovuto applicare ai lavoratori somministrati le aliquote previdenziali relative al proprio settore (terziario) anziché quelle del settore di appartenenza dell'impresa utilizzatrice.

Chiedeva pertanto che la cartella opposta fosse dichiarata nulla ovvero fosse annullata e revocata integralmente o parzialmente, con vittoria di spese.

L'INPS, in proprio, nonché in nome e per conto della SCCI S.p.a., resisteva ritualmente in giudizio deducendo la tardività dell'opposizione per la parte relativa alla decadenza dall'iscrizione a ruolo eccepita dalla società opponente e nel merito chiedendo comunque il rigetto del ricorso perché infondato in fatto e in diritto, con vittoria di spese.

GERIT S.p.a., pur ritualmente evocata in giudizio, restava contumace.

Con ulteriore ricorso depositato l'11.01.2008 A. 1 S.p.a conveniva in giudizio l'INPS la SCCI (Società di cartolarizzazione dei crediti INPS) S.p.a. e la Gerit S.p.a. propo-

nendo opposizione avverso la cartella di pagamento n. 097/2007/0376872218, notificata il 13.12.2007 e di cui al ruolo ordinario n. 2007/3068 reso esecutivo il 25.9.2007, relativa al mancato versamento di parte dei contributi asseritamente dovuti da essa opponente per i propri lavoratori somministrati per l'anno 2005 e per complessivi € 74.372,26 comprensivi di interessi e sanzioni, ai sensi dell'art. 116, comma 8, lett. a), della L. n. 388/2000.

Deduciva che l'iscrizione a ruolo dei predetti importi era stata effettuata quando ormai il termine decadenziale di cui all'art. 25, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n. 46/1999 era già integralmente trascorso e superato; nel merito sosteneva l'inesistenza della pretesa dell'INPS in quanto tale Istituto erroneamente riteneva che essa società avrebbe dovuto applicare ai lavoratori somministrati le aliquote previdenziali relative al proprio settore (terziario) anziché quelle del settore di appartenenza dell'impresa utilizzatrice.

Chiedeva pertanto che la cartella opposta fosse dichiarata nulla ovvero fosse annullata e revocata integralmente o parzialmente, con vittoria di spese.

L'INPS, in proprio, nonché in nome e per conto della SCCI S.p.a., resisteva ritualmente in giudizio deducendo la tardività dell'opposizione per la parte relativa alla decadenza dall'iscrizione a ruolo eccepita dalla società opponente e nel merito chiedendo comunque il rigetto del ricorso perché infondato in fatto e in diritto, con vittoria di spese.

GERIT S.p.a., pur ritualmente evocata in giudizio, restava contumace.

Riuniti i procedimenti per evidente connessione ed acquisite note autorizzate, all'udienza del 9.4.2008, dopo la discussione la causa veniva decisa come da epigrafato dispositivo.

DIRITTO - Va innanzitutto rilevata l'inammissibilità delle opposizioni alle due cartelle con riguardo alla dedotta tardività dell'iscrizione a ruolo delle somme ingiunte, in quanto in entrambi i casi l'opposizione risulta proposta oltre il termine di venti giorni decorrente dalla notifica della cartella. Sotto tale profilo i ricorsi depositati l'8.10.2007 e l'11.1.2008 vanno rigettati.

Conformemente a quanto osservato dal Tribunale Venezia con la sentenza 28.1.2004 e da ultimo ribadito da Cass. civ., sez. lav., 18.11.2004, n. 21863 (in senso analogo, in materia di opposizione ad ordinanza ingiunzione ex L. 689/1991, si vedano tra le ultime Cass. civ., sez. I, 18.7.2005, n. 15149; Cass. civ., sez. lav., 26.3.2004, n. 6119; Cass. civ., sez. I, 28.11.2003 n. 18207; Cass. civ., sez. I, 20.7.2001 n. 9912), il vigente sistema di tutela giurisdizionale per le entrate previdenziali (ed in genere per quelle non tributarie) prevede le seguenti possibilità di tutela per il contribuente: a) proposizione di opposizione al ruolo esattoriale per motivi attinenti al merito della pretesa contributiva ai sensi dell'art. 24, comma 6, del D. Lgs. 46/1999, ovvero sia nel termine di giorni 40 dalla notifica della cartella di pagamento, davanti al giudice del lavoro; b) proposizione di opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. per questioni attinenti non solo alla pignorabilità dei beni, ma anche a fatti estintivi del credito sopravvenuti alla formazione del titolo (quali ad esempio la prescrizione del credito, la morte del contribuente, l'intervenuto pagamento della somma precettata) sempre davanti al giudice del lavoro nel caso in cui l'esecuzione non sia ancora iniziata (art. 615, comma 1, c.p.c.) ovvero davanti al giudice

dell'esecuzione se la stessa sia invece già iniziata (art. 615, comma 2 e art. 618 - bis c.p.c.); c) proposizione di una opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. ovvero sia "nel termine perentorio di cinque giorni (ora venti giorni in virtù del 1) [così nel testo] D.L. 14.3.2005, n. 35, come convertito nella L. 14.5.2005, n. 80) *dalla notifica del titolo esecutivo o del precetto*" per i vizi formali del titolo (quali ad esempio quelli attinenti la notifica e la motivazione) ovvero della cartella di pagamento, anche in questo caso davanti al giudice dell'esecuzione o a quello del lavoro a seconda che l'esecuzione stessa sia già iniziata (art. 617, comma 2, c.p.c.) o meno (art. 617, comma 1, c.p.c.).

Rispetto alle prime due tipologie di opposizione, unico legittimato passivo è l'Ente impositore, in quanto, mentre la formulazione originaria dell'art 24, comma 5, del citato D.Lgs. n. 46 del 1999, disponeva che il ricorso di opposizione alla iscrizione al ruolo dovesse essere notificato "*anche al concessionario*", tale specifica previsione è stata successivamente soppressa dall'art. 4, comma 2-ter del D. L. 24.9.2002, n. 209, convertito con modificazioni in L. 22.11.2002, n. 265.

Il concessionario del servizio di riscossione (e quindi, nella specie, la Equitalia - Gerit S.p.a, ora Equitalia S.p.a.) deve invece ritenersi legittimato passivamente in giudizio rispetto alla opposizione agli atti esecutivi, laddove appunto viene contestata, in generale, la regolarità degli atti esecutivi o del titolo ovvero del precetto (che, nel caso dell'esecuzione mediante ruolo, è costituito proprio dalla cartella di pagamento: a norma dell'art. 25 del D.P.R. 602/73, quest'ultima deve, infatti, contenere l'intimazione di pagamento entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione della cartella stessa con avvertimento che in mancanza si procederà ad esecuzione forzata).

La conferma testuale dell'affermazione secondo la quale avverso la cartella di pagamento siano consentite le suddette forme di opposizione si rinviene sia nella formulazione dell'art. 24, comma 6, del D.Lgs. n. 46/99 - a norma del quale "*Il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile*"-, sia in quella dell'art. 29, comma 2, del medesimo decreto legislativo - a norma del quale "*alle entrate indicate nel comma 1 [cioè, tra l'altro, quelle non tributarie] non si applica la disposizione del comma 1 dell'articolo 57 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, come sostituito dall'articolo 16 del presente decreto, e le opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi si propongono nelle forme ordinarie*". Il citato art. 57 del D.P.R. n. 602/73, nel testo attualmente vigente, in relazione alla procedura di riscossione delle entrate tributarie, non consente infatti le opposizioni regolate dall'articolo 615 del codice di procedura civile (fatta eccezione per quelle concernenti la pignorabilità dei beni), né le opposizioni regolate dall'articolo 617 del codice di procedura civile relative alla regolarità formale ed alla notificazione del titolo esecutivo.

Di conseguenza, per quanto riguarda la riscossione dei crediti contributivi non tributarî, il debitore che intenda contestare la regolarità formale degli atti di esecuzione nonché della cartella (che altro non è, lo si ricordi anche solo per inciso, se non un estratto del ruolo stesso), dovrà necessariamente proporre l'opposizione; agli atti esecutivi secondo la disciplina del codice di rito e, in particolare, secondo il disposto degli artt. 618 bis e 617 c.p.c., ovvero sia nel termine perentorio di venti giorni (così fissato - in

sostituzione del precedente termine di cinque giorni - dal D.L. 14.3.2005, n. 35, come convertito nella L. 14.5.2005 n. 80) decorrenti, per quanto riguarda la cartella, dalla notificazione della stessa.

Nel caso di specie l'opposizione proposta da A.1 S.p.a. concernente la tardiva iscrizione a ruolo del credito INPS (opposizione nei cui confronti la legittimazione passiva è di Gerit S.p.a.) integra chiaramente un'opposizione relativa alla regolarità formale del titolo esecutivo e del precetto (art. 617, comma 1 c.p.c.), che andava proposta, a pena di decadenza, entro giorni venti dalla notifica della cartella.

Con riguardo invece al ricorso depositato il 17.9.2006 (proc. n. 222099/06), vanno rigettate sia l'eccezione di improcedibilità della domanda ex art. 443 c.p.c. (in quanto risulta documentato il ricorso gerarchico proposto in data 5.11.2004 ed avente ad oggetto la medesima contestazione riproposta nel giudizio - doc. 8 di parte opponente), sia l'eccezione di carenza di interesse, ex art. 100 c.p.c. (tenuto conto della costante giurisprudenza della Suprema Corte, che legittima anche una azione di mero accertamento, in presenza di una situazione di obiettiva incertezza di diritto dalla quale possa derivare anche un mero pericolo di un pregiudizio, nonché dell'esplicitarsi di tale lesione con rinvio delle due cartelle impugnate e di cui alle opposizioni riunite).

Nel merito i ricorsi sono infondati e non possono trovare accoglimento.

Secondo il menzionato D.Lgs. n. 276/2003, che ha abrogato la precedente normativa in materia di lavoro interinale di cui alla L. n. 196 del 24 giugno 1997, per somministrazione di lavoro si intende la possibilità per un soggetto (impresa c.d. "Fornitrice"), iscritto nell'apposito Albo delle "Agenzie per il Lavoro" (art. 4 D.Lgs. cit), di fornire uno o più lavoratori, assunti con contratto a tempo determinato od indeterminato, ad altro soggetto (impresa c.d. "Utilizzatrice") che ne impieghi le prestazioni lavorative per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo indicate dall'art. 20 del D.Lgs. cit.

Tale attività di somministrazione, quindi, determina l'instaurarsi di un rapporto trilaterale (Impresa Fornitrice /Lavoratore Somministrato /Impresa Utilizzatrice) dal quale derivano due diversi contratti: l'uno, contratto di lavoro (a tempo determinato od indeterminato) tra l'Agenzia ed il lavoratore somministrato (art. 22 D.Lgs. cit.); l'altro, atto a regolamentare termini, condizioni e modalità della fornitura di lavoro, tra la stessa impresa fornitrice e l'utilizzatrice.

La distinzione tra datore di lavoro formale (Fornitrice/Agenzia per il Lavoro), e sostanziale beneficiario della prestazione lavorativa del Somministrato (Utilizzatrice), si riflette anche nella modalità di corresponsione degli oneri retributivi e contributivi.

L'art. 21, lett. h) ed i), del D.Lgs. 276/2003 stabilisce infatti che, da un lato, l'impresa fornitrice è tenuta ad assumersi l'obbligazione *"del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi, previdenziali"*; dall'altro, l'utilizzatore a favore del quale sostanzialmente viene resa la prestazione lavorativa, si assume l'obbligo *"di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro"* (art. 21, lett. g) e h), D.Lgs. 276/2003).

La specialità ed atipicità del sistema introdotto con il D.Lgs. 276/2003, che ha integralmente abrogato la L. 196/1997, trova un suo naturale temperamento, nella serie

di specifiche tutele che il legislatore ha voluto prevedere a favore del lavoratore somministrato. All'uopo rileva l'art. 23, comma 3, del Decreto Delegato, il quale statuisce espressamente che: *“L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali”*.

Il predetto obbligo dell'impresa fornitrice di anticipare il pagamento degli oneri retributivi e previdenziali del Lavoratore Somministrato, viene quindi ulteriormente specificato e sostanziato dal successivo art. 25 del menzionato Decreto, nel quale il Legislatore, riprendendo ed ampliando il contenuto dello (abrogato) art. 9 della L. n. 196/1997, statuisce che: *“Gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi ed assistenziali, previsti dalle vigenti disposizioni legislative, sono a carico del somministratore che, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 49 della Legge 9 Marzo 1989 n. 88 è inquadrato nel Settore Terziario”*.

L'INPS, con la propria Circolare n. 153 del 15 luglio 1998, ha affermato che gli obblighi *“contributivi, previdenziali, assicurativi ed assistenziali”* relativi ai lavoratori somministrati, dovessero essere adempiuti dalla fornitrice unicamente sulla base delle aliquote e dei premi previsti per il Settore Terziario, con conseguente irrilevanza *“sia della classificazione previdenziale attribuita alle Imprese utilizzatrici, nonché del tipo di contratto di assunzione (tempo determinato, o tempo indeterminato)”*, e quindi della concreta prestazione lavorativa espletata dal lavoratore somministrato.

Ritiene viceversa la società A. 1, richiamando il chiarimento fornito dal Ministero del Lavoro con la Circolare 141 del 5 Novembre 1997, che il Legislatore delegato con detta norma (art. 9, L. n. 196/1997, prima e art. 25, D.Lgs n. 276/2003, in seguito) abbia invece voluto unicamente prevedere che le Agenzie per il Lavoro, solamente quanto alle obbligazioni contributive relative ai quei propri dipendenti *“addetti al funzionamento della struttura”*, nonché ai lavoratori somministrati con contratto a tempo indeterminato, nel periodo in cui non operino presso alcun utilizzatore, debbano essere inquadrate *“nel Settore Terziario”*, e che pertanto, per quanto attiene invece alle aliquote contributive applicabili ai lavoratori somministrati al di fuori dai casi indicati, queste devono essere necessariamente quelle previste per i prestatori di lavoro dell'impresa utilizzatrice, di pari livello, mansioni e retribuzione del somministrato. Invero, a fronte di dubbi e problemi interpretativi insorti immediatamente dopo la promulgazione della L. n. 196 del 24 giugno 1997 in merito al trattamento previdenziale applicabile ai lavoratori somministrati, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con la menzionata Circolare n. 141 del 5 Novembre 1997, al punto C.3 aveva testualmente precisato: *“In ogni caso le imprese fornitrici dovranno inquadrare il personale da esse direttamente dipendente, non destinato ad essere oggetto di fornitura di lavoro temporaneo, nel settore Terziario, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 9 comma 1, ove viene stabilito che le imprese fornitrici siano inquadrate, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 49 della legge 9 marzo 1989 n. 88, in tale settore”* ed ancora che *“tale inquadramento [nel settore Terziario] varrà anche per i versamenti contributivi relativi ai lavoratori assunti a tempo indeterminato per essere successivamente oggetto di fornitura temporanea, limitatamente ai periodi per, i quali ad essi spetta l'indennità di disponibilità di cui all'art. 4, comma 3 della legge in oggetto”*.

Secondo la società A. 1 in sostanza, la normativa in questione vuole dire che, in mancanza di una concreta attività svolta dal lavoratore somministrato alla quale parametrare i versamenti contributivi da effettuarsi a suo favore, l'unico possibile riferimento non poteva che essere dato dal settore d'inquadramento dell'impresa fornitrice. Diversa interpretazione porterebbe alla violazione dei principi informatori della tutela sociale del lavoro "non standard" ed in particolare i principi della proporzionalità, dell'adeguatezza, della non discriminazione.

In contrario deve però notarsi che l'architettura della fattispecie in esame evidenzia chiaramente in capo alla società di somministrazione il soggetto che viene individuato come datore di lavoro del prestatore di manodopera e tenuto, in quanto tale, ad assolvere all'obbligo retributivo e previdenziale in ragione del rapporto di lavoro subordinato esistente. Non per niente, il lavoratore ha diritto di fruire di tutti i servizi sociali ed assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla medesima unità produttiva, ma non viene computato nell'organico dell'utilizzatore (Allo stesso modo è indubbio che un lavoratore somministrato ad un ente pubblico non acquista lo status di pubblico dipendente).

Il personale impiegato dalle aziende utilizzatrici è, e rimane, dipendente della società somministratrice con cui ha stipulato il contratto di lavoro subordinato.

Sotto il profilo prettamente previdenziale l'art. 25, comma 1, del D.lgs. n. 276/2003 prevede che il somministratore, ai sensi dell'art. 49 della L. n. 88/89, sia inquadrato nel settore terziario. Che tale tipo di inquadramento riguardi tutti i lavoratori della agenzia, sia quelli assunti per essere somministrati a favore di terzi, indipendentemente dal settore produttivo nel quale è inquadrata l'impresa utilizzatrice, sia il personale interno all'impresa di somministrazione assunto per il funzionamento della struttura, si ricava anche dall'attuazione che è stata data dell'analoga disposizione contenuta nell'art. 9 della l. n. 196/1997, oltre che dal dato letterale della disciplina che solo per il settore agricolo e quello del lavoro domestico prevede una esplicita eccezione affermando che in quei settori "trovano applicazione i criteri erogativi, gli oneri previdenziali e assistenziali previsti per i relativi settori".

Del resto non appare contrastante con tale interpretazione la disposizione che stabilisce "un trattamento assicurato ai lavoratori coinvolti nell'attività di somministrazione di manodopera non inferiore a quello a cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice". La norma non impone un trattamento identico a quello dei dipendenti dell'impresa utilizzatrice, ma si limita a garantire un trattamento economico (e non altro) non inferiore a quello cui hanno i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice.

Per altro verso va rilevato che il comma 3 del predetto art. 9 recita testualmente: "gli obblighi contro gli infortuni e le malattie professionali previsti dal decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modificazioni sono determinati in relazione al tipo e al rischio delle lavorazioni svolte. I premi e i contributi sono determinati in relazione al tasso medio o medio ponderato, stabilito per la attività svolta dall'impresa utilizzatrice, nella quale sono inquadrabili le lavorazioni svolte dai lavoratori temporanei, ovvero sono determinati in base al tasso medio, o medio ponde-

rato, della voce di tariffa corrispondente alla lavorazione oggettivamente prestata dal lavoratore temporaneo, ove presso l'impresa utilizzatrice non sia già assicurata”.

Nel caso dei contributi dovuti all'INAIL, il legislatore ha dunque previsto una specifica disciplina evidentemente diversa dal regime ordinario e ha espressamente disposto che la misura dei premi e dei contributi debba essere riferita all'attività effettivamente svolta dal lavoratore.

Significativo è l'indirizzo attuativo che l'INAIL ha dato alla norma attraverso la circolare n. 21/2006 in cui si legge:

“Quanto agli oneri previdenziali, assicurativi ed assistenziali, previsti dalle vigenti disposizioni legislative, essi sono posti a carico del somministratore, in quanto effettivo datore di lavoro, che è inquadrato nel settore terziario. La tutela del lavoratore operante nella somministrazione è garantita con la previsione che l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere i contributi previdenziali dovuti a favore dei lavoratori.

La scissione fra titolarità formale e svolgimento effettivo del rapporto di lavoro, tipica della somministrazione di lavoro, non incide, dunque, sulla titolarità formale dell'obbligo di versamento dei contributi assicurativi, bensì sull'inquadramento dell'attività svolta dal lavoratore al fine della determinazione del tasso da applicare e dei premi che dovranno essere conseguentemente versati all'Inail.

La norma vigente, infatti, esclude che, a tal fine, rilevi l'inquadramento formale del somministratore ed invece assume come punto di riferimento l'attività svolta dall'impresa utilizzatrice. Successivamente, tale norma enuncia due possibili sistemi di computo dei premi e dei contributi che il somministratore ha l'obbligo di versare.

La determinazione del premio viene effettuata in relazione al tasso medio o medio ponderato stabilito per l'attività svolta dall'impresa utilizzatrice nella quale sono inquadrabili le lavorazioni svolte dai lavoratori somministrati. Occorrerà, invece, procedere ad una specifica ed autonoma classificazione tariffaria in base alla lavorazione di fatto svolta dal lavoratore somministrato, qualora detta lavorazione non sia già ricompresa nella posizione assicurativa già in essere presso l'azienda utilizzatrice.

Relativamente, infine, al periodo durante il quale il lavoratore sia a disposizione dell'impresa somministratrice, per la determinazione del relativo premio si farà riferimento al tasso applicato agli impiegati dell'impresa somministratrice medesima.

Per quanto riguarda la base imponibile su cui calcolare il premio, essa è costituita dalla retribuzione complessiva e, con riferimento al contratto di somministrazione a tempo indeterminato, include, oltre alla retribuzione percepita dal lavoratore, anche l'indennità di disponibilità.

Quanto alla base retributiva su cui liquidare l'indennità per inabilità temporanea assoluta, la quota di rendita diretta che indennizza le conseguenze patrimoniali del danno e la rendita ai superstiti, essa è costituita dall'effettiva retribuzione ma con esclusione dell'indennità di disponibilità che non può essere considerata quale retribuzione di una prestazione di lavoro effettiva, in quanto corrisposta dal datore di lavoro nei periodi in cui il lavoratore, restando in attesa di assegnazione, di fatto, non presta la sua opera.

Poiché i periodi di “disponibilità” non sono assimilabili, ai fini risarcitivi, ai pe-

riodi di effettiva prestazione d'opera, è necessario applicare i meccanismi di calcolo indicati dagli artt. 116 e 117 T.U. per le situazioni in cui il lavoratore non presta la sua opera in modo continuativo.

Tali meccanismi, ordinariamente seguiti per la generalità dei lavoratori che, nei quindici giorni precedenti l'infortunio (o nell'anno se si tratta di rendita), non hanno prestato la loro opera in modo continuativo per malattia, cassa integrazione ecc. nonché nei casi in cui l'infortunio accada nel primo giorno lavorativo, prevedono che la retribuzione media percepita nei periodi di effettiva prestazione d'opera debba essere applicata anche ai periodi in cui tale prestazione non viene effettuata.

Ciò stante, l'indennità di disponibilità non può essere considerata, ai fini indennitari come corrispettivo di un'attività lavorativa effettivamente prestata e dunque, per le ipotesi di somministrazione di lavoro, deve essere applicato l'art. 116, richiamato dall'art. 117, nella sua formulazione letterale”.

Appare evidente il motivo del diverso regime stabilito in via speciale per i contributi dovuti all'INAIL; questi, infatti, sono destinati ad assicurarne il rischio effettivo di infortuni sul lavoro sicché la parametrizzazione e quantificazione dei premi e contributi dovuti, non potrebbe prescindere dalle correlazione con l'attività effettivamente svolta dal lavoratore presso la azienda utilizzatrice, pur nell'ambito di un sistema complessivo non informato al principio di corrispettività bensì a quello di solidarietà collettiva.

Considerazioni di carattere sistematico impongono poi di non potere addivenire all'interpretazione normativa proposta dalla società A. 1 e di non ravvisare alcuna violazione del principio di non discriminazione e dei principi costituzionali in genere.

Devono condividersi le argomentazioni svolte in proposito dall'INPS.

L'impianto e le ragioni di fondo del Decreto n. 276/2003 rispondono alla sentita esigenza di dare attuazione a quelli che sono i propositi degli orientamenti comunitari volti ad aumentare i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e stabilità del lavoro.

Innanzitutto a tal fine si può far ricorso a contratti a contenuto formativo o ad orario modulato, in quanto compatibili con le esigenze delle aziende e le aspirazioni dei lavoratori.

In questo ambito la flessibilizzazione della disciplina dei rapporti di lavoro sposta le garanzie dal rapporto al mercato. Il lavoratore, meno garantito nel rapporto, dovrà rinvenire nel mercato nuove tutele per trovare nuova occupazione e per affrontare i periodi di non lavoro.

Il potenziamento dei servizi all'impiego impone un nuovo assetto della regolazione del sistema di incentivi ed ammortizzatori sociali tale da realizzare un bilanciamento tra flessibilità e sicurezza.

Al fine di favorire le politiche per l'occupazione si passa quindi da un sistema fondato sul generale divieto di interposizione ad un sistema che mette in concorrenza i contratti di somministrazione e di appalto.

Con lo staff leasing viene introdotto un uno strumento nuovo per far concorrenza ad uno strumento vecchio e meno garantista di esternalizzazione.

Sempre nell'ottica di sviluppare e favorire il livello di occupazione la legge prevede alcune forme di incentivazione per l'inserimento o il reinserimento di lavoratori

svantaggiati, che viene incoraggiato attraverso espresse deroghe al regime ordinario della somministrazione.

È il caso ad esempio dell'art. 13 del Decreto in argomento che consente di:

a) operare in deroga al regime generale della somministrazione di lavoro, ai sensi del comma 2 dell'art. 23, ma solo in presenza di un piano individuale di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro, con interventi formativi idonei e il coinvolgimento di un tutore con adeguate competenze e professionalità, e a fronte della assunzione del lavoratore, da parte delle agenzie autorizzate alla somministrazione, con contratto di durata non inferiore a sei mesi;

b) determinare altresì, per un periodo massimo di dodici mesi e solo in caso di contratti di durata non inferiore a nove mesi, il trattamento retributivo del lavoratore, detraendo dal compenso dovuto quanto eventualmente percepito dal lavoratore medesimo a titolo di indennità di mobilità, indennità di disoccupazione ordinaria o speciale, o altra indennità o sussidio la cui corresponsione è collegata allo stato di disoccupazione o inoccupazione, e detraendo dai contributi dovuti per l'attività lavorativa l'ammontare dei contributi figurativi nel caso di trattamenti di mobilità e di indennità di disoccupazione ordinaria o speciale.

La concreta applicazione di tale normativa comporta che le agenzie di somministrazione di lavoro possono detrarre dai contributi complessivamente dovuti per l'attività lavorativa, determinati sulla base del compenso complessivo spettante al lavoratore (compenso dovuto dall'agenzia più trattamento previdenziale o assistenziale), l'ammontare dei contributi figurativi limitatamente ai lavoratori percettori del trattamento di mobilità o del trattamento di disoccupazione ordinaria o speciale.

Su tale base saranno determinati i contributi complessivamente dovuti in base all'intera aliquota contributiva (sia la quota a carico del datore di lavoro che quella a carico del lavoratore) prevista per il settore di appartenenza (Terziario), senza operare alcuna riduzione.

Contestualmente, le agenzie di somministrazione conguaglieranno l'importo, pari alla contribuzione figurativa connessa al trattamento di mobilità o di disoccupazione ordinaria o speciale spettante al lavoratore, nel limite della contribuzione complessivamente riferita a ciascun soggetto.

I periodi di attività prestata alle dipendenze delle agenzie di somministrazione possono essere caratterizzati da una duplice modalità di erogazione dei compensi: il trattamento retributivo effettivo, che viene corrisposto dall'agenzia di somministrazione e l'indennità economica di mobilità o di disoccupazione (ordinaria o speciale) ovvero altra indennità o sussidio correlati allo stato di disoccupazione o inoccupazione, che vengono liquidati direttamente dall'Istituto.

Poiché il lavoratore instaura con l'agenzia di somministrazione un rapporto di lavoro subordinato, ai corrispondenti periodi di attività sono connesse una retribuzione imponibile (al lordo del trattamento previdenziale erogato dall'Istituto) e la relativa contribuzione obbligatoria.

Le più volte citate indennità economiche corrisposte dall'INPS vengono recuperate a cura del datore di lavoro dal compenso dovuto all'interessato per l'attività prestata,

facendo venire meno le condizioni per l'accredito della contribuzione figurativa ad esse di norma correlata.

Per altro verso, esaminando la struttura del contratto di somministrazione per rilevarne le peculiarità che possono fondare giustificate differenze nel complessivo trattamento del lavoratore somministrato rispetto al lavoratore dipendente, dello stesso livello, della società utilizzatrice, va rilevato che il contratto commerciale di scambio di servizi tra agenzia ed utilizzatore, oltre a produrre gli effetti che la volontà negoziale delle parti stabilisce, determina anche gli effetti che la legge prevede. Tra questi anche l'assunzione dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico e del versamento dei contributi previdenziali in caso di inadempimento da parte dell'obbligato principale, vale a dire il somministratore. Ne deriva che le conseguenze, anche onerose, che il legislatore ricollega all'instaurarsi del rapporto di somministrazione, afferenti al rapporto di lavoro rispetto al quale l'utilizzatore resta terzo, potranno trovare un giusto bilanciamento nell'assetto programmatico e negoziale lasciato alla libera contrattazione delle parti.

In ultima analisi, deve ritenersi che la somministrazione si inquadra, in termini di novità, nella tendenza a trasferire la garanzia per il lavoratore dall'ambito del singolo rapporto al mercato e in parte alla collettività attraverso il sistema degli ammortizzatori sociali.

Non è superfluo notare che nel settore della pubblica amministrazione (dove peraltro l'aliquota contributiva è inferiore a quella stabilita per il settore privato), interpretazione data della normativa in esame è in sintonia con quanto sostenuto dall'INPS.

Nella circolare del Dipartimento della funzione pubblica 1 agosto 2007, n. 9 si legge espressamente che al fine di valutare l'opportunità di ricorrere al contratto di somministrazione nei casi consentiti, la valutazione del costo del lavoro e del relativo prezzo del contratto commerciale di somministrazione deve essere effettuata secondo il seguente schema:

“...voci derivanti dall'applicazione del contratto collettivo di categoria (retribuzione oraria, ex festività, permessi retribuiti, ferie, tredicesima mensilità, ratei trattamento fine rapporto, oneri assicurativi contributivi, ecc.), tenuto conto che la base per la contribuzione previdenziale deve essere calcolata non sulla base del contratto collettivo applicato dall'ente utilizzatore, bensì su quello delle agenzie per il lavoro”.

Nella stessa circolare è precisato inoltre che *“La tutela del lavoratore somministrato è inoltre garantita, sul piano della effettività, attraverso la previsione della natura solidale della obbligazione retributiva e contributiva sancita dall'art. 23, comma 3. Tale norma è rafforzata dalla previsione di cui all'art. 21, comma 1, lettera k), che sancisce che nel contratto di somministrazione l'utilizzatore debba assumersi espressamente l'obbligo di versare direttamente al lavoratore il trattamento economico nonché di versare i contributi previdenziali dovuti in caso di inadempimento del somministratore fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore. Il principio della solidarietà comporta che l'amministrazione, indipendentemente dallo schema di ripartizione degli obblighi tra il somministratore e l'utilizzatore, stabilito dalla disciplina sulla somministrazione, può essere direttamente chiamata dal lavoratore somministrato a rispondere in caso*

di inadempimento del somministratore, salva ovviamente la possibilità di rivalsa sul somministratore debitore principale. Inoltre, la chiara formulazione dell'art. 23, comma 3, esclude che l'amministrazione possa opporre al lavoratore che eserciti nei propri confronti il credito retributivo o previdenziale la necessità di provare l'inadempimento dell'agenzia di somministrazione (c.d. beneficium excussionis), dovendosi, in mancanza di espressa previsione legislativa, applicare la regola generale sulla solidarietà passiva di cui all'art. 1292 del codice civile.

Alla luce di quanto evidenziato appare opportuno che le amministrazioni utilizzatrici inseriscano nel bando di selezione dell'agenzia e nel capitolato speciale d'appalto strumenti che consentano all'amministrazione utilizzatrice di verificare la regolarità e la correttezza dell'erogazione dei trattamenti retributivi e dei versamenti contributivi, sempre in considerazione della responsabilità solidale prima richiamata”.

Conclusivamente tutti i ricorsi vanno rigettati.

Considerata la novità e complessità della questione appare conforme a giustizia compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

(Omissis)

Pubblico Impiego - Dipendente INPS - Procedura selettiva - Giurisdizione A.G.O. - Sussiste - Conferimento della posizione a funzionario C3 in presenza di candidati inquadrati in posizione C4 - Legittimità - Condizioni.

Pubblico Impiego - Dipendente INPS - Procedura selettiva - Giurisdizione A.G.O. - Sussiste - Conferimento della posizione a funzionario C3 in presenza di candidati inquadrati in posizione C4 - Colloquio con il Nucleo di valutazione - Contrasto del bando con il CCNI 2006 - Esclusione.

Tribunale di Torre Annunziata - 01.03.2010 (ord.) - Dott. Bile - D.M.C. (Avv. Apuzzo) - INPS (Avv. Di Maio)

1. È legittima l'attribuzione della posizione organizzativa di Responsabile di Processo a funzionario inquadrato in posizione C3, anche in presenza di candidati in posizione C4, a condizione che sia rispettata la scansione temporale imposta dal bando (che prevede la prioritaria selezione di candidati inquadrati in C4-C5) e che della scelta si dia adeguata motivazione.

2. È irrilevante il fatto che il colloquio con il Nucleo di valutazione, previsto dal bando per il conferimento della posizione organizzativa, non sia previsto dall'art. 7 CCNI 2006, costituendo il bando la lex specialis disciplinante in maniera esaustiva il procedimento concorsuale e vincolante rigidamente

l'operato dell'amministrazione.

FATTO e DIRITTO - In primo luogo, dati per conosciuti i fatti di causa, occorre soffermarsi sull'eccezione sollevata dall'INPS di difetto di giurisdizione del giudice adito; la medesima appare, *prima facie* e, con salvezza di una diversa valutazione nella fase di merito, infondata.

In primo luogo, per sgomberare il campo da ogni equivoco, nel caso in esame non si verte in materia concorsuale per il passaggio da un'area funzionale ad un'altra, bensì in quello relativo all'istanza di riconoscimento-attribuzione di una posizione organizzativa e di alta professionalità, di tal che la giurisprudenza citata nella memoria difensiva dall'INPS appare - sul punto - del tutto inconferente.

Si verte, invece, nell'ambito dello svolgimento del rapporto di impiego che, in quanto tale, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario del lavoro.

Infatti, sebbene l'aspirazione del dipendente al conferimento di posizione organizzativa debba essere qualificata come interesse legittimo di diritto privato, che postula la positiva valutazione dell'amministrazione – *“con la conseguenza che la scorretta valutazione comparativa delle posizioni dei concorrenti può comportare soltanto la ripetizione della procedura ovvero il risarcimento del danno da perdita di chance in favore del dipendente non correttamente valutato”* (cfr. Tribunale Napoli, 01 luglio 2008, Sanguigno C. Com. Portici in Foro it. 2009,6,1957) – va osservato che la controversia relativa ad un ricorso promosso da un pubblico dipendente il quale chieda ordinarsi all'amministrazione resistente *“di istruire una posizione organizzativa in relazione all'ufficio di appartenenza e di attribuirlo in proprio favore appartiene alla giurisdizione del g.o.”* (cfr. Tribunale Lecce sez. II, del 30 giugno 2005).

Sul punto non possono esservi dubbi in quanto sono intervenute, in un caso del tutto analogo a quello oggetto del presente giudizio, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, nella sentenza datata 18 giugno 2008, n. 16540, hanno in modo chiaro e definitivo sancito che *“la posizione organizzativa di cui alla contrattazione collettiva degli Enti locali non determina un mutamento di profilo professionale né un mutamento di area, ma comporta soltanto un mutamento di funzioni, le quali cessano al cessare dell'incarico. Ritratta, in definitiva, di una funzione ad tempus di alta responsabilità la cui definizione – nell'ambito della classificazione del personale di ciascun comparto – è demandata dalla legge alla contrattazione collettiva. Inoltre, il conferimento dell'incarico presuppone che le amministrazioni abbiano attuato i principi di razionalizzazione previsti dal d. lgs. n. 165 del 2001, e abbiano ridefinito le strutture organizzative e le dotazioni organiche”*.

Conseguentemente, proseguono le Sezioni Unite nella sentenza citata, *“il conferimento di tali posizioni organizzative esula dall'ambito degli atti amministrativi autoritativi e si iscrive nella categoria degli atti negoziali, adottati con la capacità e poteri del datore di lavoro. Le relative controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria, non ostandovi che vengano in considerazione atti amministrativi presupposti, atteso che con l'instaurazione del giudizio ordinario la tutela del pubblico dipendente è pienamente assicurata mediante la disapplicazione dell'atto”* (in senso conforme cfr.

Cass. 15 maggio 2008 n. 12315).

Anche la giurisprudenza dei Tribunali amministrativi ha affermato, seppur in modo indiretto, il medesimo principio: *“è inammissibile, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, il ricorso ex art. 21 bis, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, volto all'accertamento dell'inerzia dell'amministrazione relativamente all'istanza di riconoscimento-attribuzione di una posizione organizzativa e di alta professionalità, rientrando quest'ultima nello svolgimento del rapporto di impiego e, in quanto tale, nella giurisdizione del giudice ordinario del lavoro* (cfr. T.A.R. Cagliari Sardegna sez. II, sent. del 12 aprile 2007, n. 654).

Fatta questa premessa occorre, come sempre deve avvenire in questi casi, riportare le norme contenute nel bando di selezione per l'attribuzione della responsabilità delle posizioni organizzative vacanti presso la Regione Campania.

Nel bando, all'art. 2, si prevede che *“alla procedura di selezione di che trattasi possono partecipare i funzionari ... collocati nelle posizioni ordinamentali C5 e C4, profilo amministrativo, anche già titolari di posizione organizzativa”*.

Possono poi partecipare - prosegue il comma 2 dell'art. 2 - *“i dipendenti dichiarati vincitori nelle graduatorie delle selezioni interne per la posizione C4, profilo amministrativo, per questa Regione ... ed il personale che, già inquadrato in posizione C3 amministrativo, è risultato idoneo nella suddetta graduatoria per la posizione C4, profilo amministrativo”*.

Nel medesimo bando all'art 5, relativo alle modalità di selezione, si prevede, nel comma 1, che *“la selezione consiste in un colloquio con il Nucleo di valutazione finalizzato a verificare il possesso, da parte del candidato, dei requisiti di specifica idoneità a ricoprire con successo la posizione organizzativa richiesta ...”*

La procedura, come si specifica nel successivo comma 2, viene strutturata in due fasi distinte e separate: la prima *“riservata ai funzionari C4/C5 ovvero al personale dichiarato vincitore nelle selezioni interne per la posizione C4, profilo amministrativo”* e la seconda *“riservata al personale C3 risultato idoneo nelle medesime selezioni”*.

Alla seconda fase della selezione si procederà, dice il comma 3, dopo avere completato la prima fase di selezione *“risultino posizioni organizzative scoperte, in tal caso il Nucleo di valutazione convocherà i funzionari C3 per l'effettuazione dei colloqui con le modalità di seguito specificate.”* [così nel testo]

I candidati C3 dovranno obbligatoriamente dichiarare nella domanda di partecipazione *“di essere consapevoli e di accettare che il colloquio con il Nucleo di Valutazione sarà sostenuto a condizione che, a conclusione della prima fase della selezione, risulti vacante almeno una delle posizioni organizzative per le quali ha manifestato la disponibilità nella domanda di partecipazione”* (comma 4 del citato art. 5).

Il D.M., attualmente inquadrato nella posizione ordinamentale C4, profilo amministrativo, lamenta che la posizione organizzativa dell'Unità di Processo, Aziende Autonome, della sede di Castellammare di Stabia è stata attribuita al collega T.A. avente, invece, la qualifica di C3; lamenta, altresì, il ricorrente che la mancata attribuzione della posizione organizzativa richiesta è illegittima in quanto la normativa contrattuale del pubblico impiego (integrata con l'art 7 del CCNL 2006, cui il bando contestato fa

riferimento) prevede che *“l’attribuzione per cui è causa non poteva essere demandata, come nel caso di specie è accaduto, al mero potere discrezionale di una commissione (Nucleo di Valutazione) che si è espressa all’esito di un colloquio assolutamente privo di alcuna garanzia di imparzialità, trasparenza e correttezza”*.

Aggiunge che, essendo in possesso della qualifica C4 non doveva ne poteva essere sottoposto a “nuovo esame” rispetto a quello superato per il conferimento del 4° livello dell’area C e che, ad ulteriore riprova dell’illegittimità della procedura seguita, il bando in questione non specificava (per *“totale assenza di specificazioni”*) a quale tipo *“di prove di selezione”* dovevano sottoporsi i concorrenti.

Passando all’esame della fattispecie, seppur con i limiti imposti dalla natura del procedimento di urgenza, e con salvezza di ogni ulteriore approfondimento in sede di merito il ricorso appare, prima facie, carente del requisito del *fumus boni iuris*.

E’ ben vero che la possibilità attribuita dalla legge agli organi dell’INPS di attribuire le posizioni organizzative de quo e di effettuare le proprie scelte tra i candidati risultati idonei, viene riconosciuta con ampia discrezionalità che, tuttavia, non può sconfinare nell’arbitrio; occorre dar conto, infatti, con adeguata motivazione, delle ragioni che hanno portato la P.A. a ritenere che il candidato prescelto sia quello più idoneo al perseguimento delle finalità pubblicistiche che sono sempre sottese all’azione delle pubbliche amministrazioni, anche nell’ambito di un rapporto di impiego *“contrattualizzato”* (sull’obbligo di motivazione del provvedimento di scelta, vedasi, tra le altre, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, n. 601 del 10/1/99).

Allo scrivente, tuttavia, non compete in alcun modo - per non incorrere nel rischio di esorbitare dalle funzioni che la legge gli attribuisce - l’effettuazione di una valutazione in ordine alle graduatorie ed ai giudizi di idoneità che sono di pertinenza esclusiva degli organi amministrativi e, quindi, del Nucleo di Valutazione, potendo egli solamente verificare se la pubblica amministrazione si è attenuta al bando e se il provvedimento finale sia stato adeguatamente motivato.

Quanto al primo aspetto va riportata, nuovamente, la disposizione normativa, in parola che consente l’attribuzione di posizione organizzative anche ai funzionari C3 risultati idonei *“nella suddetta graduatoria per la posizione C4, profilo amministrativo”* (art. 2, comma 2 del bando).

L’attribuzione di una posizione organizzativa ad un funzionario C3 può avvenire, tuttavia, prosegue il bando all’art. 5, all’esito dell’espletamento di due fasi distinte e separate : la prima è *“riservata ai funzionari C4/C5 ovvero al personale dichiarato vincitore nelle selezioni interne per la posizione C4, profilo amministrativo”* mentre la seconda è *“riservata al personale C3 risultato idoneo nelle medesime selezioni”* (art. 5, comma 2 del bando).

A tale seconda fase, come già evidenziato sopra, si procederà, solamente quando, dopo avere completato la prima fase di selezione, *“risultino posizioni organizzative scoperte; in tal caso il Nucleo di Valutazione convocherà i funzionari C3 per l’effettuazione dei colloqui con le modalità di seguito specificate”* (art. 5, comma 3 del bando).

Nel caso in esame può dirsi, prima facie e compatibilmente con un accertamento di

tipo sommario, che l'INPS ha rispettato, almeno sotto il profilo temporale e motivazionale quanto previsto dal bando; emerge dagli atti, intatti, che D.M.C. ha effettuato il colloquio con il Nucleo di Valutazione nella seduta dell'11.9.2009 risultando non idoneo per la funzione di responsabile UDP - Aziende Autonome - per la sede di Castellammare (come l'altra candidata - per altra posizione organizzativa - R.M.).

Dagli atti emerge, altresì, che altri aspiranti, in possesso anch'essi della posizione ordinamentale C4 sono stati giudicati idonei a ricoprire altre posizioni organizzative (ci si riferisce a M.S. giudicato idoneo alla posizione organizzativa Conto Aziende, a C.M. per Assicurato/Pensionato ed a C.G. per Prestazioni/Assistenziali).

Nel verbale dell'11.9.2009 si afferma con chiarezza che *“tenuto conto che, a conclusione della selezione, risultano posizioni organizzative ancora scoperte, sia per la sede di Castellammare di Stabia (oggetto della presente controversia) sia per la sede di Napoli Vomero, interessa l'area competente per l'attivazione della seconda fase di selezione”*.

Appare, pertanto, prima facie e con salvezza di rivedere la decisione all'esito del giudizio di merito, che la P.A. precedente abbia osservato quanto prescritto nel bando più volte richiamato passando alla seconda fase, riservata unicamente al personale C3, solo dopo avere constatato - come stabilito dal comma 3 dell'art. 5 del bando - che erano risultate scoperte alcune posizioni organizzative; correttamente, pertanto, come dispone la norma da ultimo citata, il Nucleo di Valutazione, ha convocato i funzionari C3 “per l'effettuazione dei colloqui” con le modalità specificate nel successivo comma 4.

Ed infatti, dalla produzione dell'INPS, si rileva che nella seduta del 27.10.2009 (intervenuta a distanza di oltre un mese e mezzo dalla prima) dopo aver dato atto che, dopo la conclusione della prima fase, *“sono risultate scoperte le posizioni organizzative indicate nel messaggio della Direzione Regionale Campania n. 21586 del 29.9.2009”* il Nucleo di Valutazione *“in data odierna effettua la selezione dei candidati C3 che nella domanda di partecipazione avevano manifestato la disponibilità per almeno una delle posizioni organizzative della sede di Castellammare ricomprese nel suddetto messaggio”*. A giudizio dello scrivente, queste due ultime circostanze appaiono assai significative anche per quanto esplicitato successivamente in merito alle comunicazioni effettuate via email del 28 e del 29 settembre.

Dalla scheda di valutazione allegata del candidato T.A. si evince, inoltre, che lo stesso è stato valutato, a seguito del colloquio intervenuto in data 27.10.2009, e giudicato idoneo *“perché in possesso di tutti i requisiti di idoneità allo svolgimento delle funzioni di responsabile di UDP Aziende Autonome”*.

Pertanto, sia sotto il profilo del rigoroso rispetto motivazionale e cronologico del bando in questione sia sotto quello relativo alla scoperta di posizioni organizzative e, quindi, alla legittima attribuzione di una posizione organizzativa a funzionari C3, l'INPS sembra, prima facie e con salvezza di una diversa valutazione nel merito, aver pienamente rispettato le norme del bando.

Né tale valutazione può essere inficiata dalla comunicazione effettuata dall'INPS via email in data 28.9.2009 con la quale viene specificato che risultano scoperte alcune posizioni organizzative (e tra esse manca quella relativa all'UDP Aziende Autonome di

Castellammare di Stabia).

Quella che precede è solo una comunicazione (peraltro immediatamente modificata mediante una tempestiva errata corrige con l'email del 29.9.2008 ore 19.24) che non può intaccare la validità di atti amministrativi ad essa molto antecedenti (il giudizio di inidoneità del D.M. risale, infatti, all'11.9.2009 così come a quella data risale la decisione di ritenere scoperta l'UDP di Castellammare di Stabia nonché quella di attivare "la seconda fase di selezione" riservata ai funzionari C3).

Inoltre, in nessuna parte dell'email poi corretta, si dice che il D.M. era stato giudicato idoneo e che gli era stata attribuita la posizione organizzativa de quo, cosicché la mancata inclusione dell'UDP Conto aziende Autonome di Castellammare di Stabia tra le sedi ancora scoperte risulta, più che altro, essere il frutto di una mera dimenticanza che, in ogni caso, non può essa sola legittimare le pretese attoree.

Risultano infondate anche le ulteriori lamentele del ricorrente in ordine al fatto che la normativa contrattuale del pubblico impiego (integrata con l'art. 7 del CCNL 2006, cui il bando contestato fa riferimento) non prevede che l'attribuzione per cui è causa poteva essere demandata, come nel caso di specie e accaduto, al mero potere discrezionale di una commissione (Nucleo di Valutazione) che si è espressa "all'esito di un colloquio assolutamente privo di alcuna garanzia di imparzialità, trasparenza e correttezza".

In ordine a quest'ultimo punto (cioè al colloquio privo di garanzie di imparzialità, trasparenza e correttezza) ovviamente non può che rinviarsi alla sede più appropriata che è quella del giudizio di merito trattandosi di vantazione delicata e complessa che potrà essere compiutamente effettuata solo dopo aver raccolto tutto il materiale probatorio necessario per decidere nel merito la controversia e la specifica circostanza.

Quanto al colloquio - a giudizio del ricorrente non necessario per i funzionari C4 - con il Nucleo di Valutazione (basta richiamare l'art. 5 del bando in questione che disciplina le modalità di selezione dei candidati, norma che per i funzionari C5 e C4 (come il D.M.) prevede, al comma 1, che "la selezione consiste in un colloquio con il Nucleo di Valutazione finalizzato a verificare il possesso, da parte del candidato, dei requisiti di specifica idoneità a ricoprire con successo la posizione organizzativa richiesta ..." (circostanza che rende irrilevante il fatto che il colloquio non è previsto dall'art. 7 del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo del 2006).

In ordine all'ulteriore doglianze circa il fatto che il bando in questione non specificava (a causa di una "*totale assenza di specificazioni*") a quale tipo "*di prove di selezione*" dovevano sottoporsi i concorrenti trattasi di doglianza sulla quale non può essere, prima facie e con salvezza di rivedere il giudizio nella fase di merito, investito il Giudice Ordinario.

Infatti, sia pure in fattispecie parzialmente difforme, il Consiglio Stato, Ad. Plen., con sentenza del 28 luglio 2005, n. 3, ha stabilito che "*non essendo stata impugnata la clausola del bando e non essendo il bando di gara per la sua natura disapplicabile dal giudice, la soluzione delle questioni inerenti il procedimento di gara e l'operato dell'Amministrazione trova la sua fonte esclusivamente nelle previsioni dettate dal bando di gara la cui eventuale difformità dalla normativa in materia costituisce un elemento ultroneo ed irrilevante, costituendo il bando la "lex specialis" disciplinante*

in maniera esaustiva il procedimento di gara e vincolante rigidamente l'operato dell'Amministrazione".

Quanto, infine, al profilo motivazionale nel caso di specie, può agevolmente rilevarsi, da un esame del provvedimento impugnato, che lo stesso non appare illegittimo per mancanza o insufficienza della motivazione in quanto, nel verbale del 27.10.2009, una motivazione sulle ragioni della scelta ricaduta sul T., unico candidato giudicato idoneo per quella posizione organizzativa dal Nucleo di Valutazione (circostanza che rende, in modo evidente, l'obbligo motivazionale meno intenso), seppure stringata vi é; così come vi é il richiamo alle schede di valutazione che appaiono essere precise ed analitiche.

L'esame sfavorevole di tali motivi del ricorso comporta l'assorbimento delle ulteriori censure.

La domanda deve essere rigettata; le spese processuali possono essere compensate integralmente tra le parti in quanto sussistono, nella fattispecie, gravi ed eccezionali ragioni per disporre la compensazione totale delle spese rintracciabili proprio nel fatto che al D.M., in possesso della qualifica C4, è stato preferito altro funzionario in possesso della qualifica C3.

(Omissis)

CONSIGLIO DI STATO

Pubblico impiego - Infermità per causa di servizio ed equo indennizzo - Infortunio - Rischio improprio - Attività prodromica e strumentale al lavoro o alle modalità della prestazione - Pavimentazione insidiosa - Assenza di particolari situazioni di pericolo - Livello minimo di attenzione.

Consiglio di Stato, Sez. Sesta - 04.02.2010 n. 514 - Pres. Barbagallo - Rel. Garofoli - M.A. (Avv. Cecinato) - INPS (Avv.ti Lanzetta, Tita) (Conferma sentenza del TAR della Puglia, Sede di Lecce, Sez. I, n. 6189/2003)

L'indennizzabilità dell'infortunio subito dall'assicurato sussiste anche nell'ipotesi di rischio improprio, non intrinsecamente connesso, cioè, allo svolgimento delle mansioni tipiche del lavoro svolto dal dipendente, ma insito in un'attività prodromica e strumentale allo svolgimento delle suddette mansioni e, comunque, ricollegabile al soddisfacimento di esigenze lavorative, rimanendo irrilevante l'eventuale carattere meramente occasionale di detto rischio, dal momento che va ritenuto estraneo alla nozione legislativa di occasione di lavoro il carattere di normalità o tipicità del rischio protetto. Conseguentemente l'occasione di lavoro è configurabile anche nel caso di incidente occorso durante la deambulazione all'interno del luogo di lavoro. Tuttavia, ai fini dell'accertamento della dipendenza da causa di servizio è pur sempre necessario che la caduta sia in collegamento con situazioni rinvenibili nell'ambiente di lavoro o nelle modalità della prestazione lavorativa, come è dato per esempio registrare quando l'infortunio si sia verificato a causa della pavimentazione insidiosa dei locali che il dipendente è costretto a percorrere a cagione e per l'espletamento della sua attività professionale.

FATTO - Con la sentenza gravata è stato respinto il ricorso proposto dall'odierno ricorrente, dipendente dell'INPS in servizio presso la sede provinciale di Taranto, avverso la delibera con cui il Consiglio di Amministrazione dell'INPS ha respinto la domanda di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio della borsite olecranica post traumatica conseguente a scivolamento lungo le scale che lo stesso ricorrente (risultando fuori uso l'ascensore) ha utilizzato, in data 24 aprile 1995, per recarsi per ragioni di servizio nei locali dell'archivio tessere dell'ufficio: delibera assunta dal Consiglio di Amministrazione nonostante il competente collegio medico avesse ritenuto la "sussistenza del nesso causale tra il servizio e l'infermità denunciata".

Propone gravame il ricorrente ritenendo l'erroneità della sentenza impugnata di cui chiede l'annullamento.

All'udienza dell'11 dicembre 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO - Il ricorso va respinto.

Giova considerare che, per indirizzo giurisprudenziale ricorrente, l'indennizzabilità dell'infortunio subito dall'assicurato sussiste anche nell'ipotesi di rischio improprio, non intrinsecamente connesso, cioè, allo svolgimento delle mansioni tipiche del lavoro svolto dal dipendente, ma insito in un'attività prodromica e strumentale allo svolgimento delle suddette mansioni e, comunque, ricollegabile al soddisfacimento di esigenze lavorative, rimanendo irrilevante l'eventuale carattere meramente occasionale di detto rischio, dal momento che va ritenuto estraneo alla nozione legislativa di occasione di lavoro il carattere di normalità o tipicità del rischio protetto.

Conseguentemente l'occasione di lavoro è configurabile anche nel caso di incidente occorso durante la deambulazione all'interno del luogo di lavoro (Cass. civ., Sez. lav., 4 agosto 2005, n. 16417).

È tuttavia pur sempre necessario che la caduta sia in collegamento con situazioni rinvenibili nell'ambiente di lavoro o nelle modalità della prestazione lavorativa, come è dato per esempio registrare quando l'infortunio si sia verificato a causa della pavimentazione insidiosa dei locali che il dipendente è costretto a percorrere a cagione e per l'espletamento della sua attività professionale (Cass. civ., Sez. lav., 7 aprile 2000, n. 4433).

È quanto non si è verificato nel caso di specie.

Come invero correttamente ritenuto dal primo giudice, il ricorrente non dimostra, né allega, che le scale ove si verificò l'infortunio fossero in condizioni tali da rendere insicuro il transito delle persone, circostanza che d'altronde non può certamente essere desunta in modo automatico, come invece implicitamente sostenuto dal ricorrente, dall'assenza di dispositivi antisdrucchiolo.

In assenza di particolari fonti di pericolo (gradini consunti, resi scivolosi dall'uso o dalla presenza di particolari sostanze, presenza eccezionale di ostacoli, ecc.), deve ritenersi sufficiente un livello assolutamente minimo di attenzione per evitare ogni tipo di lesione, sicché va esclusa la dipendenza dell'infortunio da un rischio specifico, pure inteso in senso esteso, come sopra illustrato.

Alla stregua delle esposte ragioni va pertanto respinto il gravame.

Sussistono giustificate ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

(Omissis)

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA***

Lavoro (Rapporto di) – Principio di non discriminazione in base all'età – Direttiva 2000/78/CE – Legislazione nazionale in materia di licenziamento che, ai fini del calcolo dei termini di preavviso, non tiene conto del periodo di lavoro svolto prima che il dipendente abbia raggiunto l'età di 25 anni – Giustificazione della norma – Normativa nazionale contraria alla direttiva – Ruolo del giudice nazionale.

Sentenza della Corte (Grande Sezione) 19 gennaio 2010 nel procedimento C-555/07, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Germania) con decisione 21 novembre 2007, pervenuta in cancelleria il 13 dicembre 2007, nella causa Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG (Avv. Nebeling, Rechtsanwalt)

(Omissis)

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del principio di non discriminazione in base all'età e della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303, pag. 16).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Küçükdeveci e il suo ex datore di lavoro, la Swedex GmbH & Co. KG (in prosieguo: la «Swedex»), in ordine al calcolo dei termini di preavviso applicabili al suo licenziamento.

* I testi delle sentenze riportate nell'Osservatorio sono reperibili gratuitamente, in versione integrale, sul sito ufficiale della Corte di Giustizia delle Comunità europee, www.curia.europa.eu/it. La versione elettronica è gratuita e non autentica. In caso di discordanza prevale la versione definitiva pubblicata nella "Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado".

Contesto normativo

La normativa dell'Unione

3 La direttiva 2000/78 è stata adottata sul fondamento dell'art. 13 CE. I 'considerando' primo, quarto e venticinquesimo della direttiva sono del seguente tenore:

«(1) Conformemente all'articolo 6 del trattato sull'Unione europea, l'Unione europea si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, principi che sono comuni a tutti gli Stati membri e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[, firmata a Roma il 4 novembre 1950,] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

(...)

(4) Il diritto di tutti all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla protezione contro le discriminazioni costituisce un diritto universale riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, dai patti delle Nazioni Unite relativi rispettivamente ai diritti civili e politici e ai diritti economici, sociali e culturali e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali di cui tutti gli Stati membri sono firmatari. La Convenzione n. 111 dell'Organizzazione internazionale del lavoro proibisce la discriminazione in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

(...)

(25) Il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione. Tuttavia in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate e richiedono pertanto disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione degli Stati membri. È quindi essenziale distinguere tra le disparità di trattamento che sono giustificate, in particolare, da obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione professionale, e le discriminazioni che devono essere vietate».

4 Ai sensi del suo art. 1, la direttiva 2000/78 mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

5 L'art. 2 di tale direttiva è del seguente tenore:

«1. Ai fini della presente direttiva, per "principio della parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1.

2. Ai fini del paragrafo 1:

a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

(...)».

6 L'art. 3, n. 1, di tale direttiva precisa che:

«1. Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

(...)

c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

(...)».

7 L'art. 6, n. 1, della stessa direttiva così dispone:

«Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

Tali disparità di trattamento possono comprendere in particolare:

- a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi;
- b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione;
- c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento».

8 Ai sensi dell'art. 18, primo comma, della stessa direttiva, la sua trasposizione nell'ordinamento giuridico degli Stati membri doveva avvenire al più tardi entro il 2 dicembre 2003. Tuttavia, ai sensi del secondo comma dello stesso articolo:

«Per tener conto di condizioni particolari gli Stati membri possono disporre se necessario di tre anni supplementari, a partire dal 2 dicembre 2003 ovvero complessivamente di sei anni al massimo, per attuare le disposizioni relative alle discriminazioni basate sull'età o sull'handicap. In tal caso essi informano immediatamente la Commissione. (...)».

9 La Repubblica federale di Germania si è avvalsa di tale facoltà, di modo che il recepimento delle disposizioni della direttiva 2000/78, relative alla discriminazione in base all'età e sull'handicap, doveva essere effettuato in tale Stato membro entro il 2 dicembre 2006.

La normativa nazionale

La legge generale sulla parità di trattamento

10 Gli artt. 1, 2 e 10 della legge generale 14 agosto 2006, sulla parità di trattamento (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz; BGBl. 2006 I, pag. 1897), che ha trasposto la direttiva 2000/78, così recitano:

«Art. 1 – Finalità della legge

La presente legge ha l'obiettivo di impedire o di eliminare qualsiasi trattamento sfavorevole basato sulla razza o sull'origine etnica, sul sesso, sulla religione o sulle convinzioni personali, sull'handicap, sull'età o sull'identità sessuale.

Art. 2 – Ambito di applicazione

(...)

4) Ai licenziamenti si applicano esclusivamente le disposizioni relative alla tutela generale e particolare contro i licenziamenti.

(...)

Art. 10 – Ammissibilità di talune disparità di trattamento collegate all'età

Fatto salvo l'art. 8, è ammissibile una disparità di trattamento collegata all'età laddove essa sia oggettiva, ragionevole e giustificata da una finalità legittima. I mezzi per il conseguimento di tale finalità devono essere appropriati e necessari. Tali disparità di trattamento possono comprendere in particolare:

1) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di retribuzione e di licenziamento, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi;

(...)).

La normativa relativa al termine di preavviso di licenziamento

11 L'art. 622 del codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch, in prosieguo: il «BGB») così recita:

«1) Il rapporto di lavoro di un operaio o di un impiegato (lavoratore) può essere risolto rispettando un preavviso di quattro settimane, con effetto al quindicesimo o all'ultimo giorno del mese.

2) Per il licenziamento da parte del datore di lavoro, si applicano i seguenti termini di preavviso:

– se il rapporto di lavoro nell'azienda o nell'impresa è durato 2 anni: 1 mese, con effetto alla fine di un mese di calendario;

– se è durato 5 anni: 2 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario;

– se è durato 8 anni: 3 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario;

– se è durato 10 anni: 4 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario;

– se è durato 12 anni: 5 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario;

– se è durato 15 anni: 6 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario;

– se è durato 20 anni: 7 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario.

Nel calcolo della durata dell'impiego non vanno considerati i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore».

Causa principale e questioni pregiudiziali

12 La sig.ra Küçükdeveci è nata il 12 febbraio 1978. Essa lavorava dal 4 giugno 1996, ossia dall'età di 18 anni, alle dipendenze della Swedex.

13 Con lettera 19 dicembre 2006, la Swedex ha licenziato la dipendente, con effetto, considerato il termine di preavviso legale, al 31 gennaio 2007. Il datore di lavoro ha calcolato il termine di preavviso come se la dipendente avesse avuto un'anzianità di 3 anni, benché essa fosse alle sue dipendenze da 10 anni.

14 La sig.ra Küçükdeveci ha contestato il suo licenziamento dinanzi all'Arbeitsgericht Mönchengladbach. Dinanzi a tale organo giurisdizionale essa ha sostenuto che il termine di preavviso nei suoi confronti avrebbe dovuto essere di 4 mesi a decorrere dal 31 dicembre 2006, vale a dire fino al 30 aprile 2007, e ciò in applicazione dell'art. 622, n. 2, primo comma, punto 4, del BGB. Tale termine corrisponderebbe ad un'anzianità di dieci anni. La causa principale vede quindi opposti questi due privati, vale a dire, da un lato, la sig.ra Küçükdeveci e, dall'altro, la Swedex.

15 A parere della sig.ra Küçükdeveci, l'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB, nella parte in cui prevede che per il calcolo della durata del termine di preavviso non sono presi in considerazione i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età, costituisce una misura di discriminazione in base all'età contraria al diritto dell'Unione e va disapplicata.

16 Il Landesarbeitsgericht Düsseldorf, pronunciandosi in appello, ha constatato che alla data in cui è avvenuto il licenziamento il termine per la trasposizione della direttiva 2000/78 era scaduto. Tale giudice ha considerato del pari che l'art. 622 del BGB contiene una disparità di trattamento direttamente collegata all'età, della cui incostituzionalità non è convinto, ma di cui sarebbe invece discutibile la conformità al diritto dell'Unione. Tale giudice si chiede, in proposito, se l'eventuale esistenza di una discriminazione diretta connessa all'età debba essere valutata sulla base del diritto primario dell'Unione, come sembra suggerire la sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold (Racc. pag. 9981), oppure alla luce della direttiva 2000/78. Sottolineando che la disposizione nazionale di cui trattasi è chiara e non potrebbe essere, eventualmente, interpretata in un senso conforme a detta direttiva, il giudice del rinvio si chiede del pari se, per poter disapplicare tale disposizione in una controversia tra privati, esso debba, al fine di garantire la tutela del legittimo affidamento dei destinatari delle norme, sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte affinché quest'ultima confermi l'incompatibilità di tale disposizione con il diritto dell'Unione.

17 È sulla scorta di tali premesse che il Landesarbeitsgericht Düsseldorf ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «1) a) Se una normativa nazionale, secondo la quale i termini di preavviso di licenziamento che il datore di lavoro deve rispettare si prolungano progressivamente con l'aumentare della durata dell'impiego, senza tuttavia che siano presi in considerazione i periodi di lavoro svolti dal lavoratore prima di aver raggiunto il venticinquesimo anno di età, sia contraria al divieto di discriminazione in ragione dell'età sancito dal diritto comunitario, e segnatamente dal diritto primario della CE o dalla direttiva (...) 2000/78 (...);

b) se una ragione giustificativa del fatto che un datore di lavoro debba rispettare soltanto un termine di preavviso di base per il licenziamento dei lavoratori più

giovani possa essere ravvisata nella circostanza che al datore di lavoro viene riconosciuto un interesse economico ad una gestione flessibile del personale – il quale verrebbe pregiudicato da termini di preavviso di licenziamento più lunghi – e che ai giovani lavoratori non viene accordata la tutela dei diritti quesiti e delle aspettative (garantita ai lavoratori più anziani attraverso termini di preavviso più estesi), ad esempio perché si presume una loro maggiore mobilità e flessibilità professionale e personale in ragione dell'età e/o dei minori obblighi sociali, familiari e privati su di essi incombenti.

2) In caso di soluzione affermativa della questione sub 1 a) e negativa della questione sub 1 b):

Se il giudice di uno Stato membro investito di una causa tra privati debba disapplicare una normativa contraria al diritto comunitario ovvero se debba tenere conto della fiducia riposta dai destinatari delle norme nell'applicazione delle leggi nazionali vigenti, in modo tale per cui l'inapplicabilità sopravvenga soltanto in seguito ad una decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla normativa contestata o su una normativa sostanzialmente analoga».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

18 Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se una normativa nazionale come quella controversa nella causa principale – la quale prevede che i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento del suo venticinquesimo anno di età non sono presi in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento – costituisca una disparità di trattamento in base all'età vietata dal diritto dell'Unione, in particolare dal diritto primario o dalla direttiva 2000/78. Tale giudice chiede, in particolare, se una normativa siffatta sia giustificata dalla circostanza che occorrerebbe rispettare unicamente un termine di preavviso di base nel caso di licenziamento di giovani lavoratori, da un lato, per consentire ai datori di lavoro una gestione flessibile del personale, ciò che non sarebbe possibile con termini di preavviso più lunghi, e, dall'altro, in quanto sarebbe ragionevole esigere dai giovani lavoratori una mobilità personale e professionale maggiore di quella richiesta ai lavoratori più anziani.

19 Per risolvere tale questione, occorre anzitutto precisare, come invita a fare il giudice del rinvio, se essa debba essere affrontata alla luce del diritto primario dell'Unione o della direttiva 2000/78.

20 In proposito, va inizialmente ricordato che il Consiglio dell'Unione europea, fondandosi sull'art. 13 CE, ha adottato la direttiva 2000/78 in merito alla quale la Corte ha dichiarato che non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro, principio che trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ma che essa ha il solo obiettivo di stabilire, in dette materie, un quadro generale per la lotta alle

discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali rientra l'età (v. sentenza Mangold, cit., punto 74).

21 In tale contesto, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un principio di non discriminazione in base all'età che deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione (v., in questo senso, sentenza Mangold, cit., punto 75). La direttiva 2000/78 dà espressione concreta a tale principio (v., per analogia, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne, Racc. pag. 455, punto 54).

22 Va del pari rilevato che l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Ai sensi dell'art. 21, n. 1, di tale Carta, «[è] vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, (...) [sul]l'età».

23 Affinché il principio di non discriminazione in base all'età possa applicarsi in una fattispecie come quella di cui alla causa principale, è anche necessario che tale fattispecie rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

24 A tal proposito, e a differenza della causa conclusasi con la sentenza 23 settembre 2008, causa C-427/06, Bartsch (Racc. pag. 7245), il presunto comportamento discriminatorio adottato nella presente fattispecie in base alla normativa nazionale controversa ha avuto luogo successivamente alla data limite del termine impartito allo Stato membro per trasporre la direttiva 2000/78, termine che, per quanto riguarda la Repubblica federale di Germania, è scaduto il 2 dicembre 2006.

25 In tale data, la direttiva ha avuto l'effetto di far entrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale che affronta una materia disciplinata dalla stessa direttiva, vale a dire, nella fattispecie, le condizioni di licenziamento.

26 In effetti, una disposizione nazionale quale l'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB, per il fatto di prevedere che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non siano presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima di aver raggiunto il venticinquesimo anno d'età, incide sulle condizioni di licenziamento dei dipendenti. Si deve pertanto considerare che una legislazione siffatta detti norme relative alle condizioni di licenziamento.

27 Da tali considerazioni risulta che è in base al principio generale di diritto dell'Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all'età, come specificato dalla direttiva 2000/78, che va esaminato se il diritto dell'Unione osti ad una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale.

28 Relativamente, poi, alla questione se la normativa controversa nella causa principale contenga una disparità di trattamento in base all'età, va ricordato che, ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 2000/78, ai fini di quest'ultima, per «principio della parità di trattamento» si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'art. 1 della medesima direttiva. L'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva in questione precisa che, ai fini dell'applicazione del suo n. 1, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1 della direttiva in parola, una persona è trattata in modo meno favorevole di un'altra in una situazione analoga (v. sentenze 16 ottobre 2007, causa C-411/05, Palacios de

la Villa, Racc. pag. 8531, punto 50 nella Raccolta, punto 33J, e 5 marzo 2009, causa C-388/07, *Age Concern England*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 33).

29 Nella fattispecie, l'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB riserva un trattamento meno favorevole ai dipendenti che sono entrati in servizio presso il datore di lavoro prima dei 25 anni di età. Tale normativa nazionale crea quindi una disparità di trattamento tra persone aventi la medesima anzianità a seconda dell'età in cui esse sono state assunte.

30 Così, per due dipendenti aventi ciascuno 20 anni di anzianità, quello assunto all'età di 18 anni avrà diritto ad un termine di preavviso di licenziamento pari a cinque mesi, mentre tale termine sarà pari a sette mesi per colui che è stato assunto all'età di 25 anni. Inoltre, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 36 della sue conclusioni, la normativa nazionale considerata nella causa principale tratta, in generale, in modo più sfavorevole i giovani lavoratori rispetto ai lavoratori più anziani, in quanto i primi – come illustrato dalla situazione della ricorrente nella causa principale – possono essere esclusi, malgrado un'anzianità di servizio nell'impresa di diversi anni, dal poter beneficiare di un aumento progressivo dei termini di preavviso di licenziamento in funzione della durata del rapporto di lavoro, di cui possono invece giovare i lavoratori più anziani aventi un'anzianità equiparabile.

31 Ne consegue che la normativa nazionale considerata contiene una disparità di trattamento fondata sul criterio dell'età.

32 Occorre, in una terza fase, esaminare se tale disparità di trattamento sia atta a costituire una discriminazione vietata dal principio di non discriminazione in base all'età cui ha dato espressione concreta la direttiva 2000/78.

33 Al riguardo, l'art. 6, n. 1, primo comma, della direttiva 2000/78 enuncia che una disparità di trattamento in base all'età non costituisce discriminazione laddove essa sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

34 Tanto dalle informazioni fornite dal giudice del rinvio, quanto dalle spiegazioni date in udienza dal governo tedesco risulta che l'art. 622 del BGB trae la sua origine in una legge del 1926. La fissazione della soglia di 25 anni ad opera di tale legge sarebbe il frutto di un compromesso tra, in primo luogo, il governo dell'epoca che auspicava una proroga uniforme di tre mesi del termine di preavviso di licenziamento per i lavoratori di età superiore ai 40 anni, in secondo luogo, i fautori di una proroga graduale di tale termine per tutti i lavoratori e, infine, i sostenitori di una proroga graduale della durata del preavviso, che non tenesse però conto del periodo lavorato, avendo tale regola lo scopo di sollevare parzialmente i datori di lavoro dall'onere dei termini di preavviso prolungati per i lavoratori di età inferiore ai 25 anni.

35 Secondo il giudice del rinvio, l'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB rispecchia la valutazione del legislatore secondo cui i giovani lavoratori, in genere, reagiscono più facilmente e più rapidamente alla perdita del loro impiego e ci si può attendere da loro una maggiore flessibilità. Infine, un termine di preavviso più breve per i giovani lavora-

tori ne favorirebbe l'assunzione aumentando la flessibilità della gestione del personale.

36 Finalità del tipo di quelle menzionate dal governo tedesco e dal giudice del rinvio appaiono rientrare in una politica in materia di occupazione e del mercato del lavoro, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78.

37 Va però verificato, secondo il tenore stesso di tale disposizione, se i mezzi apprestati per conseguire siffatta finalità legittima siano «appropriati e necessari».

38 Si deve, in proposito, ricordare che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi in materia di politica sociale e di occupazione (v. citate sentenze Mangold, punto 63, e Palacios de la Villa, punto 68).

39 Il giudice del rinvio indica che l'obiettivo del provvedimento di cui trattasi è quello di offrire al datore di lavoro una maggiore flessibilità nella gestione del personale, alleviando l'onere per tale datore di lavoro per quanto attiene al licenziamento dei giovani lavoratori, dai quali sarebbe ragionevole attendersi una più elevata mobilità personale e professionale.

40 Nondimeno, tale provvedimento non è appropriato per il conseguimento di detto obiettivo giacché si applica a tutti i dipendenti assunti dall'impresa prima del venticinquesimo anno di età, indipendentemente dalla loro età al momento del licenziamento.

41 Per quanto riguarda l'obiettivo, perseguito dal legislatore nell'adottare la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale e ricordato dal governo tedesco, di rafforzare la tutela dei lavoratori in funzione del tempo trascorso nell'impresa, risulta che, in forza di tale normativa, l'allungamento del termine di preavviso di licenziamento a seconda dell'anzianità del dipendente è ritardato per qualsiasi lavoratore assunto dall'impresa prima dei 25 anni di età, anche laddove l'interessato vanta, al momento del licenziamento, una lunga anzianità di servizio in tale impresa. Tale normativa non può pertanto essere considerata idonea a realizzare la finalità dichiarata.

42 Va aggiunto che la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, come ricordato dal giudice del rinvio, incide sui giovani dipendenti in modo diseguale, in quanto colpisce i giovani che si impegnano presto nella vita attiva, senza formazione professionale, o dopo una breve formazione professionale, e non coloro che iniziano a lavorare più tardi, dopo una lunga formazione professionale.

43 Risulta da tutte queste considerazioni che la prima questione va risolta dichiarando che il diritto dell'Unione, in particolare il principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che prevede che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non vanno presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età.

Sulla seconda questione

44 Con la seconda questione il giudice del rinvio si chiede se, allorchè è investi-

to di una controversia tra privati, per poter disapplicare una normativa nazionale che ritenga contraria al diritto dell'Unione, egli debba previamente, a fini di tutela del legittimo affidamento dei soggetti di diritto, adire la Corte di giustizia in forza dell'art. 267 TFUE, affinché quest'ultima confermi l'incompatibilità di tale normativa con il diritto dell'Unione.

45 Per quanto riguarda, in primo luogo, il ruolo del giudice nazionale chiamato a dirimere una controversia tra privati nella quale la normativa nazionale appaia contraria al diritto dell'Unione, la Corte ha statuito che spetta ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia (v., in questo senso, sentenze 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., Racc. pag. 8835, punto 111, nonché 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact, Racc. pag. 2483, punto 42).

46 A questo proposito, con riferimento a controversie tra privati, la Corte ha dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, Racc. pag. 723, punto 48; 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori, Racc. pag. 3325, punto 20, nonché Pfeiffer e a., cit., punto 108).

47 Tuttavia, l'obbligo per gli Stati membri, derivante da una direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest'ultima, e il loro dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi dei detti Stati, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali (v., in particolare, in questo senso, sentenze 10 aprile 1984, causa 14/83, von Colson e Kamann, Racc. pag. 1891, punto 26; 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing, Racc. pag. 4135, punto 8; Faccini Dori, cit., punto 26; 18 dicembre 1997, causa C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Racc. pag. 7411, punto 40; Pfeiffer e a., cit., punto 110, nonché 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 106).

48 Ne consegue che, nell'applicare il diritto interno, il giudice nazionale chiamato ad interpretare tale diritto deve procedere per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo di tale direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art 288, terzo comma, TFUE (v., in tal senso, sentenze citate von Colson e Kamann, punto 26; Marleasing, punto 8; Faccini Dori, punto 26, nonché Pfeiffer e a., punto 113). L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v., in questo senso, sentenza Pfeiffer e a., cit., punto 114).

49 Secondo il giudice del rinvio, tuttavia, per la sua chiarezza e precisione, l'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB non si presta ad un'interpretazione conforme alla direttiva 2000/78.

50 A tal proposito, occorre ricordare, da un lato, che, come già si è detto al punto 20

della presente sentenza, la direttiva 2000/78 si limita a dare espressione concreta – senza sancirlo – al principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e, d'altro lato, che il principio di non discriminazione in base all'età è un principio generale del diritto dell'Unione, in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento (v., in questo senso, sentenza Mangold, cit., punti 74-76).

51 Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, investito di una controversia in cui è messo in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale (v., in questo senso, sentenza Mangold, cit., punto 77).

52 Per quel che riguarda, in secondo luogo, l'obbligo che graverebbe sul giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, di chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione prima di poter disapplicare una norma nazionale che ritenga contraria a tale diritto, si deve rilevare che dalla decisione di rinvio risulta che tale aspetto della questione è motivato dal fatto che, in forza del diritto nazionale, il giudice del rinvio non può disapplicare una disposizione vigente della legislazione nazionale se essa non sia stata previamente dichiarata incostituzionale dal Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale).

53 In proposito, occorre sottolineare che la necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale.

54 La facoltà così riconosciuta dall'art. 267, secondo comma, TFUE di chiedere alla Corte un'interpretazione pregiudiziale prima di disapplicare la norma nazionale contraria al diritto dell'Unione non può tuttavia trasformarsi in obbligo per il fatto che il diritto nazionale non consente a tale giudice di disapplicare una norma interna che egli ritenga contraria alla Costituzione, se tale disposizione non sia stata previamente dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale. Infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale contraria, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata (v., in questo senso, sentenza Mangold, cit., punto 77).

55 Risulta da queste considerazioni che il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, non è tenuto, ma ha la facoltà di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione del principio di non discriminazione in base all'età,

quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, prima di disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria a tale principio. Il carattere facoltativo di tale adizione è indipendente dalle modalità che si impongono al giudice nazionale, nel diritto interno, per poter disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria alla Costituzione.

56 In considerazione di tutto quel che precede, la seconda questione va risolta dichiarando che è compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio.

Sulle spese

57 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

- 1) **Il diritto dell'Unione, in particolare il principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che prevede che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non sono presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età.**
- 2) **È compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio.**

Lavoro (Rapporto di) - Accordo di associazione CEE-Turchia – Decisione n. 1/80 del Consiglio di associazione – Art. 6, n. 1 – Nozione di “lavoratore” – Esercizio di un’attività lavorativa subordinata minore – Condizione relativa alla perdita dei diritti acquisiti

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 4 febbraio 2010 nel procedimento C-14/09, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dal Verwaltungsgericht Berlin (Germania) con decisione 10 dicembre 2008, pervenuta in cancelleria il 12 gennaio 2009, nella causa Hava Genc contro Land Berlin

(*Omissis*)

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’art. 6, n. 1, della decisione del Consiglio di associazione 19 settembre 1980, n. 1, relativa allo sviluppo dell’associazione CEE/Turchia (in prosieguo: la «decisione n. 1/80»). Il Consiglio di associazione è stato istituito dall’Accordo che crea un’associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, firmato ad Ankara il 12 settembre 1963 dalla Repubblica di Turchia, da un lato, nonché dagli Stati membri della CEE e della Comunità, dall’altro, e concluso, approvato e confermato a nome di quest’ultima con decisione del Consiglio 23 dicembre 1963, 64/732/CEE (GU 1964, n. 217, pag. 3685; in prosieguo: l’«Accordo di associazione CEE-Turchia»).

2 Detta domanda è stata proposta nell’ambito di una controversia tra la sig.ra Genc, cittadina turca, e il Land Berlin in merito al diniego di proroga di un permesso di soggiorno in Germania.

Contesto normativo

3 L’art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80 è formulato come segue:

«1. Fatte salve le disposizioni dell’articolo 7, relativo al libero accesso dei familiari all’occupazione, il lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro ha i seguenti diritti:

- rinnovo, in tale Stato membro, dopo un anno di regolare impiego, del permesso di lavoro presso lo stesso datore di lavoro, se dispone di un impiego;
- candidatura, in tale Stato membro, ad un altro posto di lavoro, la cui regolare offerta sia registrata presso gli uffici di collocamento dello Stato membro, nella stessa professione, presso un datore di lavoro di sua scelta, dopo tre anni di regolare impiego, fatta salva la precedenza da accordare ai lavoratori degli Stati membri della Comunità;
- libero accesso, in tale Stato membro, a qualsiasi attività dipendente di sua scelta, dopo quattro anni di regolare impiego».

4 L'art. 7 della stessa decisione stabilisce:

«I familiari che sono stati autorizzati a raggiungere un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro:

- hanno il diritto di rispondere, fatta salva la precedenza ai lavoratori degli Stati membri della Comunità, a qualsiasi offerta di impiego, se vi risiedono regolarmente da almeno tre anni;
- beneficiano del libero accesso a qualsiasi attività dipendente di loro scelta se vi risiedono regolarmente da almeno cinque anni.

I figli dei lavoratori turchi che hanno conseguito una formazione professionale nel paese ospitante potranno, indipendentemente dal periodo di residenza in tale Stato membro e purché uno dei genitori eserciti legalmente un'attività lavorativa nello Stato membro interessato da almeno tre anni, rispondere a qualsiasi offerta d'impiego in tale Stato membro».

5 L'art. 14, n. 1, della decisione n. 1/80 così recita:

«Le disposizioni della presente sezione vengono applicate fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di sicurezza e di sanità pubbliche».

Causa principale e questioni pregiudiziali

6 La sig.ra Genc, nata nel 1966, è entrata in Germania il 7 luglio 2000 con un visto finalizzato al ricongiungimento familiare con il coniuge, cittadino turco, che viveva già in tale Stato membro.

7 Negli anni successivi, ha ottenuto un permesso di soggiorno e un permesso di lavoro a tempo indeterminato. Il marito era in un primo momento occupato come lavoratore dipendente e, il 5 maggio 2003, ha avviato un'attività autonoma.

8 I coniugi, registrati insieme presso l'anagrafe sino al 12 gennaio 2004, si sono separati in una data non ben conosciuta. Il 1° agosto 2005 è stato concesso per l'ultima volta alla sig.ra Genc un permesso di soggiorno con una validità di due anni nel contesto del ricongiungimento familiare, sulla base dell'art. 30 dell'Aufenthaltsgesetz (legge 30 luglio 2004 in materia di soggiorno degli stranieri, BGBl. 2004 I, pag. 1950).

9 La sig.ra Genc dal 18 giugno 2004 è occupata come addetta alle pulizie presso la ditta L. Glas- und Gebäudereinigungsservice GmbH. Secondo il contratto di lavoro – redatto per iscritto il 9 novembre 2007 – l'orario di lavoro settimanale è di 5,5 ore con una retribuzione oraria di EUR 7,87. Tale contratto prevede il diritto a 28 giorni di ferie retribuite e la continuità della retribuzione in caso di malattia. Inoltre detto contratto è assoggettato al contratto collettivo vigente. La sig.ra Genc percepisce per questo rapporto di lavoro una retribuzione mensile media di circa EUR 175.

10 Il 7 agosto 2007 la sig.ra Genc ha chiesto un'ulteriore proroga del suo permesso di soggiorno. All'epoca, accanto al suo reddito da lavoro, essa ha continuato a percepire prestazioni sociali in base al libro II del Sozialgesetzbuch II (codice tedesco della pre-

videnza sociale). Tali prestazioni sono state interrotte nel maggio 2008 sulla base di una domanda della sig.ra Genc.

11 Con decisione 4 febbraio 2008, il Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten Berlin ha rifiutato la proroga del permesso di soggiorno e ha minacciato la sig.ra Genc di espulsione. Secondo detta autorità amministrativa, la sig.ra Genc non poteva avvalersi della decisione n. 1/80, in quanto non soddisfaceva i requisiti previsti dall'art. 6 di detta decisione. Infatti, in considerazione del numero estremamente ridotto di ore di lavoro svolte per la ditta L. Glas- und Gebäudereinigungsservice GmbH, l'attività professionale della sig.ra Genc non potrebbe essere considerata come un impiego regolare, né essa avrebbe acquisito diritti ai sensi dell'art. 7, primo comma, primo trattino, della decisione n. 1/80, poiché il coniuge, in quanto lavoratore autonomo, non era più inserito nel mercato del lavoro come lavoratore dipendente dal maggio 2003. Infine, non sussistevano interessi meritevoli di tutela per giustificare un'ulteriore permanenza della ricorrente nella causa principale nel territorio della Repubblica federale di Germania.

12 Il 22 febbraio 2008, la sig.ra Genc ha presentato ricorso avverso tale decisione dinanzi al Verwaltungsgericht Berlin. Essa ha peraltro introdotto una domanda di provvedimenti provvisori, che è stata accolta.

13 Successivamente, la sig.ra Genc ha presentato un contratto di lavoro a tempo indeterminato, datato 30 aprile 2008, con decorrenza dal 2 maggio 2008, in qualità di aiutante d'ufficio per 25 ore settimanali con una retribuzione mensile netta di EUR 422.

14 Considerando che, in tale contesto, la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente richiede l'interpretazione del diritto dell'Unione, il Verwaltungsgericht Berlin ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se un cittadino turco, che è inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro e svolge in maniera duratura per un terzo e secondo le direttive di quest'ultimo prestazioni che hanno un determinato valore economico e in corrispettivo delle quali percepisce una retribuzione, sia un lavoratore ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80 (...), anche quando l'ambito temporale dell'attività costituisce solo il 14% circa dell'orario di lavoro contrattuale di una persona occupata a tempo pieno (nella fattispecie 5,5 ore su un orario di lavoro di 39 ore settimanali) e l'unico reddito derivato da questa attività copre solo circa il 25% del minimo stabilito dal diritto nazionale dello Stato membro di cui trattasi per assicurare il proprio mantenimento (nella fattispecie circa EUR 175 su circa EUR 715).

In caso di soluzione affermativa della prima questione:

«2) Se un cittadino turco possa far riferimento alla libera circolazione derivante dall'Accordo di associazione CEE-Turchia in qualità di lavoratore ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80, anche se lo scopo del soggiorno che aveva al momento dell'ingresso è venuto meno (nella fattispecie il ricongiungimento coniugale), non sussiste alcun altro interesse meritevole di tutela per una permanenza nel territorio dello Stato membro e la possibilità di una prosecuzione di un'attività professionale minore in detto Stato non può essere considerata un motivo sufficiente per giustificare la sua permanenza nel territorio

dello Stato membro medesimo, poiché in particolare mancano seri sforzi per un'integrazione economica stabile senza far ricorso a prestazioni sociali per assicurare il proprio mantenimento».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

15 Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se un cittadino turco che è inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro e che svolge in maniera duratura per un terzo e secondo le direttive di quest'ultimo prestazioni in corrispettivo delle quali percepisce una retribuzione, sia un lavoratore ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80, nonostante il fatto che l'ambito temporale dell'attività professionale costituisca circa il 14% dell'orario di lavoro contrattuale di una persona occupata a tempo pieno e il reddito derivato da questa attività corrisponda al 25% del minimo stabilito dal diritto nazionale dello Stato membro di cui trattasi per assicurare il proprio mantenimento.

16 Conformemente all'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80, i cittadini turchi che intendano avvalersi, nello Stato membro ospitante, dei diritti previsti da detta disposizione devono soddisfare tre condizioni, vale a dire lo status di lavoratore, l'inserimento nel regolare mercato del lavoro e la sussistenza di un impiego regolare.

17 Una giurisprudenza costante ha desunto dal tenore letterale degli artt. 12 dell'Accordo di associazione CEE-Turchia e 36 del protocollo addizionale firmato a Bruxelles il 23 novembre 1970, allegato a detto accordo e concluso, approvato e confermato a nome della Comunità con il regolamento (CEE) del Consiglio 19 dicembre 1972, n. 2760 (GU L 293, pag. 1), nonché dall'obiettivo della decisione n. 1/80, che i principi sanciti nell'ambito degli artt. 48 e 49 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 39 CE e 40 CE) e 50 del Trattato CE (divenuto art. 41 CE) devono essere trasposti, nei limiti del possibile, ai cittadini turchi che fruiscono dei diritti conferiti dalla decisione medesima (v., in tal senso, in particolare, sentenze 6 giugno 1995, causa C-434/93, Bozkurt, Racc. pag. 1475, punti 14, 19 e 20, nonché 30 settembre 2004, causa C-275/02, Ayaz, Racc. pag. 8765, punto 44).

18 Per verificare se sia soddisfatto il primo requisito di cui all'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80, occorre, conseguentemente, far riferimento all'interpretazione della nozione di lavoratore nel diritto dell'Unione.

19 Come la Corte ha ripetutamente affermato, la nozione di «lavoratore» ai sensi dell'art. 39 CE ha portata autonoma ai sensi del diritto dell'Unione e non dev'essere interpretata restrittivamente. Per essere qualificato come «lavoratore», un soggetto deve svolgere attività reali ed effettive, restando escluse quelle attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali e accessorie. La caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è, secondo la giurisprudenza della Corte, il fatto che una persona fornisca per un certo periodo di tempo, in favore di un terzo e sotto la sua direzione, prestazioni in corrispettivo delle quali percepisce una retribuzione (v.,

in particolare, sentenze 3 luglio 1986, causa 66/85, Lawrie-Blum, Racc. pag. 2121, punti 16 e 17, nonché 11 settembre 2008, causa C-228/07, Petersen, Racc., pag. 6989, punto 45).

20 Né il livello limitato della retribuzione stessa né l'origine delle risorse per quest'ultima, né il fatto che la persona in questione cerchi di integrare tali proventi con altri mezzi di sussistenza, come un aiuto finanziario a carico dello Stato di residenza, possono avere alcuna conseguenza sulla qualità di «lavoratore» ai sensi del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze 3 giugno 1986, causa 139/85, Kempf, Racc. pag. 1741, punto 14, 31 maggio 1989, causa 344/87, Bettray, Racc. pag. 1621, punto 15, nonché 30 marzo 2006, causa C-10/05, Mattern e Cikotic, Racc. pag. 3145, punto 22).

21 Avendo accertato che la sig.ra Genc fornisce, in favore di un datore di lavoro e sotto la sua direzione, prestazioni in corrispettivo delle quali percepisce una retribuzione, il giudice del rinvio ha in tal modo constatato l'esistenza degli elementi costitutivi di qualsiasi rapporto di lavoro subordinato, vale a dire il rapporto di subordinazione e il versamento di una retribuzione in corrispettivo delle prestazioni fornite (v., in tal senso, sentenza 7 settembre 2004, causa C-456/02, Trojani, Racc. pag. 7573, punto 22).

22 Il giudice nazionale si interroga, tuttavia, sulla questione se, in considerazione del numero estremamente ridotto di ore di lavoro svolte dall'interessata e della retribuzione che copre solo parzialmente quanto necessario al suo mantenimento, un'attività professionale minore come quella esercitata dalla sig.ra Genc potrebbe attribuirle lo status di lavoratore ai sensi della giurisprudenza della Corte.

23 Al riguardo si deve ricordare che, nella sentenza 14 dicembre 1995, causa C-444/93, Megner e Scheffel (Racc. pag. 4741), la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, in particolare, sull'appartenenza alla popolazione attiva, ai sensi della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (GU 1979, L 6, pag. 24), di due cittadine dell'Unione impiegate in Germania come addette alle pulizie, il cui orario di lavoro era di dieci ore settimanali e la cui retribuzione mensile non oltrepassava un settimo della base mensile di riferimento.

24 In detta sentenza, la Corte ha respinto l'argomento del governo tedesco secondo il quale le persone che svolgono un lavoro minore non appartengono alla popolazione attiva, perché il limitato reddito che ricavano da tale attività non consente loro di provvedere alle proprie necessità (sentenza Megner e Scheffel, cit., punti 17 e 18).

25 La Corte ha affermato che il fatto che il reddito del lavoratore non sia sufficiente per soddisfare tutte le sue necessità non può privare l'interessato della qualifica di persona attiva e che un'attività dipendente che produca un reddito inferiore al minimo vitale o la cui durata normale non superi nemmeno le dieci ore settimanali non impedisce di qualificare chi la svolge come lavoratore ai sensi dell'art. 39 CE (v., in tal senso, sentenze 18 luglio 2007, causa C-213/05, Geven, Racc. pag. 6347, punto 27, nonché Megner e Scheffel, cit., punto 18).

26 Se è pur vero che la circostanza che una persona nell'ambito di un rapporto di lavoro effettui solo un numero assai esiguo di ore può costituire un indice del fatto che le

attività esercitate sono meramente marginali ed accessorie (sentenza 26 febbraio 1992, causa C-357/89, Raulin, Racc. pag. 1027, punto 14), tuttavia, indipendentemente dal livello limitato della retribuzione ottenuta da un'attività professionale e dal numero di ore ad essa dedicate, non si può escludere che detta attività, alla luce di una valutazione complessiva del rapporto di lavoro in questione, possa essere considerata dalle autorità nazionali come reale ed effettiva e, quindi, idonea a conferire a chi la esercita lo status di «lavoratore» ai sensi dell'art. 39 CE.

27 La valutazione globale del rapporto di lavoro della sig.ra Genc implica che siano presi in considerazione elementi relativi non solo alla durata del lavoro ed al livello della retribuzione, ma anche al diritto a 28 giorni di ferie retribuite, alla continuità della retribuzione in caso di malattia, al fatto che il contratto di lavoro sia assoggettato al contratto collettivo vigente, nonché alla circostanza che il suo rapporto contrattuale con la medesima impresa sia stato prorogato per quasi quattro anni.

28 Questi ultimi elementi sono tali da costituire un indice del carattere reale ed effettivo dell'attività professionale di cui trattasi.

29 Il giudice nazionale rileva tuttavia che la giurisprudenza della Corte in materia di interpretazione della nozione di lavoratore non contiene alcun limite determinato in funzione dell'orario di lavoro e del livello della retribuzione, al di sotto del quale un'attività andrebbe considerata come marginale e accessoria, e che ciò contribuirebbe alla mancanza di precisione della nozione di attività marginale ed accessoria.

30 Al riguardo, occorre ricordare che il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto all'art. 234 CE istituisce una stretta collaborazione, basata sulla ripartizione dei compiti, tra i giudici nazionali e la Corte e costituisce uno strumento per mezzo del quale la Corte fornisce ai giudici nazionali gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che sono loro necessari per la soluzione delle controversie che sono chiamati a dirimere (sentenze 7 novembre 2002, cause riunite da C-260/00 a C-263/00, Lohmann e Medi Bayreuth, Racc. pag. 10045, punto 27, nonché 21 giugno 2007, causa C-259/05, Omni Metal Service, Racc. pag. 4945, punto 16).

31 Una delle caratteristiche essenziali del sistema di cooperazione giudiziaria istituito dall'art. 234 CE implica che la Corte risponda in termini piuttosto astratti e generali a una questione di interpretazione del diritto dell'Unione ad essa sottoposta, mentre spetta al giudice del rinvio risolvere la controversia della quale è investito tenendo conto della pronuncia della Corte (sentenza 15 novembre 2007, causa C-162/06, International Mail Spain, Racc. pag. 9911, punto 24).

32 L'analisi delle conseguenze che l'insieme degli elementi che caratterizzano un rapporto di lavoro, segnatamente quelli esposti al precedente punto 27, può avere nell'accertamento del carattere reale ed effettivo dell'attività di lavoro dipendente esercitata dalla sig.ra Genc e, pertanto, del suo status di lavoratore ricade nella competenza del giudice nazionale, che, infatti, è l'unico ad avere conoscenza diretta dei fatti in causa e, pertanto, è nella situazione più idonea per procedere alle verifiche necessarie.

33 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione dichiarando che una persona che si trovi in una situazione come quella della ricorrente

nella causa principale è un lavoratore ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80 nella misura in cui l'attività subordinata in questione presenta un carattere reale ed effettivo. Spetta al giudice del rinvio procedere agli accertamenti di fatto necessari al fine di valutare se ciò si verifichi nella causa di cui è investito.

Sulla seconda questione

34 Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se un lavoratore turco, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80, possa far valere la libera circolazione derivante dall'Accordo di associazione CEE-Turchia anche se lo scopo per il quale è entrato nello Stato membro ospitante è venuto meno, non sussiste alcun altro interesse meritevole di tutela per una sua permanenza nel territorio di detto Stato e la possibilità di una prosecuzione di un'attività professionale minore in detto Stato non può essere considerata un motivo sufficiente per giustificare la sua permanenza nel territorio dello Stato medesimo.

35 In limine, occorre rilevare che, avendo formulato la seconda questione con riferimento a «un lavoratore turco, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80», il giudice del rinvio ha fondato la questione medesima sulla premessa che, nel caso di specie, la sig. ra Genc soddisfa le condizioni previste da tale disposizione, vale a dire che, oltre a possedere lo status di lavoratore, è inserita nel regolare mercato del lavoro e dispone di un impiego regolare.

36 Secondo consolidata giurisprudenza, sia dal primato del diritto dell'Unione rispetto al diritto interno degli Stati membri sia dall'effetto diretto di una disposizione come l'art. 6 della decisione n. 1/80 risulta che uno Stato membro non è autorizzato a modificare unilateralmente la portata del sistema di graduale integrazione dei cittadini turchi nel mercato del lavoro dello Stato membro ospitante (v., segnatamente, sentenze 26 novembre 1998, causa C-1/97, Birden, Racc. pag. 7747, punto 37, e 19 novembre 2002, causa C-188/00, Kurz, Racc. pag. 10691, punto 66).

37 Ne consegue che gli Stati membri non possono applicare un provvedimento relativo al soggiorno nel loro territorio di un cittadino turco che possa ostacolare l'esercizio dei diritti espressamente conferiti dal diritto dell'Unione ad un tale cittadino.

38 Qualora il cittadino turco soddisfi le condizioni poste da una disposizione della decisione n. 1/80 e, perciò, sia già regolarmente integrato in uno Stato membro, quest'ultimo non dispone più della facoltà di restringere l'applicazione di tali diritti, a meno di privare detta decisione del suo effetto utile (v., in particolare, citate sentenze Birden, punto 37, e Kurz, punto 68).

39 Più in particolare, l'esercizio dei diritti che ai cittadini turchi derivano dalla decisione n. 1/80 non è subordinato ad alcuna condizione relativa al motivo per il quale il diritto di ingresso e di soggiorno è stato loro inizialmente accordato nello Stato membro ospitante (v., in tal senso, sentenze 16 dicembre 1992, causa C-237/91, Kus, Racc. pag. 6781, punti 21 e 22, nonché 24 gennaio 2008, causa C-294/06, Payir e a., Racc. pag. 203, punto 40).

40 Ciò premesso, l'art. 6 della decisione n. 1/80 non fa dipendere il riconoscimento del diritto di accesso al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante e, correlativa-

mente, il diritto di soggiorno in tale Stato di un lavoratore turco dalle circostanze in cui quest'ultimo ha ottenuto il diritto di ingresso e di soggiorno.

41 Il giudice nazionale sottolinea inoltre che nessun interesse meritevole di tutela né, del pari, la prosecuzione di un'attività economica minore giustificerebbero la proroga del soggiorno della sig.ra Genc in Germania.

42 È sufficiente ricordare, al riguardo, che i diritti che la decisione n. 1/80 riconosce ai cittadini turchi che soddisfano i requisiti enunciati da detta decisione possono essere limitati solamente in due circostanze: se la presenza del migrante turco nel territorio dello Stato membro ospitante costituisce, a causa del comportamento personale di costui, un pericolo reale e grave per l'ordine pubblico, la sicurezza o la sanità pubbliche, ai sensi dell'art. 14, n. 1, della stessa decisione, o se l'interessato ha lasciato il territorio del suddetto Stato per un periodo significativo e senza motivi legittimi (v., in tal senso, sentenza 25 settembre 2008, causa C-453/07, Er, Racc. pag. 7299, punto 30).

43 Il carattere esaustivo delle limitazioni elencate al punto precedente sarebbe messo in discussione qualora le autorità nazionali fossero libere di assoggettare il diritto di soggiorno dell'interessato a condizioni supplementari relative all'esistenza di interessi tali da giustificare il soggiorno o alla natura dell'impiego (v., in tal senso, sentenza 18 dicembre 2008, causa C-337/07, Altun, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 63).

44 Alla luce delle suesposte considerazioni, la seconda questione va risolta nel senso che un lavoratore turco, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80, può far valere il diritto alla libera circolazione derivante dall'Accordo di associazione CEE-Turchia anche se lo scopo per il quale è entrato nello Stato membro ospitante è venuto meno. Quando un lavoratore soddisfa i requisiti previsti da detto art. 6, n. 1, il suo diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante non può essere assoggettato a condizioni supplementari relative all'esistenza di interessi tali da giustificare il soggiorno o alla natura dell'impiego.

Sulle spese

45 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

1) Una persona che si trovi in una situazione come quella della ricorrente nella causa principale è un lavoratore ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione del Consiglio di associazione 19 settembre 1980, n. 1, relativa allo sviluppo dell'associazione, adottata dal Consiglio di associazione istituito dall'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, nella misura in cui l'attività subordinata in questione presenta un carattere reale ed effettivo. Spetta al giudice

del rinvio procedere agli accertamenti di fatto necessari al fine di valutare se ciò si verifichi nella causa di cui è investito.

2) Un lavoratore turco, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80, può far valere il diritto alla libera circolazione derivante dall'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia anche se lo scopo per il quale è entrato nello Stato membro ospitante è venuto meno. Quando un lavoratore soddisfa i requisiti previsti da detto art. 6, n. 1, il suo diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante non può essere assoggettato a condizioni supplementari relative all'esistenza di interessi tali da giustificare il soggiorno o alla natura dell'impiego.

